



Urteil vom 9. Februar 2021

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richterin Vera Marantelli,
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Pascal Sennhauser.

Parteien

Matratzen Concord GmbH,
Horbeller Strasse 19, DE-50858 Köln,
vertreten durch SELTING Rechtsanwälte,
Via Lugano 13, 6982 Agno,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 54597/2016 SWISS+CLUSIV,
Markeneintragungsgesuch Nr. 54598/2016 SWISS+CLUSIV
(fig.).

Sachverhalt:**A.**

Mit Gesuch vom 13. April 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin um Markenschutz in der Schweiz für die Zeichen "SWISS+CLUSIV" als Wortmarke (Markeneintragungsgesuch CH Nr. 54597/2016) sowie als Wort-Bildmarke "SWISS+CLUSIV (fig.)" (Markeneintragungsgesuch CH Nr. 54598/2016). Beansprucht wurden Waren der Klassen 10, 20 und 24 sowie Dienstleistungen der Klasse 35 nach der Klassifikation von Nizza (SR 0.232.112.9).

Die Marke "SWISS+CLUSIV (fig.)" hat folgendes Aussehen:

**B.**

B.a Die Vorinstanz beanstandete beide Gesuche unter anderem wegen des Vorliegens einer Irreführungsgefahr und des Verstosses gegen geltendes Recht. Die Beschwerdeführerin erklärte sich daraufhin zu einigen Anpassungen bereit, insbesondere einer geografischen Einschränkung der Warenliste und Dienstleistungen auf solche schweizerischer Herkunft sowie einer Verschiebung des Hinterlegungsdatums auf den 1. Januar 2017.

B.b Nunmehr werden für die Zeichen folgende Waren und Dienstleistungen beansprucht:

Klasse 10: Matratzen (einschliesslich Auflegematratzen), Betten (einschliesslich Wasserbetten), Kissen, Kopfkissen, Heizdecken, Heizkissen (elektrisch), Luftmatratzen, Luftkissen, sämtliche Waren für medizinische Zwecke; Vibratoren für Betten; Unterlagen für Inkontinente; orthopädische Artikel; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Klasse 20: Matratzen (einschliesslich Auflegematratzen), Betten (einschliesslich Wasserbetten), Kissen, Kopfkissen, Kopfpolster, Nackenrollen, Luftmatratzen, Luftkissen, sämtliche Waren für nicht medizinische Zwecke; Bettzeug (soweit in Klasse 20 enthalten); Lattenroste für Betten; Bettgestelle; Unterbetten; Matratzenauflagen; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Klasse 24: Bettdecken; Bettwäsche; Bettzeug (Bettwäsche); Bezüge für Kissen; Federbettdecken; Heimtextilien; Inletts (Matratzentuch); Matratzenüberzüge; Spannbettlaken für nicht medizinische Zwecke; Stoffe; Textilersatzstoffe aus Kunststoff; Tücher (Laken); Vliesstoffe (Textilien); Schutzbezüge und Encasing für nicht medizinische Zwecke; Webstoffe (elastisch); Wollstoffe (soweit in Klasse 24 enthalten); alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Klasse 35: Einzelhandelsdienstleistungen, auch online und per Teleshopping, im Zusammenhang mit Matratzen (einschliesslich Auflagematratzen), Betten (einschliesslich Wasserbetten), Kissen, Kopfkissen, Kopfpolstern; Nackenrollen, Luftmatratzen; Luftkissen; Heizdecken, Heizkissen (elektrisch), Luftmatratzen, Luftkissen, Bettwaren, Bettdecken, Bettzeug, Heimtextilien, Inletts (Matratzentüchern), Matratzenüberzügen, Spannbettlaken, Stoffen, Textilersatzstoffen aus Kunststoff, Tüchern (Laken), Vliesstoffen, Schutzbezügen (Encasings), Webstoffen, Wollstoffen, Lattenrosten, Bettgestellen, Vibratoren für Betten, Unterlagen für Inkontinente, orthopädische Artikel; alle vorgenannten Dienstleistungen schweizerischer Herkunft.

B.c Mit Verfügungen vom 10. Januar 2018 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für die Zeichen "SWISS+CLUSIV" sowie "SWISS+CLUSIV (fig.)" für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen zurück mit der Begründung, das Rotkreuzgesetz schliesse Zeichen vom Markenschutz aus, welche das Zeichen des Roten Kreuzes oder ein mit diesem verwechselbares Zeichen enthielten. Das strittige Zeichenelement schaffe eine Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes. Die strittige Wortmarke und das strittige Wort-Bildzeichen seien ohne Farbanspruch hinterlegt. Der Schutzbereich einer in schwarz/weiss eingetragenen Marke erstrecke sich grundsätzlich auf jede denkbare farbliche Ausgestaltung.

C.

Mit Eingaben vom 9. Februar 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen diese beiden Verfügungen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügungen der Vorinstanz seien aufzuheben und die Marken "SWISS+CLUSIV" sowie "SWISS+CLUSIV (fig.)" seien für die beantragten Waren der Klassen 10, 20 und 24 sowie für die Dienstleistungen der Klasse 24 (recte: 35) zum Schutz in der Schweiz zuzulassen.

