



Urteil vom 23. März 2018

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

Parteien

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

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch CH 64918/2015 SWISSCLUSIV.

Sachverhalt:**A.**

Am 26. November 2015 meldete die Beschwerdeführerin die Wortmarke "Swissclusiv" zur Eintragung im schweizerischen Markenregister an. Die Marke wurde für verschiedene Waren der Klassen 10, 20 und 24 hinterlegt.

B.

Mit Schreiben vom 1. März 2016 beanstandete die Vorinstanz das Gesuch in formeller Hinsicht für einzelne Waren, da das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis nicht den Anforderungen von Art. 11 der Markenschutzverordnung entspreche.

In einem weiteren Schreiben vom 1. März 2016 beanstandete die Vorinstanz das Gesuch auch in materieller Hinsicht mit der Begründung, das hinterlegte Zeichen sei täuschend. Das Zeichen beinhalte erkennbar die Angabe "Swiss", zu Deutsch "Schweizer, schweizerisch". Diese bekannte Angabe wecke bei den Abnehmern die Erwartung, dass die beanspruchten Waren aus der Schweiz stammten. Damit dieser Erwartung Rechnung getragen werde, müsse das Warenverzeichnis auf diese Herkunft eingeschränkt werden.

C.

Die Beschwerdeführerin erklärte mit Stellungnahme vom 4. Juli 2016, das Warenverzeichnis sei nicht auf die Herkunft "Schweiz" einzuschränken. Im Weiteren behob die Beschwerdeführerin die formellen Mängel, indem sie die Warenliste wie folgt präziserte:

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.

Klasse 20: Matratzen (einschliesslich Auflegematratzen), Betten (einschliesslich Wasserbetten), Kissen, Kopfkissen, Kopfpolster, Nackenrollen, Luftmatratzen, Luftkissen, sämtliche Waren für nicht medizinische Zwecke; Bettzeug (ausgenommen Bettwäsche); Lattenroste für Betten; Bettgestelle aus Holz, Kunststoff und/oder Metall; Unterbetten; Matratzenauflagen.

Klasse 24: Bettdecken; Bettwäsche; Bettzeug (Bettwäsche); Bezüge für Kissen; Federbettdecken; Heimtextilien; Inlett (Matratzentuch); Matratzenüberzüge; Spannbettlaken für nicht medizinische Zwecke; Stoffe; Textilersatzstoffe aus Kunststoff; Tücher (Laken); Vliesstoffe (Textilien); Schutzbezüge für Betten und Encasings für nicht medizinische Zwecke; Webstoffe (elastisch); Wollstoffe; (soweit in Klasse 24 enthalten).

D.

In ihrem Schreiben vom 4. Oktober 2016 teilte die Vorinstanz mit, sie halte für sämtliche beanspruchten Waren der Klassen 10, 20 und 24 an der provisorischen Schutzverweigerung fest.

E.

Mit Stellungnahme vom 24. November 2016 (eingereicht am 5. Dezember 2016) argumentierte die Beschwerdeführerin, für die Beurteilung eines Zeichens sei der Gesamteindruck massgeblich und das vorliegende Zeichen als ein Wort anzusehen. Da das Wort "Swissclusiv" in keiner der Amtssprachen eine Bedeutung habe, sei es ein Fantasiewort. Somit könne das Zeichen keine Herkunftsangabe sein. Selbst wenn dem vorliegenden Kennzeichen ein Herkunftshinweis zu entnehmen wäre, verliere ein solcher Bestandteil diese Qualität, wenn er mit zusätzlichen Elementen versehen werde, die dem Kennzeichen einen anderen Sinnzusammenhang verliehen. Bereits die Aussprache des Gesamtkennzeichens lenke von einem Bestandteil "swiss" ab. Denn die Silbe "clu" beinhalte als einzige Silbe den dunklen Vokal "u", wodurch diese Silbe bestärkt betont werde. Dies werde durch den harten Konsonanten "c" noch verstärkt. Somit werde der Fokus auf das dominante Element "clu" des Kennzeichens gezogen. Des Weiteren hätten Bestandteile wie "clusiv", die den Amtssprachen und damit Schweizer Muttersprachen entlehnt seien, eine besondere Bedeutung in einem Kennzeichen. Ausserdem sei eine Irreführung zur Herkunft ausgeschlossen und das Zeichen uneingeschränkt eintragungsfähig, wenn bei einem zusammengesetzten Zeichen eine eindeutige Zuordnung einzelner Bestandteile und damit die eindeutige Wahrnehmung einer geografischen Angabe nicht möglich sei. Wie beim Zeichen "Valswiss" fehle es an einer klaren Trennweise. So erlaube das Fantasiewort "Swissclusiv" mehrere Silbentrennungen, wie "Swis/sclu/siv" oder "Swi/ssclu/siv".

