



Urteil vom 9. Juni 2015

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Suzana Mark Ndue.

Parteien

Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG,
Seestrasse 204, 8802 Kilchberg ZH,
vertreten durch die Rechtsanwälte
lic. iur. Matthias Städeli und
Dr. iur. Gregor Wild, Rentsch Partner AG,
Fraumünsterstrasse 9, Postfach 2441, 8022 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 58410/2012 FROSCHKÖNIG.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin meldete am 11. Juli 2012 bei der Vorinstanz die Wortmarke CH 58410/2012 FROSCHKÖNIG zur Eintragung ins Markenregister an und beantragte Markenschutz für folgende Waren der Klasse 30:

30 Schokolade, Pralinen, feine Backwaren, Konditorwaren, Speiseeis, Kakao

B.

Die Vorinstanz beanstandete mit Schreiben vom 20. Dezember 2012 das Zeichen mit der Begründung, es stelle für alle Waren ausser "Speiseeis, Kakao" eine direkt beschreibende Angabe bezüglich der Form dar und gehöre somit zum Gemeingut.

C.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2013 nahm die Beschwerdeführerin zur Beanstandung Stellung. Sie ersuchte die Eintragung zuzulassen und führte im Wesentlichen aus, das Zeichen FROSCHKÖNIG sei im Zusammenhang mit den Waren, für welche es beansprucht wird, als fantasievoll und unterscheidungskräftig zu beurteilen. Es sei auch nicht freihaltebedürftig, da die Marke Konkurrenten nicht an der Herstellung oder dem Verkauf von Schokoladewaren in Froschform hindere. Im Übrigen zeige die Eintragungspraxis der Vorinstanz, dass Namen aus Märchenfiguren teilweise auch für Waren der Klasse 30 als Marken zugelassen würden.

D.

Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 30. April 2013 an der teilweisen Zurückweisung des Gesuchs fest und beanstandete dieses zusätzlich auch für "Speiseeis". Für "Kakao" liess es die Eintragung zu.

E.

Am 21. Juni 2013 reichte die Beschwerdeführerin eine letzte Stellungnahme ein und bekräftigte den Antrag, das Markeneintragungsgesuch für alle beanspruchten Waren zum Markenschutz zuzulassen.

F.

Mit Verfügung vom 19. September 2013 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für folgende Waren der Klasse 30: "Schokolade, Pralinen, feine Backwaren, Konditorwaren, Speiseeis" zurück mit der Begrün-

derung, dem Zeichen FROSKHÖNIG fehle aufgrund seines beschreibenden Gehalts für diese Waren die konkrete Unterscheidungskraft. Die betroffenen Verkehrskreise würden es im konkreten Zusammenhang mit den fraglichen Waren ohne Gedankenaufwand im beschriebenen Sinne verstehen, weil trotz Unterschieden in der detaillierten Ausgestaltung eine kollektiv einheitliche, bildhafte Vorstellung eines Froschkönigs bestehe, nämlich die eines (meist sitzenden) Frosches, welcher eine Krone auf seinem Kopf trägt. Für "Kakao" liess sie das Markeneintragungsgesuch zu. Im Übrigen wies sie darauf hin, dass ein Anspruch auf Gleichbehandlung vorliegend nicht bestehe. Auch hätten ausländische Voreintragungen keine Indizwirkung, da es sich um einen klaren Fall handle.

G.

Gegen diese Verfügung gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 21. Oktober 2013 ans Bundesverwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1) Die Verfügung des IGE vom 19. September 2013 betreffend Rückweisung des Markeneintragungsgesuchs Nr. 58410/2012 sei aufzuheben;
- 2) die unter der Nr. 58410/2012 hinterlegte Marke FROSKHÖNIG sei für alle beanspruchten Waren der Klasse 30 in das Markenregister einzutragen;
- 3) alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdefegners."

Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, das Zeichen FROSKHÖNIG liefere im Kontext mit den Waren, für welche das Zeichen beansprucht wird, keinen direkten Hinweis auf Form oder Inhalt der Produkte, sondern wecke Assoziationen nach märchenhaftem Schokoladegenuss und romantischem Zauber süsser Köstlichkeiten und Delikatessen.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 24. Februar 2014 beantragte die Vorinstanz die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Sie wies nochmals eingehend auf die fehlende Unterscheidungskraft hin und machte zudem ein Freihaltebedürfnis an der Bezeichnung FROSKHÖNIG geltend.