C.a Zur Begründung führt sie in beiden Beschwerden im Wesentlichen aus, das hinterlegte Zeichen sei weder in seinem Gesamteindruck noch beschränkt auf das Pluszeichen in der Mitte mit dem Zeichen des Roten Kreuzes verwechslungsgefährdet, da dem Kreuz als Zeichenelement die Bedeutung von "plus" zukomme, womit keine Gedankenverbindung zum Roten Kreuz hervorgerufen werde. Hinzu komme, dass gerade weil der Bestandteil "CLUSIV" für sich genommen keine klare Bedeutung aufweise, dieser wegen des "+" zwingend zusammen mit dem vorangestellten Bestandteil "SWISS" wahrgenommen werden müsse.

C.b Hinsichtlich der Wortmarke "SWISS+CLUSIV" argumentiert die Beschwerdeführerin, das Rote Kreuz sei ein rotes Kreuz auf weissem Grund. Das hinterlegte Zeichen sei nicht rot, befinde sich nicht in einem weissen Feld und auch das Grössenverhältnis sowie die Breite der Balken entspreche nicht den Massen des Roten Kreuzes.

C.c Betreffend der Wort-Bildmarke "SWISS+CLUSIV (fig.)" bringt die Beschwerdeführerin vor, die Wahrnehmung als Pluszeichen werde dadurch bestärkt, dass dieses auf der linken Hälfte hell und auf der rechten Hälfte dunkel sei. Auch ohne einen positiven oder negativen Farbanspruch sei es aufgrund des Kontrastes unmöglich, ein einheitlich rotes Kreuz auf weissem Grund darzustellen, wie dies das Emblem des Roten Kreuzes sei.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht vereinigte die beiden Beschwerdeverfahren mit Zwischenverfügung vom 18. April 2018.

E.

E.a Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 22. Juni 2018 die Abweisung der Beschwerde. Sie hält fest, dass kein Farbanspruch geltend gemacht worden sei, sodass beide Kreuze (zumindest teilweise) rot sein könnten. Sowohl ausgehend von einer unklaren Bedeutung des Bestandteils "CLUSIV" als auch bei einem Verständnis i.S.v. "exklusiv" werde das strittige Zeichen "+" in beiden Fällen nicht zwingend als Operator ("mehr/plus") verstanden. Damit sei eine Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes gegeben.

E.b Bezüglich der Wort-Bildmarke "SWISS+CLUSIV (fig.)" bringt die Vorinstanz vor, auch bei einem zur Hälfte hellen, zur Hälfte dunklen Kreuz bestehe die von der Beschwerdeführerin bestrittene Verwechslungsgefahr.

Das Argument des Zusammenaddierens verfange nicht, da dieses ein Vorverständnis des strittigen Zeichens "+" im Sinne eines Pluszeichens voraussetze, was eben gerade nicht der Fall sei.

F.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht beantragt.

G.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

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 Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Markenmelderin ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und beschwert und sie hat somit ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde innert Frist und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der einverlangte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Strittig ist, ob die Zeichen "SWISS+CLUSIV" sowie "SWISS+CLUSIV (fig.)" einen mit dem Emblem des Roten Kreuzes verwechselbaren Bestandteil verwenden. Im vorinstanzlichen Verfahren schränkte die Beschwerdeführerin ihre Liste der Waren und Dienstleistungen mit Eingaben vom 18. November 2016 (Vernehmlassung, act. 4, S. 2) sowie vom 31. Juli 2017 (Vernehmlassung, act. 8, S. 4) auf solche schweizerischer Herkunft ein und erklärte sich mit einer Verschiebung des Hinterlegungsdatums auf den 1. Januar 2017 einverstanden. Die Vorinstanz erblickt keine Täuschungsgefahr bezüglich der Herkunft der Waren und Dienstleistungen mehr, weshalb dieser Punkt nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens darstellt.

2.1 Die Beurteilung von Markeneintragungen richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MschG, SR 232.11). Als spezialgesetzliche Rechtsgrundlage ist vorliegend auch das Bundesgesetz vom 25. März 1954 betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes (Rotkreuzgesetz, SR 232.22) massgeblich.

2.2 Eine Marke ist nach Art. 2 Bst. d MSchG absolut schutzunfähig, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstösst. Zeichen, deren Markeneintragung durch Staatsvertragsrecht oder durch Bundesrecht untersagt ist, sind im Sinne von Art. 2 Bst. d MSchG rechtswidrig (Urteil des BGer 4A_674/2010 vom 6. April 2011 E. 2 "Zacapa"). Das absolute Eintragungshindernis der Rechtswidrigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (EUGEN MARBACH, Kennzeichenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel, 2. A. 2009, S. 191; MICHAEL NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 2 lit. d N. 27 f.). Diese Regelung erfasst insbesondere Zeichen, die das Recht an staatlichen Hoheitszeichen, Wappen und Flaggen, Namen und Kennzeichen von internationalen zwischenstaatlichen Organisationen oder geografischen Herkunftsbezeichnungen verletzen (Urteil des BGer 4A_101/2007 vom 28. August 2007 E. 3 "Doppeladler").

