



Urteil vom 28. August 2019

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Della Batliner.

Parteien

Société des produits Nestlé S. A.,
Avenue Nestlé 55, 1800 Vevey,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Bernard Volken und Pascal Spycher,
FMP Fuhrer Marbach & Partner,
Konsumstrasse 16A, 3007 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch 57737/2016 Gourmet (fig.).

Sachverhalt:**A.**

Mit Gesuch vom 27. Juni 2016 (Gesuch-Nr. 57737/2016) meldete die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz das nachfolgend abgebildete Zeichen zur Eintragung in das schweizerische Markenregister an:



Die Marke beansprucht Schutz für Waren der Klasse 31 (Aliments pour animaux).

B.

B.a Die Vorinstanz beanstandete das Gesuch am 18. Oktober 2016. Das Zeichen gehöre aufgrund seines beschreibenden und anpreisenden Hinweises auf die Eigenschaften der beanspruchten Waren zum Gemeingut. Die leichte grafische Gestaltung der Marke genüge nicht, um dem Zeichen die erforderliche Unterscheidungskraft für eine Eintragung zu verschaffen. Die Marke könne keinen Schutz beanspruchen.

B.b Mit Stellungnahme vom 16. Dezember 2016 bestritt die Beschwerdeführerin, dass der Wortbestandteil "GOURMET" im Gemeingut stehe, da es für die konkret beanspruchten Waren "Aliments pour animaux" nicht beschreibend sei. Selbst wenn davon ausgegangen werde, sei das Zeichen aufgrund seiner grafischen Gestaltung als schutzfähig zu erachten. Zudem verwies die Beschwerdeführerin auf ihre zahlreichen Voreintragungen mit dem Worтеlement "GOURMET" für identische Waren der Klasse 31.

B.c Im Schreiben vom 28. April 2017 blieb die Vorinstanz bei ihrem bisherigen Standpunkt und am 27. Juli 2017 nahm die Beschwerdeführerin nochmals Stellung.

C.

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an der Zurückweisung fest. Das Zeichen bestehe aus dem einzigen, klar verständlichen Worтеlement "Gourmet" im Sinne von Feinschmecker, dem in Bezug auf die beanspruchten Waren ein beschreibender und anpreisender Sinngehalt zukomme. Den aufgrund des stark beschreibenden Worтеlements erhöhten Anforderungen genüge die grafische Gestaltung nicht,

da sie sich in üblichen und anpreisenden grafischen Elementen und Darstellungsformen erschöpfe. Aufgrund des Alters könnten lediglich die Voreintragungen "Gourmet à la Carte (fig.)" und "Gourmet Crystal" bei der Prüfung einer allfälligen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes herangezogen werden. Wegen der weiteren Wortelemente und den zusätzlichen, unterschiedlich angeordneten grafischen Elementen bei "Gourmet à la Carte (fig.)" seien diese Voreintragungen mit dem vorliegenden Zeichen nicht vergleichbar.

D.

Mit Eingabe vom 17. Januar 2018 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügung. Sie beantragte, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Marke "Gourmet (fig.)" für alle beanspruchten Produkte ohne Einschränkung im Markenregister einzutragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung hielt sie insbesondere fest, einen tierischen Gourmet gebe es nicht. Diese Bezeichnung sei im schweizerischen Sprachgebrauch unüblich und ungewöhnlich. Ausländische Internetseiten seien nicht geeignet, um das Gegenteil zu belegen. Inwiefern es nach Ansicht der Vorinstanz den "biologischen Gourmet" nicht gebe, den "tierischen Gourmet" aber durchaus, entbehre jeder Grundlage. Bei der grafischen Gestaltung prägten nicht naheliegende Elemente durch ihre präzise Platzierung und Abstimmung den Gesamteindruck des Zeichens massgeblich. Die Voreintragung "Gourmet à la carte" sei mit dem vorliegenden Zeichen vergleichbar, da das zusätzliche Wortelement nicht zu einem wesentlich anderen Sinngehalt führe und die grafische Ausgestaltung weitgehend ähnlich sei.

E.