I.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 28. März 2014, die Vorinstanz mit Duplik vom 19. Mai 2014 an ihren Vorbringen fest.

J.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben beide Seiten stillschweigend verzichtet.

K.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die definitive Schutzverweigerung ist eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die Beschwerdeführerin ist als deren Adressatin beschwert und hat an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Die Vorinstanz verweigert dem Zeichen FROSCHKÖNIG für die strittigen Waren in Klasse 30: "Schokolade, Pralinen, feine Backwaren, Konditorwaren, Speiseeis" den Markenschutz in der Schweiz, da ihm die erforderliche Unterscheidungskraft fehle und es Freihaltebedürftig sei. Sie führt aus, die Wahrnehmung des Abnehmers sei stark von der grossen Gestaltungsvielfalt im Süsswarenbereich beeinflusst. FROSCHKÖNIG beschreibe die Hauptfigur eines Volksmärchens, welches von den massgeblichen schweizerischen Verkehrskreisen erkannt werde. Der Froschkönig werde in Literatur, Film und Theater jeweils als ein meist sitzender Frosch mit Krone dargestellt. Dieses Bildmotiv des Froschkönigs sei in breiten Kreisen bekannt und werde trotz der Formenvielfalt seiner detaillierten Ausgestaltung in den Grundzügen einheitlich beschrieben und wahrgenommen. Insbesondere bei Konditorwaren sei das Motiv des Froschkönigs als Warenform durchaus üblich. Sie legt dazu verschiedene Auszüge aus

ihrer Internetrecherche ins Recht. Die massgebenden Verkehrskreise verstünden das Zeichen ohne Gedanken- oder Fantasiaufwand im dargelegten Sinne. Der Abnehmer sehe im Zeichen FROSKHÖNIG keinen betrieblichen Herkunftshinweis. Demzufolge sei FROSKHÖNIG hinsichtlich der Form der Waren, für welche der Schutz beansprucht wird, direkt beschreibend.

Ergänzend führt die Vorinstanz aus, aufgrund der Marktverhältnisse bestehe an der Bezeichnung FROSKHÖNIG ein Freihaltebedürfnis. Marktteilnehmer, welche ihre Waren (heute oder in Zukunft) in der gemeinfreien Form eines Froschkönigs vermarkten, hätten ein legitimes und schützenswertes Interesse an der freien Verwendung der Bezeichnung.

2.2 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, das Zeichen FROSKHÖNIG werde nicht direkt und ohne Gedankenverbindung im oben erwähnten Sinne verstanden. Das Zeichen liefere im Kontext mit den beanspruchten Waren keinen Hinweis auf Form oder Inhalt der Produkte, sondern wecke in ironisch-spielerischer Weise Assoziationen nach märchenhaftem Schokoladegenuss und romantischem Zauber süsser Köstlichkeiten und Delikatessen und erreiche somit die für die Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft.

Im Weiteren bestreitet die Beschwerdeführerin ein Freihaltebedürfnis und führt aus, ob und inwieweit die Monopolisierung der Wortkombination FROSKHÖNIG für andere Marktteilnehmer zu einer unzumutbaren Einschränkung führe, sei, entgegen dem Vorgehen der Vorinstanz, anhand der Praxis zu Wortmarken und nicht auf der Grundlage der Beurteilung von Formmarken zu beurteilen. Ein Schutz wäre sonst für alle Wörter verunmöglicht, die Schokoladeprodukten als Form dienen könnten. Der Bereich des Gemeinguts würde nach Auffassung der Beschwerdeführerin überborden.

3.

3.1 Nach Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) sind Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, im Verkehr durchgesetzt haben. Zum Gemeingut zählen einerseits Zeichen, welchen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung erforderliche Unterscheidungskraft fehlt und an-