2.3 Die vier Genfer Konventionen vom 12. August 1949 zum Schutz der Kriegsofopfer (SR 0.518.12; SR 0.518.23; SR 0.518.42; SR 0.518.51) und ihre Zusatzprotokolle (SR 0.518.521; SR 0.518.522; SR 0.518.523) regeln die bestimmungsgemässe Nutzung sowohl der früher eingesetzten Kennzeichen als auch der aktuell verwendeten Embleme des Roten Kreuzes, des Roten Halbmondes und des Roten Kristalls. In Nachachtung dieser internationalen Vereinbarungen erliess die Schweiz das Rotkreuzgesetz. Dieses bestimmt die rechtmässige Verwendung des roten Kreuzes auf weissem Grund sowie die Benutzung der Bezeichnung "Rotes Kreuz" oder "Genfer Kreuz" (Art. 1 Abs. 1 RKG). Aufgrund der inhaltlich und systematisch engen Anlehnung an die Genfer Abkommen sind diese bei der Auslegung des Rotkreuzgesetzes zu berücksichtigen (Botschaft vom 14. September 1953 über die Revision des Bundesgesetzes betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes, BBl 1953 III 109 ff, S. 112 [nachstehend: Botschaft RKG]).

2.4 In bewaffneten Konflikten erfüllt das Rotkreuzemblem in erster Linie die Funktion eines völkerrechtlichen Schutzzeichens für militärische und zivile

Sanitätsdienste, Spitäler und Krankentransporte sowie für das in der humanitären Hilfe eingesetzte Personal und Material (Art. 44 des ersten Genfer Abkommens [Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949, GK I, SR 0.518.12]). In Friedenszeiten steht dessen Funktion als Beziehungszeichen im Vordergrund. Das Rotkreuzemblem soll auf die Beziehung von Personen und Gütern zur Rotkreuzbewegung hinweisen (Botschaft RKG, S. 112f.). Die Benutzung des Emblems ist insbesondere den internationalen und schweizerischen Rotkreuzgesellschaften vorbehalten (Art. 44 GK I; Art. 1 Abs. 2 des Reglements betreffend die Verwendung und den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes vom 28. Juni 2014, SR 232.221; vgl. Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Dritten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen von 1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens und zu den entsprechenden Gesetzesänderungen vom 25. Januar 2006, BBl 2006 1929 ff., S. 1932). Das Emblem des Roten Kreuzes ist eines der weltweit bekanntesten und vertrauenswürdigsten Zeichen. Insofern dieses Symbol für humanitäre Hilfe durch die unerlaubte Verwendung eine Kommerzialisierung erfährt, erodiert dadurch seine Schutz- und Beziehungsfunktion. Aufgrund der traditionell engen Verbundenheit zwischen dem IKRK als Hüter des humanitären Völkerrechts und der Schweiz beschlägt eine Verletzung des Rotkreuzgesetzes auch bei einer engen Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung grundlegende Prinzipien der staatlichen Ordnung sowie Aspekte der guten Aussenbeziehungen, des Friedens und der Sicherheit.

2.5 Das Rotkreuzgesetz regelt in Art. 1 ff. die bestimmungsgemässe Nutzung des Emblems. Das Gesetz bezweckt die Verhinderung der missbräuchlichen Verwendung des Emblems zu privaten Zwecken (Botschaft RKG, S. 111). Art. 38 GK I definiert das Rotkreuzemblem in Anlehnung an das Schweizerkreuz als rotes Kreuz auf weissem Grund. Diese Bestimmung fand Eingang in das Rotkreuzgesetz, das in Art. 1 Abs. 1 das Emblem als "Zeichen des roten Kreuzes auf weissem Grund(e)" umschreibt.

2.6 Die gesetzliche Regelung zur Verwendung von Zeichen und Namen des Roten Kreuzes bezieht sich auf jedes rote Kreuz in beliebiger Form und Farbnuance auf irgendeinem weissen Grund sowie auf jedes nach Form oder Farbe damit verwechselbare Zeichen. Um Umgehungshandlungen zu erschweren, verzichtete der Gesetzgeber bewusst auf eine genaue Form- und Farbdefinition (Botschaft RKG, S. 113; Urteil des BVGer B-3327/2008 vom 23. März 2009 E. 5.2 "Senioren Notruf"). Art. 53 Abs. 1