F.

Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 2. März 2017 das Schweizer Markeneintragungsgesuch 64918/2015 für alle beanspruchten Waren der Klassen 10, 20 und 24 zurück. Zur Begründung führte sie aus, das hinterlegte Zeichen lasse sich ohne weiteres in die Teile "Swiss" und "clusiv" zerlegen. Überlegungen der Art, wie sie die Hinterlegerin anstelle (Silbentrennung, Art der Konsonanten und Vokale im Zeichen, fremdsprachiges Teil kombiniert mit einem solchen in einer Landessprache) ergäben sich nicht. Das strittige Zeichen enthalte die erkennbare geografische Angabe "Swiss", welche eine direkte Herkunftsangabe darstelle und den massgebenden schweizerischen Verkehrskreisen bekannt sei, so dass dieser Zeichenbestandteil geeignet sei, im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 10, 20 und 24 als geografischer Hinweis auf die Schweiz wahrgenommen zu werden. Der Angabe "Swiss" in "Swissclusiv" komme keine dominierende andere nicht geografische Bedeutung zu. Da das Zeichen "Swissclusiv" die direkte Herkunftsangabe "Swiss" enthalte, erwarteten die Abnehmer, dass die damit gekennzeichneten Waren aus der Schweiz stammten. Da die Warenliste keine solche Einschränkung aufweise, werde der Abnehmer in seiner Herkunftserwartung getäuscht. Die von der Beschwerdeführerin genannte Voreintragung "Valswiss" sei nicht mit dem vorliegend strittigen Zeichen vergleichbar; unter anderem sei das Warenverzeichnis von "Valswiss" schon bei der Hinterlegung auf Waren schweizerischer Herkunft eingeschränkt gewesen.

G.

Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 31. März 2017 per Fax (und nachträglich per Post) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ein mit dem Begehren, die Verfügung der Vorinstanz vom 2. März 2017 betreffend das Markeneintragungsgesuch CH Nr. 64918/2015 "Swissclusiv" aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Schweizer Marke "Swissclusiv" für die beanspruchten Waren zum Schutz in der Schweiz zuzulassen.

Zur Begründung führte sie aus, durch die Zusammensetzung von Bestandteilen zu dem im Gesamteindruck bedeutungslosen Kennzeichen "Swissclusiv" finde keine Irreführung über die geografische Herkunft statt. Bei der Kombination "Swissclusiv" griffen wie bei der Voreintragung "Valswiss" die beiden Lexeme derartig ineinander, dass kein Morphem einzeln herstellbar sei. So bestehe das Kennzeichen aus "Swis" und "clusiv". Beide Bestandteile hätten in welcher auch immer zu Grunde gelegten Sprache

keine Bedeutung. Mithin könne das zwischen beiden liegende "s" dem ersten oder dem zweiten Bestandteil als "Swiss" bzw. als "sclusiv" zugeordnet werden. Im letzteren Fall verbliebe es mit "Swis" und "sclusiv" bei zwei bedeutungslosen Bestandteilen ohne jegliche Herkunftsangabe. Der Bestandteil "clusiv" erinnere phonetisch an das Adjektiv "exklusiv" (fr. "exclusiv", it. "esclusivo"). Der englischsprachige Begriff "Swiss" trete hiergegen als fremdsprachiges Wort zurück. Ausserdem führe das nach Meinung der Vorinstanz hinzugefügte "clusiv" im Kennzeichen zu seiner Adjektivierung und damit weg von einem geografischen Hinweis, nämlich hin zu einer Präposition, womit ein geografischer Hinweis per grammatikalischer Funktion nicht mehr gegeben sein könne.

H.

Mit Schreiben vom 29. August 2017 erklärte die Vorinstanz, sie verzichte auf die Einreichung einer Stellungnahme und beantrage, unter Hinweis auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

I.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist von keiner Seite beantragt worden.

J.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32). Als Marken anmelderin hat die Beschwerdeführerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021).