dererseits solche, die mit Blick auf einen funktionierenden Wirtschaftsverkehr freihaltebedürftig sind (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; BGE 120 II 150 E. 3b/bb "Yeni Raki"; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz. Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, 2002, Art. 2 N. 34). Die Unterscheidungskraft beurteilt sich aus Sicht der Abnehmer; neben Endabnehmern zählen zu diesen auch Marktteilnehmer vorgelagerter Stufen (Urteil des BGer 4A.528/2013 vom 21. März 2014 E. 5.1 "ePostSelect"; Urteil 4A.6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.3 "Wilson"). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich aus Sicht der aktuellen und potentiellen Konkurrenten des Markenanmelders, die mindestens ebenfalls ein virtuelles Interesse haben, das Zeichen für entsprechende Waren oder Dienstleistungen zu verwenden (Urteil des BVGer B-3549/ 2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.>"; Urteil B-4763/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 2.2 "Betonhülse"; EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 1/2007 [nachfolgend: sic! 2007], S. 11; DERS., Markenrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, [nachfolgend: SIWR III/1] Rz. 258; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 44).

3.2 Die Unterscheidungskraft fehlt Zeichen, die beschreibend sind. Beschreibende Zeichen sind Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar und ausschliesslich als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Hierunter fallen namentlich Wörter, die geeignet sind im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Gebrauchszweck, Wert, Form, Verpackung oder Ausstattung der Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (Urteil B-1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2 "Pirates of the Caribbean"; MARBACH, SIWR III/1, Rz. 247, 313 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2 N 45, 83; LUCAS DAVID, Markenschutzgesetz, Muster- und Modelgesetz, 2. Aufl. 1998, Art. 2 N 16). Damit ist nicht jedes Zeichen vom Markenschutz auszunehmen, das auf eine bestimmte oder mögliche Form, Verpackung oder Ausstattung Bezug nimmt. Die ausschliesslich beschreibende, sachliche Beziehung zwischen Marke und Ware oder Dienstleistung muss vielmehr für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise ohne besondere Denkarbeit oder Aufwand an Fantasie zu erkennen sein (BGE 103 Ib 275 E. 3b "Red & White"; BGE 106 II 245 E. 2.a "Rotring"; BGE 116 II 609 E. 2.b "Fioretto"; Urteil des BVGer B-5168/2011 vom 13. März 2013

E. 2.5 "Black Label"). Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Waren oder Dienstleistungen beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt.

3.3 Wortmarken, die auf Gestaltungsmotive hinweisen, sind darüber hinaus auf ein allfälliges Freihaltebedürfnis des Markts zu prüfen. Freihaltebedürftig sind Wortmarken, die auf Gestaltungsmotive hinweisen, welche für die Waren allgemein üblich oder durch den Gebrauchszweck in naheliegender Weise vorgegeben sind (BGE 106 II 245 E. 2.c "Rotring"; BGE 116 II 609 E. 2.b "Fioretto"; Urteil des BVGer B-5168/2011 vom 13. März 2013 E. 2.5 "Black Label"; MARBACH, SIWR III/1, Rz. 313 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2 N 83; DAVID, Markenschutzgesetz, Art. 2 N 16). Anspielungen auf verbreitete Gestaltungselemente sind indes zulässig, wenn sie derart unbestimmt gefasst sind, dass sie keinen Konkurrenten daran hindern, seinerseits die gleichen Gestaltungselemente zu nutzen (MARBACH, SIWR III/1, Rz. 314; BGE 106 II 245 E. 2.d "Rotring").

3.4 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist ein Zeichen aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur bei Berücksichtigung einer Landessprache schutzunfähig, ist die Markeneintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; 128 III 447 E. 1.5 "Première"; Urteil des BVGer B-484/2013 vom 15. August 2014 E. 2.3 "Couronné"; WILLI, a.a.O., Art. 2 Nr. 15).

4.

Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen.

Abnehmer von Schokolade, Backwaren und den anderen hier interessierenden Süssigkeiten sind einerseits Fachleute, Gross- und Zwischenhändler aus dem Bereich des Verkaufs und der Gastronomie (z.B. Lebensmittelgeschäfte, Konditoreien, Bäckereien, Zwischenhändler), andererseits ein breites Publikum von Konsumenten verschiedener Altersstufen und Einkommensklassen. Schokolade wird sowohl von Kindern und Jugendlichen als auch von jüngeren und älteren Erwachsenen konsumiert. Dasselbe gilt für Speiseeis und feine Backwaren. Abnehmer von Pralinen und Konditoreiwaren hingegen sind vor allem erwachsene Personen (Urteil des BVGer B-336/2012 vom 4. April 2013 E. 4 "Ce'real"; Urteil B-2054/2011 vom 28. November 2011 E. 3.2 "Milchbärchen")

5.

