



Urteil vom 23. März 2017

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

Parteien

Dr. Petra **Bock**,
Albrechtstrasse 14b, DE-10117 Berlin,
vertreten durch Dr. iur. Marc Schwenninger, Rechtsanwalt,
SCHWENNINGER anwaltskanzlei,
Stettbachstrasse 6, 8600 Dübendorf,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Internationale Markeneintragung IR 1'178'748 MINDFUCK.

Sachverhalt:**A.**

Petra Bock (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist Inhaberin der international registrierten Marke Nr. 1'178'748 „Mindfuck“ mit Basiseintragung in Deutschland für folgende Waren und Dienstleistungen:

- 21 Ustensiles et récipients pour le ménage ou la cuisine; verre brut ou mi-ouvré (autre que verre de construction); articles de verrerie, porcelaine et faïence non compris dans d'autres classes.
- 25 Vêtements, articles chaussants, articles de chapellerie.
- 35 Services de conseillers en gestion commerciale et/ou publicité; gestion de ressources humaines; services de conseillers en organisation d'entreprise; services de conseillers en matière de création et direction d'organisations; publicité; gestion d'affaires commerciales.
- 41 Éducation; services de formation; services de coaching, notamment coaching de vie, coaching en matière d'aptitude à diriger, coaching de personnes dans le domaine des affaires, coaching en matière de santé, coaching de l'esprit, coaching mental, coaching de personnes travaillant dans le domaine de la gestion; services de coaching de vie sur le plan éducatif; formation; services d'éducation et formation notamment en matière de gestion du temps.

Die Eintragung wurde dem Eidgenössischen Institut für geistiges Eigentum IGE (nachfolgend: Vorinstanz) am 24. Oktober 2013 von der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) notifiziert.

B.

Am 14. Oktober 2014 erliess die Vorinstanz eine provisorische Schutzverweigerung. Zur Begründung gab sie an, die Marke gehöre zum Gemeingut und sie verstosse gegen die guten Sitten.

C.

Die Beschwerdeführerin ersuchte mit Stellungnahme vom 8. Mai 2015 darum, die Marke sei ohne Einschränkung zu akzeptieren und zur Schutzerstreckung auf die Schweiz zuzulassen. Zur Begründung führte sie an, die Rechtsprechung gebe nicht vor, was als sexuell anstössig zu gelten habe und bei dieser Beurteilung sei im Hinblick auf die liberalisierte, freiheitliche Gesellschaft in der Schweiz eine zurückhaltende Betrachtung angezeigt. Die Marke „Mindfuck“ sei daher nicht sittenwidrig. Darüber hinaus habe der Begriff „fuck“ seine ursprüngliche Primärbedeutung als englischer Begriff für den Geschlechtsverkehr in der Umgangssprache verloren und bedeute

heute vielmehr, dass etwas nicht funktioniert habe oder dass man sich ab etwas nerve bzw. diene als Verstärkung des Gesagten. Im Übrigen sei der Begriff „Mindfuck“ in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend oder anpreisend und gehöre damit nicht zum Gemeingut.

D.

Mit Schreiben vom 10. August 2015 hielt die Vorinstanz grundsätzlich an ihrer Beanstandung fest, begründete ihre Auffassung und präzierte, dass das Zeichen für einen Teil der Dienstleistungen der Klasse 41 (éducation, services de formation, services de coaching, formation, services d'éducation et formation notamment en matière de gestion du temps) beschreibend sei und zudem für sämtliche Waren und Dienstleistungen gegen die guten Sitten verstosse.

E.

Mit E-Mail vom 14. Oktober 2015 teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit, dass sie auf weitere Eingaben verzichte, worauf ihr die Vorinstanz am 8. Januar 2016 eine beschwerdefähige Verfügung zustellte, wonach der internationalen Registrierung Nr. 1'178'748 „Mindfuck“ der Schutz in der Schweiz für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen verweigert werde.