GK I nimmt berechnigte Privatpersonen, öffentliche und private Gesellschaften sowie Handelsfirmen vom Verbot der Verwendung des Emblems oder des Namens sowie des Gebrauchs sämtlicher Zeichen und Bezeichnungen, die eine Nachahmung darstellen, aus. Art. 8 Abs. 1 RKG enthält eine Strafdrohung für jede nicht erlaubte Nutzung des roten Kreuzes auf weissem Grund oder der Worte "Rotes Kreuz" sowie damit verwechselbarer Zeichen oder Wörter. Der durch das Rotkreuzgesetz gewährte Schutz geht damit über die auf Nachahmung beschränkte völkerrechtliche Minimalvorschrift von Art. 53 Abs. 1 GK I hinaus. Marken und Designs, die gegen das Rotkreuzgesetz verstossen, sind von der Marken- bzw. Designregistereintragung ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 RKG i.V.m. Art. 2 Bst. d MSchG). Das Bundesgericht wendet im Rahmen der Prüfung, ob das geschützte Zeichen oder ein damit verwechselbares Zeichen als Bestandteil in die beanspruchte Marke aufgenommen wurde, einen objektivierte Beurteilungsmassstab an (BGE 134 III 406 E. 5.2 "VSA/ASA [fig.]" ; vgl. auch BGE 135 III 648 E. 2.5 "UNOX [fig.]"). Die Eintragung des geschützten Zeichens als Waren- oder als Dienstleistungsmarke ist demnach absolut verboten. Ansatzpunkt für die Prüfung der Rechtswidrigkeit bildet somit die Frage, ob die beantragten Marken ein rotes Kreuz auf weissem Grund oder ein damit verwechselbares Zeichen als Markenbestandteil beinhalten.

3.

3.1 Die Vorinstanz verweigerte die Eintragung der Zeichen Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" sowie Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)" mit der Begründung, das "+" werde in beiden Varianten als Kreuz (und nicht im Sinne von "mehr/plus") wahrgenommen. Ein Farbanspruch sei nicht geltend gemacht worden, womit die beiden "+" ganz, resp. im Falle des Zeichens "SWISS+CLUSIV (fig.)" teilweise rot sein könnten. Zumindest in diesem Fall sei von einer Verwechselbarkeit mit dem Emblem des Roten Kreuzes auszugehen.

Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, das Eintragungsverbot komme nicht zum Tragen, da das Kreuz als Folge des Zusammenspiels unterschiedlicher Zeichenelemente als "Pluszeichen" verstanden werde.

3.2 Die Beurteilung absolut geschützter Zeichen richtet sich nach Kriterien, die sich von denjenigen, die für Marken massgeblich sind, unterscheiden. In konstanter Praxis prüft das Bundesgericht in einem ersten Schritt, ob der Tatbestand der Übernahme eines geschützten oder eines damit verwechselbaren Zeichens vorliegt. Dabei ist der in Frage stehende Bestandteil für

sich allein und ohne Berücksichtigung der weiteren Markenelemente zu betrachten (BGE 140 III 251 E. 5.3.1 "Croix Rouge II"; BGE 134 III 406 E. 5.2 "VSA" je m.w.H.; vgl. Urteil des BVGer B-2781/2014 vom 27. Oktober 2016 E. 4.7.2 "Concept+"; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 54; FRAEFEL/MEIER, in: de Werra/Guilléron [Hrsg.], *Propriété intellectuelle. Commentaire*, Basel 2013, Art. 2 N. 183 je m.H.).

3.3 Bei diesem objektivierten Prüfmasstab ist es grundsätzlich unbeachtlich, welche Bedeutung das strittige Zeichen im Zusammenhang mit den übrigen Markenelementen entfaltet; mit anderen Worten ist nicht auf den Gesamteindruck abzustellen. Der gewährte absolute Schutz würde keine praktische Wirksamkeit entfalten, wenn das Zeichen umgangen werden könnte, indem das geschützte Element in eine aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzte Marke aufgenommen würde. Es ist somit unerheblich, ob die konkrete Nutzung der Marke zu einer Verwechslungsgefahr in dem Sinne führt, dass die gekennzeichneten Waren für solche gehalten werden könnten, die unter dem Schutz der Genfer Abkommen stehen (BGE 140 III 251 E. 5.3.1 "Croix Rouge", 134 III 406 E. 5.2 "VSA/ASA [fig.]" ; FRAEFEL/MEIER, a.a.O., Art. 2 N. 183; MARBACH, SIWR III/1, N. 650; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N 54; vgl. BGE 135 III 648 E. 2.6 und 2.7 "UNOX [fig.]"). Im Anwendungsbereich des Rotkreuzgesetzes ergäbe sich aber dann etwas anderes, wenn das fragliche Element gar nicht mehr als Schutz- oder Beziehungszeichen des Roten Kreuzes identifizierbar wäre (RKGE in sic! 1999, S. 290 E. 5 "Croix Rouge"; BGE 135 III 648 E. 2.5 "UNOX [fig.]"), da dieses in einem Wort oder einer Fantasiebezeichnung eingebettet ist und darin gewissermassen "untergeht" oder weil diesem im Rahmen der gesamten Ausgestaltung des Zeichens eine weitere eigenständige Bedeutung zukommt. Nur im Rahmen der Prüfung, ob ein Ausnahmefall gegeben ist, können der Gesamteindruck des Zeichens und die beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine Rolle spielen (BGE 135 III 648 E. 2.5 "UNOX [fig.]"). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, sind zur Beurteilung dieser Frage die restlichen Zeichenelemente nicht völlig auszublenden (angefochtene Verfügung, S. 3 Ziff. 9).