5.1 Das Zeichen FROSKHÖNIG besteht aus den Wörtelementen "Frosch" und "König". "Frosch" ist die Bezeichnung für eine Gattung in und am Wasser lebender Tiere aus der Familie der Froschlurche mit gedrungene Körper von grüner oder brauner Färbung, flachem Kopf mit breitem Maul, grossen, oft stark hervortretenden Augen und langen, als Sprungbeine ausgebildeten Hintergliedmassen (Wörterbuch Duden, <www.duden.de/rechtschreibung/Frosch>, abgerufen am 01.04.2015). "König" wird sowohl für die Bezeichnung des Titels eines höchsten weltlichen Herrschers oder Repräsentanten einer Monarchie, als auch in verschiedenen Spielen, z.B. beim Karten-, Schachspiel oder beim Kegeln verwendet (Wörterbuch Duden: <www.duden.de/rechtschreibung/Koenig>, abgerufen am 01.04.2015). Beide Begriffe haben, für sich genommen, keinen sachlichen Bezug zu den Waren, für welche das Zeichen beansprucht wird.

5.2 "Froschkönig" als Ganzes ist, wie die Vorinstanz korrekt darlegt und von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird, ein stehender Begriff, der den Titel und die Hauptfigur eines bekannten Märchens der Gebrüder Grimm bezeichnet. Das Märchen beschreibt die Geschichte einer Prinzessin, deren Kugel beim Spiel in den Brunnen fällt, und eines in einen Frosch verwandelten Prinzen, welcher der Prinzessin in dieser Notlage seine Hilfe anbietet. Auf Drängen ihres Vaters muss die Prinzessin ein Versprechen einlösen. Als Folge ihrer Weigerung verwandelt das Tier sich in den Prinzen zurück (Der Froschkönig: <<http://maerchen.woxikon.de/24/der-froschkoenig>>, abgerufen am 23.03.2015).

Der Froschkönig gehört zu einem der populärsten Märchenmotive der deutschen Volksliteratur und wurde unzählige Male für das Theater adaptiert, in der Literatur aufgegriffen und verfilmt. Obwohl der Froschkönig in Literatur, Film und Theater jeweils als ein (meist sitzender) Frosch mit einer Krone dargestellt wird, gibt es, wie auch die Vorinstanz feststellt, kein konkretes, allgemein gültiges Einzelbild von ihm. Im Märchen werden, ausser der Beschreibung seiner Wahrnehmung durch die Prinzessin als "dick", "ecklig" und "garstig", keine weiteren Angaben zu seiner Gestalt gemacht. Das Zeichen FROSKHÖNIG wird von den massgebenden schweizerischen Verkehrskreisen ohne Gedankenaufwand mit diesem Volksmärchen in Verbindung gebracht.

5.3 Die Form-, Ausstattungs- und Verpackungsvielfalt ist bei Schokolade, Pralinen, feinen Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis sehr gross (Vgl.

<www.schoggi.ch/>; <www.confiserie.ch/content/produkte/produkte_uebersicht.asp?Path=1;26;243>, abgerufen am 27.04.2015); Urteil des BVGer B -2054/2011 vom 28. November 2011 E. 5 "Milchbärchen"; Urteil B-333/2007 vom 2. Oktober 2007 E. 6.1 "Milchmäuse (3D)". Diese Waren lassen sich gut formen, giessen oder in der Form backen und können auch zu Buchstaben und Wörtern geformt oder mit solchen beschriftet werden. Als Wörter oder mit essbarer Beschriftung sind sie ebenfalls anzutreffen. Jedes Wort der Alltagssprache erweist sich dadurch als grundsätzlich geeignet, auf ein Gestaltungsmotiv solcher Waren, als verbaler Ausdruck oder Sinngestalt, hinzuweisen. Allerdings folgt daraus nicht, wie die Vorinstanz unterstellt, dass diesen Begriffen stets die Unterscheidungskraft als Marke fehlt. Nicht nur die Bezeichnung selbst, sondern auch die bezeichnete Gestalt der Ware (z.B. "Rotring" oder "Fioretto", vgl. E. 3.3 vorstehend) kann vielmehr originell, ungewöhnlich und so eigenständig sein, dass das Zeichen als Marke erkannt und erinnert wird. Die Begründung der Vorinstanz, FROSKÖNIG rufe ein klares und konkretes Bildmotiv hervor und werde vom Durchschnittsabnehmer ohne Gedankenaufwand als Darstellung der Märchenfigur erkannt, beeinträchtigt die Eintragungsfähigkeit des Begriffs als Marke darum nicht, sofern dieses Bildmotiv seinerseits unterscheidungskräftig ist und kein Freihaltebedürfnis an ihm besteht. Mit der zusätzlichen Prüfung eines Freihaltebedürfnisses an Marken, die allein in einem Sinnbezug auf die Form oder Gestalt der gekennzeichneten Ware bestehen, wird der Verbreitung und Häufigkeit des Motivs am Markt und damit dem konkreten Verwendungsinteresse der Mitbewerber Rechnung getragen (vorstehend, E. 3.3; Urteil B-1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 4 "Pirates of the Caribbean").