F.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 11. Februar 2016 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt darin die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Januar 2016 betreffend Schutzverweigerung des Schutzausdehnungsgesuches der IR Marke 1'178'748 für die Schweiz aufzuheben, und die Vorinstanz sei anzuweisen, die vorliegende Marke ins Markenregister für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen zuzulassen und gegenüber der internationalen Behörde WIPO die Aufhebung des Schutzverweigerungsgrundes mitzuteilen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.“

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Begehren im Wesentlichen damit, dass die Frage der sexuellen Sittlichkeit den sozialen Frieden im Sinne der Rechtsprechung nicht gefährden könne, sexuelle Äusserungen in der Öffentlichkeit nur dann verboten seien, wenn sie den Grad der strafrechtlichen Pornografie erfüllten und die Vorinstanz nicht anerkenne, dass sich

die Primärbedeutung des Wortes „fuck“ verändert habe und sie einzig auf die vulgäre Bedeutung „Bumsen“ hinweise. Zudem sei die Sittenfrage der Sexualmoral in den uns nahestehenden Kulturkreisen einheitlich zu beurteilen, weshalb es von Belang sei, dass das Zeichen „Mindfuck“ in Deutschland, Österreich und Liechtenstein nicht als Verstoss gegen die sittliche Moral angesehen werde, gleich wie das Deutsche Bundespatentgericht auch die Marken „Ficke“ und „FickShui“ (fig.) als eintragungsfähig beurteilt habe. Ferner werde der Begriff „fuck“ zusammen mit „Mind“ benutzt, womit er offensichtlich von der ursprünglichen sexuellen Wortbedeutung weiter abrücke resp. sich ganz entfernt habe. In diesem Sinne sei es nicht mehr vorstellbar, dass das Zeichen „Mindfuck“ von einem Teil der Abnehmer in der Schweiz nach aktuellen Moralvorstellungen als tatsächlich untolerierbar sexuell anstössig wahrgenommen werde.

Im Übrigen sei die Ansicht der Vorinstanz nicht nachvollziehbar, wonach das Zeichen „Mindfuck“ als Ausbildungsinhalt wahrgenommen werde und damit für einen Teil der beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 41 zum Gemeingut gehöre. Die Kombination zwischen „Mind“ und „fuck“ weise nämlich auf hindernde Denkmuster hin, die eine Divergenz zwischen Handeln und Denken im Menschen bewirkten und störende Verhaltensweisen hervorriefen. Ferner, so die Beschwerdeführerin weiter, stamme der Begriff „Mindfuck“ aus der Filmindustrie, um Filme zu bezeichnen, welche unseren Augen nicht trauen lassen und uns verwirren. Damit sei das Zeichen lediglich für Filme beschreibend und nicht eintragungsfähig. Darüber hinaus sei mit „Mindfuck“ aber keine klare Vorstellung über die konkreten Erziehungs-, Coaching- und Ausbildungsdienstleistungen der Beschwerdeführerin verbunden, sondern höchstens, dass sich diese offenbar nicht im gewöhnlichen Rahmen bewegten.

G.

Die Vorinstanz nahm mit Vernehmlassung vom 10. Juni 2016 Stellung. Sie beantragt, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Sie führt zur Zeichenbedeutung aus, „Mindfuck“ werde gedanklich ohne weiteres in „Mind“ und „fuck“ aufgeteilt. „Mind“ werde u.a. mit „Geist/Verstand/Hirn/Gedanken/Meinung“ und „fuck“ mit „Fick/Scheisse/Jemanden vögeln“ übersetzt. Der Bestandteil „fuck“ sei gemäss lexikalischer Definition „vulgär/derb“. Das Zeichen als Ganzes werde als „Geist-/Verstand-/Hirnfick“ verstanden. In der Literatur und insbesondere in der Filmbranche sei „Mindfuck“ auch ein stehender Begriff und könne als Erzählphänomen definiert werden, bei dem es darum gehe, den Zuschauer durch unerwartete Wendungen zu verwirren. „Mindfuck“ werde zwar je nach Kontext also mit

anderen Sinngehalten verwendet, doch ändere dies nichts daran, dass „fuck“ als vulgäres Synonym für den Geschlechtsverkehr ein sexuell anstössiger bzw. obszöner Zeichenbestandteil darstelle, der geeignet sei, bei einem durchschnittlich empfänglichen Abnehmer Anstoss zu erregen und das sittliche Empfinden mindestens eines Teils der Abnehmer in der Schweiz zu verletzen.

Hinsichtlich der Frage, ob das Zeichen für gewisse Dienstleistungen der Beschwerdeführerin zum Gemeingut gehöre, stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass Zeichen, die einen möglichen thematischen Inhalt der Waren und/oder Dienstleistungen beschreiben, vom Markenschutz ausgeschlossen seien. Im Zusammenhang mit den hier fraglichen und zuvor erwähnten Dienstleistungen der Klasse 41 stehe für die Fachkreise die Zeichenbedeutung von „Mindfuck“ im Sinne des Erzählphänomens im Vordergrund und das Zeichen werde von den Fachkreisen so verstanden. Damit beschreibe „Mindfuck“ das Thema, zu welchen Erziehungs-, Coaching- und Ausbildungsdienstleistungen angeboten würden, weshalb die Marke keine Unterscheidungskraft besitze und nicht eingetragen werden könne.