1.2 Fraglich ist, ob die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form der vorab per Fax und nachträglich per Post eingereichten Beschwerdeschrift gewahrt wurden (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.2.1 Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 21 Abs. 1 VwVG).

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung der angefochtenen Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG).

Genügt die Beschwerde diesen Anforderungen nicht und stellt sich die Beschwerde nicht als offensichtlich unzulässig heraus, so räumt die Beschwerdeinstanz dem Beschwerdeführer eine kurze Nachfrist zur Verbesserung ein (Art. 52 Abs. 2 VwVG).

1.2.2 Eine mittels Telefax eingereichte Rechtsschrift enthält keine Originalunterschrift, da sie nur eine Kopie ist (vgl. Urteil des BGer 9C_739/2007 vom 28. November 2007 E. 1.2, mit Hinweis auf BGE 121 II 252 E. 4a).

1.2.3 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts können Beschwerdeschriften ohne Originalunterschrift nur innert einer Nachfrist verbessert werden, wenn die Unterlassung „unfreiwillig“ erfolgt ist, nicht aber, wenn diese bewusst – durch Einreichung einer Beschwerde mittels Telefax – geschieht, da dies einem Rechtsmissbrauch gleichkommt (PATRICIA EGLI, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 21, mit Verweis u.a. auf BGE 121 II 252 E. 3 und 4a). Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sind demgegenüber innerhalb der Beschwerdefrist mittels Telefax eingereichte Beschwerdeschriften grundsätzlich entgegenzunehmen und gemäss Art. 52 Abs. 2 VwVG innert einer kurzen Nachfrist von fünf Tagen verbessern zu lassen, soweit nur ein Rechtsverhältnis zwischen der beschwerdeführenden Person und dem Staat in Frage steht und kein Rechtsmissbrauch vorliegt (PATRICIA EGLI, a.a.O., N. 4 zu Art. 21; FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 113 zu Art. 52, mit Verweis auf Urteil des BVGer B-7123/2009 vom 26. Mai 2010; Urteil des BVGer B-3660/2016 vom 30. Januar 2018 E. 1.2.3 "Sibirica").

1.2.4 Die angefochtene Verfügung datiert vom 2. März 2017. Wann diese der Beschwerdeführerin eröffnet worden ist, ist aus den dem Gericht vorliegenden Akten nicht ersichtlich. Indessen steht fest, dass die vorinstanzliche Verfügung der Beschwerdeführerin frühestens am 3. März 2017 zugestellt worden sein kann. Damit hätte der Fristenlauf am 4. März 2017 begonnen, und die 30-tägige Frist zur Einreichung einer Beschwerde wäre am 3. April 2017 abgelaufen (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 3 VwVG).

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht per Telefax am 31. März 2017 und damit innerhalb der Beschwerdefrist übermittelt. Diese Faxeingabe genügt den Anforderungen insofern nicht, als es dieser an der Originalunterschrift der Beschwerdeführerin respektive ihres Vertreters fehlt. Dagegen enthält die Faxeingabe anforderungsgemäss die angefochtene Verfügung.

Da die Beschwerdeführerin die mit 31. März 2017 datierte Beschwerdeschrift, welche die Originalunterschrift enthält, entgegen der Anforderung von Art. 21 Abs. 1 VwVG nicht der schweizerischen Post übergeben hat, ist zur Berechnung der Fristwahrung dasjenige Datum massgebend, an welchem das Schriftstück bei der Behörde eintrifft oder von der schweizerischen Post zur Weiterbeförderung in Empfang genommen wird (PATRICIA EGLI, a.a.O., N. 9 zu Art. 21). Letzteres lässt sich anhand der Akten nicht eruieren. Fest steht jedoch, dass die Beschwerdeschrift mit der Originalunterschrift am 10. April 2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingetroffen ist, ohne dass das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin eine Nachfrist hätte setzen müssen.

Da im vorliegenden Fall nur das Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin zum Staat respektive zur Vorinstanz im Streit steht und die mit Fax eingereichte Eingabe bereits die angefochtene Verfügung enthielt, ist die fristgemäss eingereichte Faxbeschwerde, deren Inhalt den Anforderungen gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG entspricht, entgegenzunehmen (vgl. Urteil des BVGer B-3660/2016 E. 1.2.4 "Sibirica").