Mit Vernehmlassung vom 28. Mai 2018 stellte die Vorinstanz den Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie ergänzte ihre bisherigen Erwägungen in der Verfügung im Wesentlichen um den Hinweis, dass die von ihr herangezogenen, in deutscher Sprache abgefassten (auch ausländischen) Internetseiten den zweiten Sinngehalt des "tierischen Gourmets" belegten. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit dem von der Beschwerdeführerin aufgeführten Zeichen "Bio" bestehe aufgrund des Eintragungsalters nicht. Durch einzelne Eintragungen vergleichbarer Marken werde kein berechtigtes Vertrauen als Grundlage für eine Eintragung des Zeichens gestützt auf den Vertrauensgrundsatz geschaffen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie hat die Beschwerde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und den Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Streitig ist das Vorliegen des Gemeingutcharakters der einzutragenden Marke "Gourmet (fig.)" bezüglich Waren der Klasse 31 (Aliments pour animaux).

3.

3.1 Nach Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) sind Zeichen des Gemeinguts vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, sie haben sich im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt. Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, die sich mangels Unterscheidungskraft nicht zur Identifikation von Waren oder Dienstleistungen eignen und damit nicht als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft verstanden werden (STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: David/Frick [Hrsg.], Kommentar zum Markenschutz- und Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 2 N. 34).

3.2 Sachbezeichnungen und Zeichen, die beschreibend sind, fehlt die Unterscheidungskraft. 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, Verwendungszweck, Wert, Wirkungsweise, Inhalt, Form, Verpackung oder Ausstattung der beanspruchten Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; Urteil des BVGer B-3939/2019 vom 16. Mai 2018 E. 2.2 "Young Global Leaders"; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 N. 84). Der Umstand, dass eine Marke Gedankenassoziationen weckt oder

Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"; Urteil des BVGer B-4697/2014 vom 16. Dezember 2016 E. 4.2 "Apotheken Cockpit"). Zum Gemeingut zählen ferner Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (BGE 128 III 447 E. 1.6 "Première"; 129 III 225 E. 5.2 "Masterpiece"; Urteil des BVGer B-5504/2018 vom 28. November 2018 E. 2.1 "più").

3.3 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei wird jeder Sprache der gleiche Stellenwert beigemessen. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; 128 III 447 E. 1.5 "Première"; 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas").

4.

4.1 Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen.

4.2 Die Vorinstanz hielt diesbezüglich in der angefochtenen Verfügung fest, Abnehmer der strittigen Waren der Klasse 31 seien sowohl schweizerische Durchschnittskonsumenten, namentlich jene, welche (Haus-)Tiere halten, als auch Fachkreise wie beispielsweise Detailhändler im Bereich Tierbedarf, Veterinäre und Zwischenhändler. Es sei daher auf das Verständnis beider Abnehmerkreise abzustellen. Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht explizit zu dieser Vorfrage, doch ist ihrer Beschwerde zu entnehmen, die beanspruchten Waren bezögen sich ausschliesslich auf Tiere.

4.3 Die beanspruchten Waren der Klasse 31 umfassen Futtermittel für Tiere. Damit kommen als Abnehmer (Haus-)Tierhalter und –besitzer, also Privatpersonen, aber auch Fachkreise wie Tierbedarfshandlungen, Veterinäre und Zwischenhändler in Betracht. Bei Waren, die sowohl an Fachleute als auch an Endverbraucher vertrieben werden, steht die Sichtweise der grössten und am wenigsten erfahrenen Marktgruppe, nämlich der Endverbraucher, im Vordergrund (DAVID ASCHMANN, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 2 Bst. a N. 29,

insb. 32; vgl. auch RAPHAEL NUSSER, Die massgeblichen Verkehrskreise im schweizerischen Markenrecht, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht [ASR] Band/Nr. 809, 2015, RZ 19.03 f. und 19.15).

5.

5.1 Ausgehend vom Worтеlement ist zu prüfen, ob dem Zeichen "Gourmet" originäre Unterscheidungskraft zukommt.

5.2 In der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung äussert sich die Vorinstanz dahingehend, dass im heutigen deutschen Sprachgebrauch neben Personen auch Tiere als "Gourmet" oder "Feinschmecker" bezeichnet würden. Im vorliegend relevanten Warenssegment der Futtermittel würden Waren in verschiedenen Qualitätsklassen angeboten. Richte sich eine Ware speziell an Feinschmecker, erwarteten Abnehmer ohne Gedankenarbeit, dass es sich um qualitativ hochwertige Ware, das heisst um "Gourmet-Tierfutter" handeln müsse. Dem hinterlegten Zeichen komme daher neben dem beschreibenden auch ein anpreisender Charakter hinzu. Futtermittel stellten zwar keine Lebensmittel dar. Dies führe aber nicht e-contrario zum Schluss, dass das Zeichen in Bezug auf andere Waren und Dienstleistungen unterscheidungskräftig wäre.