3.4 Die Markenmelderin hat die strittige Wortmarke ohne Farbanspruch hinterlegt. Der Schutzbereich einer in schwarz/weiss eingetragenen Marke erstreckt sich grundsätzlich auf jede denkbare farbliche Ausgestaltung (BGE 134 III 406 E. 6.2.2 "VSA/ASA [fig.]" ; MARBACH, SIWR III/1, N. 486; RKGE in sic! 1999, S. 36 E. 5.5 "Cercle+" ; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d MSchG N 55). Wird ein kreuzförmiges Element in der Farbkombination rot-weiss verwendet, kommt es dem geschützten Emblem grundsätzlich sehr nahe.

Entscheidend für die Identifizierung eines achsensymmetrischen Kreuzes als Rotkreuzemblem ist die zeichentypische Farbkombination. Das Zeichen ist nur in seiner spezifisch rot-weissen Farbgestaltung überhaupt als Schutz- oder Beziehungszeichen des Roten Kreuzes identifizierbar (vgl. NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N 55 m.H.). Nach Massgabe der objektivierten Beurteilung vermag demnach grundsätzlich nur die Verwendung einer Farbkombination, die sich deutlich vom zeichentypischen Rot-Weiss-Kontrast unterscheidet (vgl. STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Basler Kommentar, Markenschutzgesetz/Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 2 MSchG N 363), die Eintragungsunfähigkeit abzuwenden.

Da das Markeneintragungsgesuch in schwarz-weiss verfasst ist, würde das Zeichen grundsätzlich Schutz in allen Farben bzw. Farbkombinationen erhalten. Es wäre folglich auch denkbar, dass das Zeichen ein weisses Kreuz auf rotem Grund und damit ein Schweizerkreuz enthielte (vgl. aber E. 4.2). Nach der Revision des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2013 über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (Wappenschutzgesetz, WSchG, SR 232.21; zitiert in E. 4.3, vgl. BBI 2009 8533 ff.) darf das Schweizerkreuz künftig von allen verwendet werden, welche die Voraussetzungen zur Verwendung der Bezeichnung "Schweiz" erfüllen. Dies gilt neu nicht nur für Dienstleistungen, sondern auch für Produkte (Waren; Botschaft, a.a.O., 8537). Damit verstösst die Verwendung des Schweizerkreuzes grundsätzlich nicht mehr gegen Art. 2 Bst. d MSchG.

4.

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich beim strittigen Zeichenelement um ein Pluszeichen handelt, wovon die Beschwerdeführerin ausgeht, da dessen Verwendung von vornherein unproblematisch wäre. Soweit darin ein Kreuz zu erblicken ist, ergibt sich ein Verstoss gegen Art. 2 Bst. d MSchG nur im Falle einer Verwechselbarkeit mit dem Emblem des Roten Kreuzes, nicht aber bei Verwendung des Schweizerkreuzes (vgl. nachfolgende E. 4.4).

4.1 Die Abgrenzung zwischen dem Kreuz und dem Additionszeichen ist über den transportierten Sinngehalt vorzunehmen. Sehr ähnliche Kreuze sind unter der Voraussetzung eintragungsfähig, dass sie semantisch nicht als Rotes Kreuz, sondern beispielsweise als mathematisches Additionszeichen für technische Geräte oder als Symbol für positive elektrische Ladung verstanden werden (vgl. Urteil des BVGer B-2781/2014 vom 27. Oktober 2016 E. 5.2 "Concept+" sowie MARBACH, SIWR III/1, S. 195 zur Praxis der

Verwechselbarkeit mit dem eidgenössischen Kreuz unter dem bis 31. Dezember 2016 geltenden Wappenschutzgesetz).

4.2 Vorliegend handelt es sich bei "SWISS" und "CLUSIV" um zwei zufällige Zeichenbestandteile, letzterer ohne direkt erkennbaren Sinngehalt. Ein Zusammenhang als Addition respektive ein Element, welches eine Verbindung zwischen den beiden Bestandteilen nahelegen würde, ist nicht direkt ersichtlich. Aus phonetischer Sicht drängt sich eine Aussprache des Zeichens als "SWISS-CLUSIV" oder "SWISSCLUSIV" als ein Wort vom Sprachfluss eher auf als eine solche als "SWISS-plus-CLUSIV" respektive "SWISS und CLUSIV". Entsprechend trägt ein Pluszeichen einen Sinngehalt. Vorliegend ändert sich durch ein Plus der Sinngehalt von "SWISS+CLUSIV" im Vergleich zu "SWISS CLUSIV" nicht (anders beispielsweise 2+2 und 22).