1.3 Der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Vorinstanz begründet ihre Zurückweisungsverfügung damit, dass in Bezug auf die Herkunft der beanspruchten Dienstleistung eine Irreführungsgefahr bestehe (Art. 2 Bst. c des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992, MSchG, SR 232.11).

2.1 Ein Zeichen ist unter anderem dann irreführend, wenn es eine geografische Angabe enthält oder gar ausschliesslich aus einer geografischen Bezeichnung besteht, die objektiv geeignet ist, die Markenadressaten zur Annahme einer Warenherkunft zu verleiten, die in Wirklichkeit nicht zutrifft (BGE 132 III 770 E. 2.1 "Colorado"; 128 III 454 E. 2.2 "Yukon"; Urteil des BGer 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 2.3 "Wilson").

Keine Gefahr der Irreführung besteht dagegen, wenn die Marke von den massgebenden Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden wird (vgl. Art. 47 Abs. 2 MSchG), namentlich zu einer der in BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon" definierten Fallgruppen zählt. Demnach fehlt eine Herkunftserwartung, wenn der Ort, auf den das Zeichen hinweist, den hiesigen Abnehmerkreisen unbekannt ist; das Zeichen wegen seines Symbolgehalts als Fantasiezeichen aufgefasst wird; der Ort, auf den das Zeichen hinweist, sich nicht als Produktions-, Fabrikations- oder Handelsort eignet; das Zeichen eine Typenbezeichnung darstellt; sich für ein Unternehmen im Verkehr durchgesetzt hat oder zu einer Gattungsbezeichnung degeneriert ist (vgl. auch BGE 135 III 416 E. 2.6 ff. "Calvi"; Urteil des BGer 4A_357/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 4.4 "Indian Motorcycle").

Ob eine geografische Bezeichnung, die als Bestandteil einer Marke verwendet werden soll, zur Täuschung des Publikums geeignet ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Bekanntheit des Wortes als geografische Angabe und als Marke, tatsächliche oder naheliegende Beziehungen zwischen dieser und zusätzlichen Angaben, welche die Täuschungsgefahr erhöhen oder beseitigen können. Entscheidend ist, ob eine Marke beim Publikum eine Ideenverbindung zu einer bestimmten Gegend oder einem bestimmten Ort hervorruft und so mindestens indirekt die Vorstellung einer Herkunftsangabe weckt. In solchen Fällen besteht die Gefahr der Irreführung, falls die mit dem Zeichen versehenen Waren nicht dort hergestellt werden (BGE 132 III 770 E. 2.1 "Colorado"; BGE 128 III 454 E. 2.2 "Yukon", je mit Hinweisen).

2.2 Herkunftsangaben sind nach Art. 47 Abs. 1 MSchG direkte oder indirekte Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen.

Als direkte Herkunftsangaben gelten unter anderem die Namen von Städten, Ortschaften, Tälern, Regionen und Ländern (BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon"; Urteil des BGer 4A_6/2013 E. 2.2 "Wilson"; Urteile des BVGer B-3117/2014 vom 21. August 2015 E. 2.1 "Teutonia"; B-5451/2013 vom 4. Juni 2014 E. 3.2 "Firenza"; ALEXANDER PFISTER, in: David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar zum Markenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 47 N. 6; SIMON HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, 2. Aufl. 2017, Art. 47 N. 5 S. 1083 f.). Indirekte Herkunftsangaben verweisen nicht direkt auf den Herkunftsort von Waren oder Dienstleistungen, sondern indizieren mit ihrem Aussage- bzw. Sinngehalt bloss indirekt eine bestimmte Herkunftserwartung (SIMON HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], a.a.O., Art. 47 N. 6 S. 1084; ALEXANDER PFISTER, a.a.O., Art. 47 N. 7).

2.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei einem Zeichen, das einen (bekannten) geografischen Namen enthält oder ausschliesslich aus einem solchen besteht, im Sinne eines allgemeinen Erfahrungssatzes zu vermuten, dass die massgebenden Verkehrskreise das Zeichen als Herkunftsangabe auffassen. Eine dem Käufer der damit bezeichneten Ware als solche bekannte geografische Angabe weckt bei diesem nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Vorstellung, das betreffende Erzeugnis stamme aus dem Ort, auf den die Angabe hinweist (BGE 135 III 416 E. 2.2 "Calvi"; Urteile des BGer 4A_357/2015 E. 4.3 "Indian Motorcycle"; 4A_6/2013 E. 3.3.2 "Wilson").