6.

FROSKÖNIG kann als Gestaltungsmotiv für die Form, Verpackung und Ausstattung von Schokolade, Pralinen, feinen Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis dienen und auf die Märchengestalt hinweisen. Der Begriff hat jedoch weder aufgrund seiner verbalen Bestandteile noch aus dem Märcheninhalt einen direkten Bezug zu den Waren, für die das Zeichen beansprucht wird. Auch die Form, Verpackung oder Ausstattung des Froschkönigs, wie die Vorinstanz richtig festhält, ist nicht eindeutig bestimmt. Im Gegenteil liegt das Wort von typischen Sinnbezügen zu Schokolade, Pralinen, feinen Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis oder im allgemeinen Sinnzusammenhang von Süßigkeiten, Geschenken und Belohnungen für Kinder so weit entfernt, dass es unbestimmt wirkt und den angesprochenen Verkehrskreisen keine Eigenschaften oder genaue Umstände der gekennzeichneten Waren verspricht. Selbst wenn es mit einer

konkreten Gestalt eines Froschkönigs gebraucht werden sollte, werden die Adressaten von Schokolade, Pralinen, feinen Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis FROSKHÖNIG darum nicht als Beschaffenheitsangabe, sondern als Kennzeichnung dieser Ware verstehen. Das Zeichen erweist sich damit als unterscheidungskräftig.

7.

Als Freihaltebedürfnis zu prüfen ist sodann das Interesse der Konkurrenten der Beschwerdeführerin an der Verwendung von FROSKHÖNIG als Bezeichnung für ein Gestaltungsmotiv (E. 3.3):

7.1 FROSKHÖNIG verweist auf keine der häufigen, trivialen Formen von Schokolade, Pralinen, feinen Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis, die von der Konsistenz der Waren und ihrem Gebrauchszweck her geboten sind, z.B. auf die Tafel-, Riegel-, Kugel- oder typische Pralinenform (vgl. Urteil des BVGer B-7418/206 vom 27. März 2007 E. 16 "Lindor-Kugel"; das Produktsortiment von Schweizer Schokoladenherstellern auf <http://chocolatfrey.ch/de/produkte>, abgerufen am 14.04.2015), auf die Form von Gipfeln und Cakes, was feine Backwaren betrifft; auf die Torten- und Kugelform von Konditorwaren oder auf Cornets für Speiseeis (vgl. www.confiserie.ch/content/produkte/produkte_uebersicht.asp?Path=1;26;243, abgerufen am 27.04.2015; www.lusso-business.ch/produkte/fuer_die_gastronomie-kids_gastrobecher.html, abgerufen am 28.04.2015).

Die Marke bezeichnet auch keine Form, die durch traditionelle, kulturelle Zusammenhänge und Gebrauchskonvention geboten ist, wie z.B. das Herzmotiv oder eines der gängigen österlichen oder weihnachtlichen Sujets (vgl. Urteil des BVGer B-7393/2006 vom 21. März 2007, E. 6 "Weihnachtsmann (3D)"; <http://www.confiserie.ch/saisonartikel> abgerufen am 27.04.2015; Schweizer Radio und Fernsehen [SRF]: <http://www.srf.ch/news/panorama/8-dinge-die-sie-ueber-den-osterhasen-wissen-muessen>, abgerufen am 10.04.2014).