Der Zeichenbestandteil "CLUSIV" kann isoliert betrachtet konklusiv, exklusiv, inklusiv etc. bedeuten. In der Wahrnehmung der Konsumenten handelt es sich um einen mutilationsäquivalenten Zeichenbestandteil, welcher von diesen im Ergebnis zu exklusiv ergänzt wird. Im Zusammenhang mit "SWISS" kann er am ehesten als Qualitätsversprechen interpretiert werden.

Demnach kommt vorliegend dem strittigen Zeichenelement kaum die Bedeutung eines Additionszeichens zu. Vielmehr wird dieses hier als Kreuz wahrgenommen.

4.3 Am 21. Juni 2013 beschloss die Bundesversammlung eine Totalrevision des Wappenschutzgesetzes (AS 2015 3679). Das neue Wappenschutzgesetz trat am 1. Januar 2017 in Kraft, ebenso die neue Verordnung über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (Wappenschutzverordnung, WSchV, SR 232.211). Die Revision will die Grundlage dafür schaffen, dass der Mehrwert "Schweiz" den das hohe Potential der "Swissness" in der Werbung darstellt, langfristig und nachhaltig gesichert ist. Dieses Ziel impliziert eine Verstärkung des Schutzes der Herkunftsangabe "Schweiz" und des Schweizerkreuzes (Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen ("Swissness"-Vorlage; BBI 2009 8533). Das Gesetz regelt unter anderem den Gebrauch des Schweizerkreuzes und des Schweizerwappens. Das Schweizerkreuz ist ein im roten Feld aufrechtes, freistehendes weisses Kreuz, dessen unter sich gleiche Arme je einen Sechstel länger als breit sind

(Art. 1 WSchG). Das Wappen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Schweizerwappen) ist ein Schweizerkreuz in einem Dreiecksschild (Art. 2 Abs. 1 WSchG). Die Nutzung des Schweizerwappens ist der Eidgenossenschaft vorbehalten (Art. 8 WSchG). Die Fahnen und die anderen Hoheitszeichen der Eidgenossenschaft, der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden sowie mit ihnen verwechselbare Zeichen dürfen gebraucht werden, es sei denn der Gebrauch ist irreführend oder verstösst gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht (Art. 10 WSchG). Gemäss Art. 10 WSchG ist die Verwendung des Schweizerkreuzes nicht nur wie bisher für Dienstleistungen, sondern neu auch für Waren erlaubt. Neu dürfen damit auch Waren, welche die Swissness-Kriterien erfüllen, mit dem Schweizerkreuz ausgelobt werden (Botschaft, a.a.O., 8631). Das Schweizerkreuz darf demnach, solange die Voraussetzungen erfüllt sind, grundsätzlich von jedermann benützt werden (vgl. Urteil des BVGer B-6343/2019 vom 19. August 2020 E. 2.6 "Brasserie Federal [fig]").

Wie ausgeführt (E. 3.1, E. 3.4 vorstehend), ist der Vorinstanz grundsätzlich darin zuzustimmen, dass das "+" mangels Farbvorbehalt auch rot dargestellt werden kann. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das strittige Zeichenelement zwingend als Rotes Kreuz oder aber als Schweizerkreuz wahrgenommen wird.

4.4 Nachdem das strittige Zeichenelement wie von der Vorinstanz moniert sowohl ein mit dem Emblem des Roten Kreuzes verwechselbares Zeichen als auch ein grundsätzlich zulässiges Schweizerkreuz enthalten könnte, stellt sich die Frage nach der korrekten Abgrenzung zwischen diesen beiden Zeichen. Schliesslich ist im Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Verwendungsverbots bei einem Verstoß gegen geltendes Recht insbesondere das RKG zu beachten, welches besagt, dass weder das Emblem des Roten Kreuzes noch alle damit verwechselbaren Zeichen als Marke eingetragen oder verwendet werden dürfen (vgl. E 2.3 vorstehend). Schliesslich muss die Verwendung des Schweizerkreuzes gestützt auf das Rotkreuzgesetz – aufgrund seiner Verwechselbarkeit mit dem Zeichen des Roten Kreuzes – in gewissen Fällen verboten werden (BBl 2009 8533, 8633). Die Botschaft zur Swissness-Vorlage hält zur Frage des Abgrenzungsproblems fest: "Die Beurteilung des Einzelfalles durch das zuständige Gericht – gestützt auf eine völkerrechtskonforme Auslegung des Wappenschutzgesetzes – scheint hier die sachgerechte Lösung zu sein, da bei der Beurteilung einer möglichen Verwechslungsgefahr auf die Gesamtum-

stände, die zur Verwechslung führen können, abgestellt werden muss (Gesamteindruck, beanspruchte Waren und Dienstleistungen, ergänzende Elemente etc."; BBl 2009 8533, 8649).

Somit ist keine Änderung des Schutzes des Emblems des Roten Kreuzes beabsichtigt, sondern es wird auf eine Einzelfallbeurteilung durch das Gericht verwiesen (vgl. NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N 56).

5.