2.4 Bei Herkunftsbezeichnungen kann die im Markenregister eingetragene Waren- und Dienstleistungsliste auf Produkte, für welche die erwartete geografische Herkunft zutrifft, eingeschränkt werden (BGE 132 III 770 E. 3.2 "Colorado"; Urteil des BVGer B-3117/2014 E. 2.3 "Teutonia").

3.

3.1 Die Vorinstanz erläutert in der angefochtenen Verfügung, das hinterlegte Zeichen lasse sich ohne weiteres in die Teile "Swiss" und "clusiv" zerlegen. "Swiss" stelle eine direkte Herkunftsangabe dar und sei den mass-

gebenden schweizerischen Verkehrskreisen bekannt, so dass dieser Zeichenbestandteil geeignet sei, im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 10, 20 und 24 als geografischer Hinweis auf die Schweiz wahrgenommen zu werden. Der Angabe "Swiss" in "Swissclusiv" komme keine dominierende andere nicht geografische Bedeutung zu. Da das Zeichen "Swissclusiv" die direkte Herkunftsangabe "Swiss" enthalte, erwarteten die Abnehmer, dass die damit gekennzeichneten Waren aus der Schweiz stammten. Da die Warenliste keine solche Einschränkung aufweise, werde der Abnehmer in seiner Herkunftserwartung getäuscht.

3.2 Die Beschwerdeführerin hält dagegen, durch die Zusammensetzung von Bestandteilen zu dem im Gesamteindruck bedeutungslosen Kennzeichen "Swissclusiv" finde keine Irreführung über die geografische Herkunft statt. Bei der Kombination "Swissclusiv" griffen die beiden Lexeme derartig ineinander, dass kein Morphem einzeln herstellbar sei. So bestehe das Kennzeichen aus "Swis" und "clusiv". Beide Bestandteile hätten in welcher auch immer zu Grunde gelegten Sprache keine Bedeutung. Mithin könne das zwischen beiden liegende "s" dem ersten oder dem zweiten Bestandteil als "Swiss" bzw. als "sclusiv" zugeordnet werden. Im letzteren Fall verbliebe es mit "Swis" und "sclusiv" bei zwei bedeutungslosen Bestandteilen ohne jegliche Herkunftsangabe. Der Bestandteil "clusiv" erinnere phonetisch an das Adjektiv "exklusiv" (fr. "exclusiv", it. "esclusivo"). Der englischsprachige Begriff "Swiss" trete hiergegen als fremdsprachiges Wort zurück. Ausserdem führe das nach Meinung der Vorinstanz hinzugefügte "clusiv" im Kennzeichen zu seiner Adjektivierung und damit weg von einem geografischen Hinweis, nämlich hin zu einer Präposition, womit ein geografischer Hinweis per grammatikalischer Funktion nicht mehr gegeben sein könne.

4.

Für die Prüfung der Eintragungsfähigkeit einer Marke ist auf die Beurteilungsperspektive und auf das mutmassliche Verständnis der schweizerischen Abnehmer abzustellen (Urteile des BGer 4A_357/2015 E. 4.5 "Indian Motorcycle"; 4A_6/2013 E. 3.2.3 "Wilson"; Urteil des BVGer B-5024/2013 vom 18. Februar 2015 E. 4 "Strela").

Die Abnehmer der beanspruchten Matratzen, Betten, Kissen, Decken, Bettwaren und -wäsche der Klassen 10, 20 und 24 sind einerseits erwachsene Personen und andererseits Fachkreise wie Bettwarenhändler, Inneneinrichtungsgeschäfte sowie Hotels und Spitäler, die diese Waren für ihre Gäste und Patienten nachfragen. Die beanspruchten Waren werden vor

dem Erwerb üblicherweise getestet respektive genauer begutachtet und daher mit einer leicht erhöhten Aufmerksamkeit gekauft (Urteil des BVGer B-3660/2016 E. 4.2 "Sibirica"; vgl. auch Urteile des BVGer B-3117/2014 vom 21. August 2015 E. 4 "Teutonia"; B-5024/2013 vom 18. Februar 2015 E. 4 "Strela").

5.

Das Zeichen "Swissclusiv" hat als Einheit unbestrittenermassen keinen eigenen Bedeutungsgehalt. Daher wird der Konsument in einem nächsten Schritt versuchen, sich aus den Teilen des Zeichens einen Sinn zu erschliessen, bevor er von einem reinen Fantasienamen ausgeht (Urteile des BVGer B-4854/2010 vom 29. November 2010 E. 5.3 "Silacryl"; B-1710/2008 vom 6. November 2008 E. 3.3 "Swistec").