H.

Der Schriftenwechsel wurde unter Vorbehalt allfälliger Instruktionsverfügungen und/oder allfälliger weiterer Parteieingaben mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juni 2016 abgeschlossen.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen der Parteien wird, sofern erforderlich, in den untenstehenden 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 Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Als Markenmelderin und Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG), der Kostenvorschuss

wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin hat ihren Wohnsitz in Deutschland. Nach Art. 9^{sexies} Abs. 1 Bst. a des Protokolls vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP; SR 0.232.112.4) findet in den Beziehungen zwischen Staaten, die – wie Deutschland und die Schweiz – Vertragsparteien sowohl des MMP als auch des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Marken in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung (MMA; SR 0.232.112.3) sind, nur das MMP Anwendung.

2.2 Eine Schutzverweigerung hat die Schweiz dem Internationalen Büro gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a MMP i.V.m. Art. 9^{sexies} Abs. 1 Bst. b MMP und den dort erwähnten Bestimmungen vor Ablauf von 12 Monaten mitzuteilen. Die Vorinstanz hat diese Frist vorliegend mit der provisorischen Schutzverweigerung vom 14. Oktober 2014 eingehalten.

2.3 Gemäss Art. 5 Abs. 1 MMP darf ein Verbandsland einer international registrierten Marke den Schutz nur verweigern, wenn nach den in der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung (PVÜ; SR 0.232.04) genannten Bedingungen die Eintragung in das nationale Register verweigert werden kann. Namentlich trifft dies zu, wenn die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt, als Gemeingut anzusehen ist oder gegen die guten Sitten verstösst (Art. 6^{quinquies} Bst. B Ziff. 2 und 3 PVÜ). Dieser zwischenstaatlichen Regelung entsprechen Art. 2 Bst. a und d des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG; SR 232.11). Lehre und Praxis zu diesen Normen können damit herangezogen werden (BGE 128 III 454 E. 2 mit Hinweis auf BGE 114 II 371 E. 1; Urteil des BVGer B-2419/2008 vom 12. April 2010 E. 2.2).

3.

3.1 Art. 2 Bst. d MSchG soll unter anderem den politischen und sozialen Frieden sowie die Geschäftsmoral sicherstellen und schliesst den Markenschutz für Zeichen aus, welche gegen die öffentliche Ordnung, die guten

Sitten oder geltendes Recht verstossen (CHRISTOPH WILLI, MSchG, Kommentar, Zürich 2002, Art. 2 N. 263; MATTHIAS STÄDELI/SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Lucas David/Markus R. Frick [Hrsg.], Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel 2016, Art. 2 N. 329). Dabei wird gelegentlich auf die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 19 Abs. 2 und 20 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) verwiesen (MICHAEL NOTH, in: Michael Noth/Georg Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 lit. d N. 5), wobei in diesem privatrechtlichen Zusammenhang Sittenwidrigkeit dann vorliegt, wenn gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen wird (BGE 132 III 455 E. 4.1). Im Kennzeichnungsrecht gelten Zeichen dann als sittenwidrig, wenn sie geeignet sind, das sozialetische, moralische, religiöse oder kulturelle Empfinden breiter Bevölkerungskreise zu verletzen. Sittenwidrig sind zum Beispiel Zeichen mit rassistischem, religionsfeindlichem oder das religiöse Empfinden verletzendem oder sexuell anstössigem Inhalt (BGE 136 III 474 E. 3; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 24; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: SIWR Bd. III/1, 2. Aufl., Basel 2009, N. 666 ff.; MATHIS BERGER, Sittenwidrige Zeichen sind nicht schutzfähig, in: sic! Sondernummer 2005, 125 Jahre Markenhinterlegung, S. 41 ff., S. 43; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 262).

3.2 Mit der Sittenwidrigkeit als Tatbestandselement von Art. 2 Bst. d MSchG wird vom Richter bei der Normanwendung eine Abschätzung der Stimmungslage in der Bevölkerung zu einem Zeichen verlangt und zugleich hat er den freiheitlich-demokratischen Grundentscheidungen der Verfassung Rechnung zu tragen (vgl. zur öffentlichen Sittlichkeit BGE 106 Ia 267 E. 3 und PIERRE TSCHANNEN, "Öffentliche Sittlichkeit": Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne 2005, S. 553 ff., S. 563). Zudem steht dem sittlichen Empfinden die durch die Wirtschaftsfreiheit geschützten Interessen gegenüber (vgl. zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und zur Abgrenzung derselben gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit BGE 128 I 295 E. 5). Als Teil der verfassungsmässigen Ordnung sind daher bei der Auslegung solch generalklauselartiger Normen die berührten Grundrechte zu gewährleisten (vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 319 zur „Herstellung praktischer Konkordanz“).