5.3 Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, die Belege der Vorinstanz, womit sie festhalte, auch Tiere fielen unter den Begriff "Gourmet" beziehungsweise "Feinschmecker", stammten beinahe ausschliesslich aus dem nahen Ausland und seien mit dem Schweizer Sprachverständnis nicht gleichzusetzen. Tieren fehle es klarerweise an den erforderlichen kognitiven Fähigkeiten, weshalb sie nicht über die sachkundigen Eigenschaften eines Feinschmeckers verfügen könnten. Die von der Vorinstanz eingereichten Auszüge aus dem Internet, mit welchen sie belegen wolle, dass das Zeichenelement "Gourmet" eine Warenkategorie sei, beinhalte ausschliesslich Produkte eines Vertreibers (Migros). Bei einer Google-Suche der Beschwerdeführerin selbst würden beinahe ausschliesslich ihre eigenen Produkte aufgelistet. Zudem sei von der Vorinstanz unbestritten, dass Tierfutter kein Lebensmittel sei und die Anwendung der Praxis der Vorinstanz bezüglich "Gourmet" im Zusammenhang mit Lebensmittel keine Anwendung finde.

5.4 Der lexikalische Sprachgebrauch des Worтеlements "Gourmet" im Sinne von einer Person als "Feinschmecker" ist vorliegend unbestritten.

Die synonyme Bedeutung des französischen Wortes "Fin bec" oder Genussspecht geht aus dem Eintrag des deutschen Duden zu "Gourmet" hervor (<<https://www.duden.de/rechtschreibung/Gourmet>>, besucht am 8. Juli 2019). Es ist – auch im schweizerischen Sprachverständnis – nicht unüblich, Tieren menschliche Eigenschaften zuzuschreiben. Diese Attribute müssen nicht tatsächlich vorhanden sein und können auf Stereotypen basieren. So sind die fleissige Ameise, der schlaue Fuchs oder der Genusspecht beliebte Metaphern, die keine Gedankenarbeit fordern. Entsprechend naheliegend ist es, eine Katze als "Gourmet" oder "Feinschmecker" zu bezeichnen. Dies umso mehr, als diese Tiere grundsätzlich den Ruf geniessen, sehr wählerisch zu sein (vgl. etwa <<https://www.hillspet.ch/dech/cat-care/nutrition-feeding/cat-picky-eater>>; <<http://m.tierwelt.ch/?rub=4485&id=38899>>, beide besucht am 11. Juli 2019). Die von der Vorinstanz der Verfügung beigelegten Auszüge aus deutschsprachigen Internetseiten zeigen anschaulich auf, dass es üblich ist, ein Haustier im Zusammenhang mit Futtermittel als "Gourmet" oder Feinschmecker zu benennen und ihm exotische Gerichte – ähnlich der Gourmetkost für Menschen – zu servieren. Damit steht der beschreibende Charakter des Wortelements fest.

5.5 Darüber hinaus ist auch ein anpreisender Hinweis zu erblicken, wenn sich eine Sorte von Futtermittel nur an Feinschmecker richtet. Zwar erscheinen die einzig von einem Vertreiber stammenden drei Vergleichsprodukte als Belege der Vorinstanz in der Tat etwas zu dürftig, um allein aus der Verwendung des Wortes "Gourmet" anstelle von "Sensitive" oder "Gourmet Mix" anstelle von "Freilandmix" in Zusammenhang mit Tierfutter von den massgeblichen Verkehrskreisen wahrgenommene qualitative Unterschiede zu verorten. Doch spricht der misslungene Vergleich nicht gegen den anpreisenden Charakter von "Gourmet" in Alleinstellung, zumal auch die Beschwerdeführerin keine Bedeutung des in Frage stehenden Wortelements aufzuzeigen vermag, die nicht in einem Hinweis auf die Qualität der beanspruchten Ware mündet. In der Rechtsprechung wurde hinsichtlich des Wortes "Gourmet" in Bezug auf Lebensmittel schon mehrfach der Hinweis auf eine besonders gute, auserlesene Qualität festgehalten (Entscheid der RKGE vom 23. März 2000 E. 6, "Gourmets [fig.] / Gourmet F & F [fig.], sic! 2000 S. 385; Verfügung des Obergerichtspräsidenten Basel-Landschaft vom 16. Juni 1983 E. 3, Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI], Heft 1 1985 S. 56; Einzig im Entscheid der RKGE vom 14. Februar 1997 wurde der Qualitätsaspekt nicht explizit durchleuchtet, da es sich bei "Gourmet House" um eine durchgesetzte