5.1 Die Frage stellt sich, ob die im Rahmen des Rotkreuzgesetzes dargelegte Ausnahmeregelung zur Anwendung kommt, indem das strittige Element im Sinngehalt des ganzen Zeichens untergeht oder diesem im Rahmen der gesamten Ausgestaltung des Zeichens eine weitere eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. BGE 135 III 648 "UNOX [fig.] E. 2.5; E. 3.3 vorstehend), was eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verwendungsverbot zur Folge hätte. Allerdings führt bei der hier zu beurteilenden Wortmarke die farbliche Gleichgestaltung des "+" mit den Elementen "SWISS" und "CLUSIV" zu einer gemeinsamen Wahrnehmung des figurativen Elements mit den Wortbestandteilen. Dem strittigen Bestandteil fehlt insbesondere aufgrund seines engen Zusammenhangs mit dem davorstehenden "SWISS" damit der Raum zur Entfaltung seiner Wirkung als absolut geschütztes Zeichen. In diesem engen Kontext wird es nicht als geschütztes Emblem des Roten Kreuzes erkannt (vgl. E. 4.2 vorstehend). Zusammenfassend vermag das strittige Zeichenelement aufgrund der fehlenden Erkennbarkeit des Emblems des Roten Kreuzes im Gesamtzeichen eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verwendungsverbot zu begründen (vgl. auch Urteil des BVGer B-1104/2018 vom 20. Dezember 2019 "Osaka Soda [fig.]" E. 4.4.4).

Entscheidend ist, dass – geht man von einer Interpretation des Zeichenbestandteils als Kreuz aus – der Zeichenbestandteil "SWISS" vor dem "+" die Assoziation zu einem Schweizerkreuz – und nicht zu einem Emblem des Roten Kreuzes – geradezu zwingend erscheinen lässt. Da beim strittigen Bestandteil "+" kein Plus assoziiert wird, ist aufgrund des davorstehenden "SWISS" auf ein Schweizerkreuz zu schliessen.

5.2 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch CH Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" zu Unrecht zurückwies. Die Beschwerde ist demnach in diesem Punkt gutzuheissen.

6.

Zu prüfen bleibt die Eintragungsfähigkeit der beantragten Wort-/Bildmarke Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)":



6.1 Deren wesentlicher Unterschied zur beantragten Wortmarke Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" besteht darin, dass das zwischen den beiden Bestandteilen "SWISS" und "CLUSIV" stehende "+" in dessen Mitte vertikal getrennt wird, indem die linke Hälfte in einer, die rechte Hälfte in einer anderen Farbe dargestellt wird. Der Zeichenbestandteil "SWISS" auf der linken Seite ist dabei in der Farbe der linken Hälfte des "+", der Bestandteil "CLUSIV" auf der rechten Seite in der Farbe der rechten Hälfte des "+" gehalten. Die Hintergrundfarbe der einen Hälfte des Zeichens entspricht dabei jeweils der Vordergrundfarbe der anderen (und umgekehrt), so dass eine Inversion an der vertikalen Spiegelachse resultiert. Auch bei diesem Zeichen besteht kein Farbvorbehalt. Somit kann eine Hälfte des Zeichens rot, die andere weiss ausgestaltet werden (vgl. E. 3.4 vorstehend).

6.2 Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich bei dieser Ausgangslage eine andere Beurteilung als bei der beantragten Wortmarke Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" ergibt. Wie in E. 3.2 ausgeführt, ist wiederum in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Tatbestand der Übernahme eines geschützten oder eines damit verwechselbaren Zeichens vorliegt. Dabei ist der in Frage stehende Bestandteil (das "+") zuerst grundsätzlich isoliert, das heisst ohne Berücksichtigung der weiteren Markenelemente zu betrachten. Insgesamt ist zu fragen, ob eine gedankliche Verbindung zum Emblem des Roten Kreuzes naheliegend scheint (vgl. STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 MSchG N 363).

6.3 Die Vorinstanz bringt dazu vor, das Argument des Zusammenaddierens setze bereits eine Interpretation des "+" als Pluszeichen (und nicht als Kreuz) voraus, weshalb dieses Argument nicht verfangen könne. Eine Verwechslungsgefahr mit dem Roten Kreuz sei zu bejahen, da das Zeichen ein zur Hälfte helles und ein zur Hälfte dunkles Kreuz enthalte.

6.4 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, durch den farblichen Kontrast werde das Gesamtkennzeichen optisch mittig getrennt, durch das "Pluszeichen" aber wiederum zu einer Einheit

addiert. Auch ohne einen Farbanspruch sei es aufgrund des zwingend nötigen Kontrastes unmöglich, ein einheitlich rotes Kreuz auf weissem Grund im Sinne von Art. 1 RKG darzustellen, was eine Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes ausschliesse.

6.5 Nach der zutreffenden Darstellung der Beschwerdeführerin werden die beiden Hälften des "+" in der optischen Wahrnehmung zusammengefügt. Wie sie zu Recht ausführt, ist eine einheitliche Darstellung eines roten Kreuzes dabei bei einer kennzeichenmässigen Verwendung der beantragten Marke nicht möglich.