5.1 Während für die Vorinstanz nur die Aufteilung in "Swiss" und "clusiv" einen Sinn ergibt, bleibt für die Beschwerdeführerin die Zuordnung des zwischen "Swis" und "clusiv" liegenden "s" nicht möglich. Damit sei keine eindeutige Wahrnehmung einer geografischen Angabe möglich und eine Irreführung über die geografische Herkunft ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang verweist sie auf den Entscheid "Valswiss" der ehemaligen Rekurskommission für geistiges Eigentum.

5.1.1 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin konnte die Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum beim Zeichen "Valswiss" das "s" in der Mitte eindeutig dem zweiten Zeichenbestandteil "wiss" zuordnen. Daraus ergaben sich die beim Publikum bekannten Elemente "Val" und "swiss", zusammengelegt erkennbar als "Schweizer Tal" (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 16. Januar 2004, in: sic! 2004 S. 669 ff. E. 6 "Valswiss").

Auch im vorliegenden Fall lässt sich das "s" in der Mitte dem Zeichenbestandteil klar einem Element zuweisen, nämlich dem ersten Element "Swis", womit sich das Anfangselement "Swiss" ergibt, welches den hiesigen Verkehrskreisen ein Begriff ist (Urteil des BGer 4A.6/1998 vom 10. September 1998, veröffentlicht in sic! 1999, S. 29 ff. E. 4 "Swissline"; Urteile des BVGer B-5145/2015 vom 11. Dezember 2017 E. 8.2.1.1 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL"; B-203/2014 vom 5. Juni 2015 E. 5.1 "Swissix Swiss Internet Exchange [fig.]/IX SWISS"). Die Zerlegung in die Elemente "Swis" und "sclusiv", wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, ergibt keinen Sinn, da es sich um zwei bedeutungslose Bestandteile handelt.

5.1.2 "Swiss" ist ein Wort der englischen Sprache und bedeutet als Nomen "Schweizer, Schweizerin" und als Adjektiv "schweizerisch" (Langenscheidt e-Handwörterbuch Englisch-Deutsch 5.0). "Swiss" ist geeignet, die Herkunft der von der strittigen Marke beanspruchten Matratzen, Betten, Kissen, Decken, Bettwaren und –wäsche der Klassen 10, 20 und 24 zu bezeichnen (vgl. Urteile des BVGer B-5145/2015 E. 9.2.1.1 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL"; B-1710/2008 E. 3.6 "Swistec"; MEISSER/ASCHMANN, Herkunftsangaben und andere geographische Bezeichnungen, in: SIWR III/2, 2. Aufl. 2005, S. 219).

"Clusiv" hat keine eigene Bedeutung. Es erinnert jedoch auf Grund der sprachlichen Nähe an ein Adjektiv, welches in allen drei Landessprachen und im Englischen existiert. Auf Deutsch handelt es sich dabei um "exklusiv", auf Französisch "exclusif, exclusive", auf Italienisch "esclusivo" und auf Englisch "exclusive", zu Deutsch "ausschliesslich; Allein...; exklusiv" (Langenscheidt e-Handwörterbücher Französisch-Deutsch, Italienisch-Deutsch und Englisch-Deutsch 5.0). "Clusiv" im Sinne von "exklusiv" kann ohne weiteres als Qualitätsangabe für die beanspruchten Waren verstanden werden.

Die strittige Marke "Swissclusiv" setzt sich somit – wie etwa im Fall "Finn Comfort" – aus einer Herkunfts- und einer Qualitätsbezeichnung zusammen (RKGE vom 17. April 1998, in: sic! 1998 S. 475 E. 4 "Finn Comfort"). In ihrer Gesamtheit hat sie die Bedeutung von "schweizerisch-exklusiv".

5.2 Das hinterlegte Zeichen "Swissclusiv" enthält nach dem Gesagten den Herkunftshinweis "Swiss". Nach Meinung der Beschwerdeführerin lenkt der weitere Bestandteil "clusiv" jedoch vom herkunftshinweisenden Charakter des Zeichens ab. Einerseits hätten Bestandteile, die den Amtssprachen entnommen seien, in einem Kennzeichen gegenüber fremdsprachigen Begriffen eine ablenkende Funktion. Andererseits werde "swiss" im Zusammenhang mit "clusiv" adjektivisch und damit nicht als geografischer Hinweis verstanden.