Marke handelte und diese deswegen den gleichen Schutz wie ein ursprünglich schutzfähiges Zeichen genoss [Entscheid der RKGE vom 14. Februar 1997 E. 5, sic! 1997 S. 177-179, "Gourmet House / Fideco Gourmet House"]]. Beizuziehen ist zudem die Rechtsprechung zum gleichbedeutenden "Fin bec", welche in diesem Wortelement nebst dem beschreibenden ebenfalls einen anpreisenden Hinweis erkannte (Urteil des BVGer B-5120/2011 vom 17. August 2012, E. 11). Wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, fällt Tiernahrung der Klasse 31 nicht unter Lebensmittel. Daraus kann sie jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, gilt doch die Schlussfolgerung bezüglich des Qualitätshinweises gleichermaßen auch in Bezug auf Futtermittel für Tiere. Denn die relevanten Verkehrskreise verknüpfen bei mit "Gourmet" bezeichnetem Tierfutter ebenso die Erwartung an ein qualitativ besonders hochwertiges Produkt im Sinne eines Nahrungsmittels für ihre Haustiere wie bei Lebensmitteln, die für sie selbst bestimmt sind.

5.6 Das Wort "Gourmet" enthält somit einen klaren, unmittelbar beschreibenden und anpreisenden Qualitätshinweis, weshalb es dem Gemeingut angehört. Ob der strittige Begriff einer Freihaltebedürftigkeit unterliegt, kann offenbleiben.

6.

6.1 Aufgrund der fehlenden Unterscheidungskraft des Wortelements könnte lediglich die grafische Gestaltung dem Zeichen Schutz verleihen.

6.2 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, die grafischen Elemente würden als einheitliche Unterstreichung des Wortes "Gourmet" wahrgenommen und könnten mit der regelmässigen Schriftart den Gesamteindruck nicht wesentlich beeinflussen. Ausserdem werde die Abbildung von drei Sternen von Abnehmern ohne besondere Denkarbeit als Hinweis auf eine höhere Qualitätsstufe gedeutet, weshalb dieses Element als anpreisender und beschreibender Hinweis auf die Qualität der Waren zu bewerten sei.

6.3 Die Beschwerdeführerin ist insbesondere der Auffassung, die kantige Schrift in Majuskeln sowie die gleich hohe Übertragung des "G" wie die Verlängerung des "R" führe dazu, dass die Marke stärker im Erinnerungsbild haften bleibe. Die drei in der Mitte unterhalb des Wortes angeordneten Sterne und die symmetrisch davon weggehenden beiden, auf Linien reduzierten Flügel prägten den Gesamteindruck massgebend. Den Sternen

komme für Tiernahrung weder der Sinngehalt eines Gütesiegels noch einer Qualitätsangabe zu. Die Verwendung und Bedeutung von Sternen in Zusammenhang mit Hotels und allenfalls Restaurants werde nicht bestritten. Hotels mit fünf Sternen bildeten den höchsten Standard und könnten analog und unter Zuhilfenahme von Fantasie und einigem Gedankenaufwand auf Produkte als Qualitätshinweis verstanden werden. Dies gelte allerdings nicht bei der Verwendung von drei Sternen.

6.4 Das Worтеlement "Gourmet" ist in einer regelmässigen, fettgedruckt erscheinenden, kantigen Serifen-Schrift gestaltet. Die Oberlänge des "G" überragt die weiteren Grossbuchstaben. Die Serife des diagonalen Teils des Buchstaben "R" wird mit einem leichten Schwung in die Unterlänge und unter das "M" weitergezogen. Unterstrichen wird das Wort in der Mitte mit drei nebeneinander angeordneten, fünfeckigen Sternen und zwei davon weggehenden, horizontalen, kurzen Linien gleicher Länge.