6.6 Das Emblem des Roten Kreuzes ist definiert als rotes Kreuz auf weissem Grund (Art. 38 GK I; Art. 1 Abs. 1 RKG, vgl. E. 2.5). Mangels negativem Farbanspruch erstreckt sich der Schutzbereich des Zeichens grundsätzlich auf jede denkbare farbliche Ausgestaltung (vgl. E. 3.4 m.H. insbesondere auf BGE 134 III 406 E. 6.2.2 "VSA/ASA [fig.]"). Entscheidend ist vorliegend, dass eine isolierte Betrachtung des mittig geteilten "+" ohne seinen unmittelbaren Hintergrund offensichtlich unmöglich ist. Dadurch, dass der linke, helle Teil von der gleichen Farbe wie der rechte, dunkle (ggf. rote; vgl. E. 3.4) Teil umfasst wird, wird der Effekt der mittigen farblichen Inversion in der optischen Wahrnehmung relativiert und die beiden Elemente erscheinen als Einheit.

6.7 Die Beschwerdeführerin macht wie bereits bei der beantragten Wortmarke "SWISS+CLUSIV" geltend, das Eintragungsverbot komme aufgrund des Zusammenspiels des "+" in seiner optischen Darstellung nicht zum Tragen, da der Zeichenbestandteil als "Pluszeichen" verstanden werde (vgl. E. 3.1).

6.8 Auch hier ist entscheidend, dass man den strittigen Zeichenbestandteil als Kreuz wahrnimmt. Der Zeichenbestandteil "SWISS" vor dem "+" lässt die Assoziation zu einem Schweizerkreuz – und nicht zu einem Emblem des Roten Kreuzes – zwingend erscheinen. Auf die entsprechenden Ausführungen zur Wortmarke Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" kann verwiesen werden (s. E. 5.1). Dieser Effekt verstärkt sich im Fall der Wort-/Bildmarke Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)" noch durch das erläuterte farbliche Zusammenspiel der Zeichenbestandteile (E. 6.1, E. 6.6).

6.9 Somit ergibt sich, dass die Vorinstanz auch die Eintragung der Wort-/Bildmarke Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)" zu Unrecht verweigert hat. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen.

7.

Insgesamt erweisen sich die Beschwerden als begründet. Sie sind gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, die Eintragung der Zeichen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen vorzunehmen.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin sind die geleisteten Kostenvorschüsse nach Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten.

8.2 Die obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 64 Abs. 1 VwVG Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht. Daher ist die Parteientschädigung vom Gericht auf Grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Verfahren auf Beschwerdestufe konzentrierte sich dabei auf die Frage, ob die beiden beanspruchten Zeichen das geschützte Emblem des Roten Kreuzes oder ein damit verwechselbares Zeichen als Bestandteil verwenden und, soweit dies zu bejahen wäre, ob ein Ausnahmefall vom grundsätzlichen Verwendungsverbot vorliegt. In Würdigung der Aktenlage, dem nicht geringen Schwierigkeitsgrad der Materie sowie der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen erscheint eine Parteientschädigung in Höhe von pauschal Fr. 4'000.– für die beiden vereinigten Beschwerdeverfahren angemessen.

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). Als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGEG, SR 172.010.31]) ist die Vorinstanz in eigenem Namen mit dem Vollzug des Markenschutzgesetzes, namentlich der Führung des Markenregisters beauftragt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b IGEG). Gestützt darauf hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung in eigenem Namen erlassen und die dafür vorgesehenen Gebühren erhoben. Die Vorinstanz ist deshalb zur Zahlung der festgelegten Parteientschädigung zu verpflichten.

8.3 Der Bund erhebt die Mehrwertsteuer auf die im Inland durch steuerpflichtige Personen gegen Entgelt erbrachten Leistungen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Art. 18 Abs. 1 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 [MWSTG, SR 641.20]). Als Ort der Dienstleistung gilt der Ort, an dem der Empfänger der Dienstleistung den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit oder eine Betriebsstätte hat, für welche die Dienstleistung erbracht wird (Art. 8 Abs. 1 MWSTG). Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Deutschland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 8 Abs. 2 MWSTG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin ist für die Parteientschädigung nicht mehrwertsteuerpflichtig, weshalb für die Berechnung der Parteientschädigung die MWST nicht berücksichtigt werden muss.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden gutgeheissen.

Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 10. Januar 2018 betreffend das Markeneintragungsgesuch CH Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" sowie Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 10. Januar 2018 betreffend das Markeneintragungsgesuch CH Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)" werden aufgehoben.

Die Vorinstanz wird angewiesen, die Wortmarke CH Nr. 54597/2016 "SWISS+CLUSIV" sowie die Wort-/Bildmarke CH Nr. 54598/2016 "SWISS+CLUSIV (fig.)" für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 10, 20, 24 und 35 einzutragen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Die geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 3'000.– (total Fr. 6'000.–) werden der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 54597/2016; 54598/2016; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD
(Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd

Pascal Sennhauser

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: 1. Juni 2021