5.2.1 In der Tat kann bei der Verwendung von Herkunftsangaben als blosses Kombinationselement von Wortzeichen das herkunftsbezogene Verständnis völlig verblasen (EUGEN MARBACH, Markenrecht, SIWR III/1, Basel 2009, N. 588). So entschied das Bundesverwaltungsgericht, selbst wer in der Marke "BIOROM" das Wort "ROM" erkenne, werde wegen der Be-

deutungslosigkeit des ganzen Zeichens in der Marke als Ganzes keine unmittelbar beschreibende Aussage erkennen (Urteil des BVGer B-6068/2007 vom 18. September 2008 E. 6.2 f. "Biorom").

5.2.2 Wie bereits ausgeführt wurde, kommt das Element "clusiv" nicht nur in den Adjektiven "exklusiv", "exclusif, exclusive" und "esclusivo" der drei schweizerischen Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch vor, sondern mit "exclusive" auch im Englischen. Der Umstand, dass das Element "swiss" klar als englisches Wort verstanden wird, führt dazu, dass auch das Element "clusiv" als Wort der englischen Sprache erkannt wird (Urteil des BVGer B-5145/2015 E. 8.2.2.2 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL"). Denn die massgeblichen Verkehrskreise gehen nicht leichterding von einem zwei- oder mehrsprachigen Zeichen aus (Urteil des BVGer B-4080/2008 vom 8. September 2010 E. 5.1.1 "Aussie Dual Personality"). Selbst wenn sie von einem zweisprachigen Zeichen ausgehen würden, würden sie in der Marke denselben Sinngehalt, nämlich "schweizerisch-exklusiv", und damit auch einen Herkunftshinweis erkennen.

5.2.3 Fraglich ist, ob ein adjektivisches Verständnis eines Herkunftshinweises in einem zusammengesetzten Wort von einem geografischen Hinweis weg- zu einer Präposition hinführt, womit ein geografischer Hinweis per grammatikalischer Funktion nicht mehr gegeben sein könne, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

Für die Qualifikation als Herkunftsangaben ist es unerheblich, ob sie als Adjektiv, Substantiv oder als Zusatz zu einer Sachbezeichnung oder Marke verwendet werden (vgl. SIMON HOLZER, a.a.O., Art. 47 N. 5; BIRGIT WEIL, Die Bestimmung der Herkunft 'Schweiz' im rechtlichen, historischen und wirtschaftlichen Spannungsfeld Swissness – zwischen Selbsterhalt und Selbsterstörung, Zürich 2017, S. 46). Entscheidend ist, ob "Swiss" im Gesamteindruck der Marke als geografische Herkunftsangabe erkannt wird (Urteil des BGer 4A_357/2015 E. 5.3 "Indian Motorcycle"). Dies ist auf Grund des sofort erkennbaren Sinngehalts von "Swiss" zu bejahen.

5.3 Da "Swissclusiv" nicht auf Waren schweizerischer Herkunft beschränkt wurde, ist das Zeichen irreführend für Waren, die nicht aus der Schweiz stammen. Der Marke kann daher in der Schweiz kein Schutz gewährt werden.

6.

Bei diesem Ergebnis muss nicht weiter geprüft werden, ob das Zeichen "Swissclusiv", welches sich aus einer Herkunfts- und einer Qualitätsbezeichnung zusammensetzt (vgl. E. 5.1.2), einen beschreibenden, nach Art. 2 Bst. a MSchG zur Schutzverweigerung führenden Charakter aufweist.

7.

Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Bei Markeneintragungsverfahren geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Im Markeneintragungsverfahren ist das Interesse der beschwerdeführenden Partei am Aufwand einer neuen Markeneintragung und an der Vorbereitung der Markteinführung im Fall der Rückweisung der hängigen Markenmeldung zu veranschlagen. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Umfang der Streitsache darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 50'000.– bis Fr. 100'000.– festzulegen (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss", mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf Fr. 3'000.– festzulegen.

Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin aufgelegt. Zur Bezahlung der Verfahrenskosten wird nach Eintritt der Rechtskraft der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 64918/2015; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Kathrin Bigler Schoch

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 Rechtsschrift 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: 26. März 2018