6.5 Die Gestaltung des Schriftbilds fällt nicht aus dem Rahmen des Gewöhnlichen. Die minimalen Grössenunterschiede der Buchstaben "G" und "R" stellen neben der sonst regelmässigen Darstellung geringfügige Gestaltungselemente des Schriftzugs dar. Die beiden schmalen horizontalen Linien unterstreichen lediglich das Worтеlement, so dass ihnen kein selbständiger Beitrag zur Unterscheidungskraft zukommt (vgl. DAVID ASCHMANN, a.a.O., zu Art. 2 Bst. a N. 7 MSchG mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung zu grafischem Beiwerk zu Wortzeichen, u.a. auf die Urteile des BVGer B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.4 "Toppharm Apotheken" und B-1643/2007 vom 13. September 2007 E. 7 "basilea PHARMACEUTICA"). Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin sind sich darin einig, dass eine Klassifizierung von Hotels und allenfalls Restaurants mittels Sternen ein branchenüblicher Hinweis auf die Qualitätsstufe darstellt. Dies entspricht der gängigen Rechtsprechung, wonach Sterne in Bezug auf Beherbergungseinrichtungen zum Gemeingut gehören. Das Bundesgericht führt im publizierten Urteil vom 12. Januar 2011 an, die Verwendung von einem bis fünf Sternen werde von den massgeblichen Verkehrskreisen ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand unmittelbar als Hinweis auf die Qualitätsstufe der entsprechenden Einrichtung verstanden und der beschreibende Charakter der Sterne sei für die Nachfrager von Beherbergungseinrichtungen unmittelbar erkennbar (BGE 137 III 77 E. 2.3). Die überwiegende Anzahl der in den Verfügungsbeilagen der Vorinstanz aufgeführten Tierfutter-Produkte führen fünf Sterne auf. Es gibt aber auch Hersteller, welche einen, vier oder neun Sterne als Bestandteile ihres Zeichens benutzen. Hierzu ist festzuhalten, dass fünf Sterne

nicht in jedem geläufigen Klassifikationssystem dem höchsten Qualitätsstandard entsprechen. Hinsichtlich Restaurants vergibt der Guide Michelin maximal drei, eher an Blumen erinnernde, Sterne (vgl. IR 1'056'209; <<https://gourmoer.ch/2019/02/05/guide-michelin-schweiz-2019/>>, besucht am 18. Juli i2019). Bekannt als weiteres Klassifikationssystem sind zudem 20 Gault Millau Punkte (vgl. IR 680'865) oder vier Mützen (vgl. IR 467'443) für den höchsten Qualitätsstandard bei Restaurants (<<https://www.worldsoffood.de/gastro-und-gourmet/item/78-michelin-oder-gault-millau-bedeutung-der-sterne-punkte-oder-muetzen.html>>, besucht am 18. Juli i2019). Insofern hält die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht stand, soweit sie mit Blick auf die Hotellerie bei Verwendung von drei Sternen für Tiernahrung grundsätzlich eine Schlechterstellung und damit auf das Fehlen einer Anpreisung in Bezug auf Tierfutter schliesst. Unabhängig von einem allfälligen Qualitätshinweis geht aus den Verfügungsbeilagen der Vorinstanz weiter hervor, dass mehrere, nebeneinander angeordnete Sterne auf den Verpackungen von vielen verschiedenen Tierfutter-Vertriebsstätten eingesetzt werden. Ob Sterne von den relevanten Verkehrskreisen als weit verbreitete, triviale beziehungsweise banale Zeichen wahrgenommen werden und daher als allgemein übliche Ausstattungselemente anzusehen sind, ob ihnen lediglich eine dekorative Funktion zukommt oder ob sie einen Hinweis auf die Qualität der beanspruchten Ware beinhalten, kann jedoch vorliegend offengelassen werden. Der Gesamteindruck des vorliegenden Zeichens wird eindeutig durch das im Gemeingut stehende, auf Anheb lesbare und zentrale Wortelement geprägt (ähnlich auch z.B. im Urteil des BGer 4A_330/2009 vom 3. September 2009 E. 2.3.6 "Magnum [fig.]"). Das gemeinfreie Wort "Gourmet" stellt das Schriftbild, die beiden Linien und die drei Sterne in ihrer Gesamtheit derart in den Schatten, dass diese gestalterischen Grafikelemente die fehlende Unterscheidungskraft des Wortelements nicht aufwiegen und dem Zeichen damit nicht zur Schutzfähigkeit verhelfen können.