Auch auf eines der anderen üblichen oder häufig für Süßigkeiten verwendeten Symbol oder Motiv, zum Beispiel Marienkäfer, ein vierblättriges Kleeblatt oder Hufeisen (vgl. Frey, <http://chocolatfrey.ch/de/produkte>; Maestrani, www.munz.ch/maestrani/facts/#munz-welt/produktuebersicht/; Verband schweizerischer Schokoladenfabrikanten, www.choco-suisse.ch, abgerufen am 14.04.2015; www.confiserie.ch, abgerufen am 27.04.2015) weist die Marke vorliegend nicht hin.

7.2 Vielmehr sind Märchenfiguren als Gestaltungsmotiv für Süssigkeiten, im Gegensatz zu den vorgenannten Gruppen, allgemein selten. Auf Torten sind sie manchmal auf Anfrage erhältlich (vgl. <<http://www.confiserie.ch>>). Die Vorinstanz legt hierzu aus ihrer Internetrecherche mehrere Auszüge vor, die einen Froschkönig im Zusammenhang mit den zu prüfenden Waren zeigen. Bei einigen Suchergebnissen handelt es sich um Rezeptvorschläge oder von Privatpersonen hochgeladene Bilder. Andere stammen nicht aus der Schweiz und eignen sich als Indizien für hiesige Marktgewohnheiten wenig. Die Auszüge mit Abbildungen feiner Backwaren und Konditorwaren mit dem Gestaltungsmotiv des Froschkönigs stammen aus einzelnen kleinen Konditoreien oder Bäckereien, welche diese Produkte meistens nur auf Anfrage in der gewünschten Gestaltung anbieten. Sie offenbaren darum kein breites Marktinteresse an der Bezeichnung FROSCHKÖNIG, ohne dass hierin bezüglich einzelner Waren oder Warenkategorien differenziert werden muss, und lassen sich namentlich auf keine warenbezogenen Bedürfnisse, kulturellen Gewohnheiten oder Gebrauchskonventionen zurückführen. Die Auszüge zeigen umgekehrt, dass der Begriff FROSCHKÖNIG sehr unterschiedliche Varianten der Form, Ausstattung und Verpackung von Süsswaren erlaubt und keine einheitliche Formgebung dafür verbreitet ist, weshalb auch keine überschüssige Sperrwirkung der Wortmarke gegenüber Süsswaren zu befürchten ist, die als Froschkönig geformt sind ohne dass sie mit der Marke gekennzeichnet werden.

7.3 Schliesslich dient die zu prüfende Marke auch nicht dazu, der Beschwerdeführerin ohne deren besondere Befugnis ein Ausschliesslichkeitsrecht an einer allgemein bekannten fiktiven Figur, einem Märchen aus dem Volksgut oder an dessen Titel einzuräumen (Titelschutz), da das Kennzeichen nicht für Märchenerzählungen und entsprechende Medien, sondern für Süsswaren der Klasse 30 begehrt wird.

An der Wortmarke FROSCHKÖNIG besteht darum kein Freihaltebedürfnis.

7.4 Das Zeichen FROSCHKÖNIG erweist sich somit für die angemeldeten Waren als unterscheidungskräftig und als nicht Freihaltebedürftig. Die Beschwerde ist gutzuheissen, Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Marke auch für Schokolade, Pralinen, feine Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis im schweizerischen Markenregister einzutragen.

Damit erübrigt es sich, auf weitere Argumente der Beschwerdeführerin, namentlich die Frage der Gleichbehandlung, einzugehen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurück zu erstatten.

Der Beschwerdeführerin ist überdies eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Fehlt 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 vom 24. März 1995 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 und unter Erhebung der dafür vorgesehenen Gebühr erlassen, so dass ihr die Parteikosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind. Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote oder wenn, wie vorliegend, keine Kostennote eingereicht wurde, auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Im zweifachen Schriftenwechsel berief sich die Beschwerdeführerin wesentlich auf ihre Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren. In Würdigung dieser Aktenlage erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.- für das Beschwerdeverfahren angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 19. September 2013 wird aufgehoben und diese angewiesen, die Anmeldung Nr. 58410/2012 FROSCHKÖNIG auch für *Schokolade, Pralinen, feine Backwaren, Konditorwaren* und *Speiseeis* im Schweizer Markenregister einzutragen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. MA-Prüf3 ssa/58410/2012; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Suzana Mark Ndue

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 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: 10. Juni 2015