7.

Im Verfahren vor der Vorinstanz hat sich die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf verschiedene Voreintragungen auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren nimmt die Beschwerdeführerin nicht explizit zum Anspruch auf Gleichbehandlung Stellung und verzichtet sinngemäss, Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich zu rügen. Soweit sie Vergleiche mit dem Zeichen "Bio (fig.)" mit Hinterlegungsdatum vom 13. Dezember 1988 (Nr. 369'789) oder "Bio Gourmet" mit Hinterlegungsdatum vom

3. Mai 2000 (Nr. P-504'364) anstellt, sind diese bereits aufgrund des Alters der genannten Voreintragungen nicht zu berücksichtigen.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des aus Art. 9 BV fließenden Grundsatzes von Treu und Glauben geltend. Sie verfolge seit 1987 eine langjährige Markenstrategie. Zum Aufbau und zur Weiterentwicklung der Markenfamilie müsse sie an ihre Voreintragungen anknüpfen können. Die Vorinstanz habe das Zeichen "Gourmet" in konstanter Praxis in Kombination mit Linien, Sternen und Katzen sowie in Zusammenhang mit anderen Wortelementen zum Schutz zugelassen. Zumindest die Markeneintragungen der letzten acht Jahre seien zu berücksichtigen.

8.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 161 E. 4.1 mit Hinweisen; Urteil des BGer 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4 [Doppelhelix]).

8.3 Die Beschwerdeführerin hat das vorliegend strittige Zeichen am 27. Juni 2016 hinterlegt. Folgende, acht Jahre vor diesem Hinterlegungsdatum liegende Eintragungen sind bei der Frage zu berücksichtigen, ob durch die Vorinstanz eine berechnete Vertrauensgrundlage für die Beschwerdeführerin geschaffen wurde: "Gourmet Gold" vom 24. Juli 2008 (Nr. 575'051), "Gourmet à la Carte (fig.)" vom 1. September 2009 (Nr. 590'926), "Gourmet Crystal" vom 22. Januar 2016 (Nr. 687'349) und "Gourmet (fig.)" vom 5. April 2016 (Nr. 686'524). Die ersten drei Eintragungen verwenden das Wort "Gourmet" nicht in Alleinstellung. Die Wortkombinationen führen – wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zu Recht ausführt – zu einem anderen Sinngehalt. Dies gilt selbst für den Eintrag "Gourmet Gold", welches keine sprachübliche Kombination darstellt. Die Eintragung von "Gourmet (fig.)" vom 5. April 2016 erfolgte zugegebenermassen nur rund zwei Monate vor dem strittigen Zeichen und unterscheidet sich lediglich darin, dass anstelle der beiden Linien im Hintergrund eine Katze abgebildet ist. Allein gestützt auf diesen einzelnen Eintrag kann allerdings

nicht von einer ständigen Praxis der Vorinstanz ausgegangen werden, welche als Grundlage für berechtigtes Vertrauen der Beschwerdeführerin dienen könnte (vgl. Urteil des BVGer B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.8 "toppharm Apotheken [fig.]). Zudem müssen die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz kumulativ gegeben sein. Die Beschwerdeführerin macht weder geltend noch untermauert sie mit Belegen, für den Fall einer Nichteintragung konkrete, für sie nachteilige Dispositionen getroffen zu haben. Damit kann sie sich nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zeichen "Gourmet (fig.)" von den relevanten Verkehrskreisen als beschreibend und anpreisend wahrgenommen wird. Auch die grafische Gestaltung vermag dem im Gemeingut stehenden Wortelement keine Unterscheidungskraft zu verleihen. Angesichts des eindeutigen Gemeingutcharakters handelt es sich vorliegend nicht um einen Grenzfall. Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch durch Anrufung des Vertrauensgrundsatzes keine Eintragung zu erwirken. Das Zeichen ist gemäss Art. 2 Bst. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

10.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind bei diesem Ausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 73.320.2]). Bei Streitigkeiten betreffend Markeneintragungen sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwerts hat sich an den Erfahrungswerten der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen wird (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind mit Fr. 3'000.– zu beziffern und nach Eintritt der Rechtskraft dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe einbezahlten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 57737/2016; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Della Batliner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. September 2019