3.3 Im Rahmen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Zeichens darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die sittlichen Wertvorstellungen

nicht für alle Zeit festlegen lassen (NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 25). Gerade im Bereich der Sexualität hat sich die Anschauung gelockert, so dass sexuell anzügliche Zeichen, die früher als sittenwidrig zurückgewiesen wurden, heute, soweit sie nicht dem Gemeingut zuzuordnen sind, möglicherweise eintragungsfähig sein könnten (STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 N. 348 mit den Beispielen „Week-End Sex“ für ein Sexmagazin und „Sex on the beach“ für Rauchtak). Auch NOTH stellt tendenziell eine allgemeine Liberalisierung fest, so dass nicht jede Geschmackslosigkeit oder Obszönität die Versagung der Eintragung nach sich zieht (a.a.O., Art. 2 lit. d N. 25). Trotzdem kann die Missachtung des sexuellen Anstandes nach wie vor eine Rückweisung rechtfertigen (MARBACH, a.a.O., N. 670).

3.4 In Bezug auf die Prüfung der Eintragungsfähigkeit im Lichte von Art. 2 Bst. d MSchG ist nicht auf das Verständnis der Abnehmer im Sinne eines Verkehrskreises, sondern auf dasjenige der allgemeinen Öffentlichkeit bzw. weiter Volkskreise abzustellen (BERGER, a.a.O., S. 44 mit Fn. 32). Die Bestimmung der relevanten Sichtweisen hat hier eine etwas andere Funktion als im Rahmen von Art. 2 Bst. a-c MSchG (vgl. dazu ausführlich NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 7). Dabei ist nicht erforderlich, dass sich ein erheblicher Teil der Bevölkerung in seinem sittlichen Empfinden betroffen fühlt, sondern es ist auch auf Minderheiten Rücksicht zu nehmen, wobei extreme Sensibilitäten unberücksichtigt bleiben müssen (STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 N. 345; zum Ganzen BGE 136 III 474 E. 4.2).

3.5 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Es genügt, wenn ein Zeichen in einem einzigen Sprachgebiet als anstössig empfunden wird, um es als schutzunfähig zurückzuweisen. Zudem ist davon auszugehen, dass die englische Sprache dem schweizerischen Durchschnittsverbraucher zumindest in ihren Grundzügen vertraut ist und nicht nur einfache Wörter mit leicht verständlichem Sinngehalt, sondern auch komplexere Aussagen vom Publikum verstanden werden (Urteil des BVGer B-1561/2011 vom 28. März 2012 E. 6 mit weiteren Hinweisen; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 N. 19 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 15 und 17; BERGER, a.a.O., S. 44).

4.

4.1 Nicht bestritten ist die von der Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 10. August 2015 geäußerte Auffassung, auf die sich die angefochtene

Verfügung vom 8. Januar 2016 stützt, wonach die Marke „Mindfuck“ ohne Gedankenarbeit in „Mind“ und „fuck“ aufgeteilt werden könne. Diese Auffassung ist zutreffend. Die Begriffe gehören zum Grundwortschatz der englischen Sprache und werden ohne weiteres verstanden als „Geist/Verstand/Hirn/“ bzw. „Fick“ und aus ihrer Verbindung ergibt sich im Gesamteindruck nicht ein anderer die Waren und Dienstleistungen beschreibender unmittelbarer Sinn (vgl. dazu E. 6). Damit treten die einzelnen Wortbestandteile „Mind“ und „fuck“ nicht in den Hintergrund und deren Sinngehalte werden von der allgemeinen Öffentlichkeit einzeln wahrgenommen.

4.2 Umstritten ist jedoch die Bedeutung bzw. der genaue Sinngehalt von „fuck“. Die Beschwerdeführerin hält dafür, „fuck“ werde umgangssprachlich gebraucht, um eine Verstärkung des Gesagten auszudrücken und dem Wort werde der Sinn „etwas hat nicht funktioniert“ oder „etwas nervt“ zugewiesen. Die Vorinstanz stellt sich hingegen auf den Standpunkt, „fuck“ bezeichne den Geschlechtsverkehr bzw. werde u.a. mit „Fick“ übersetzt.

Zunächst kann nicht – wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht – aus den Übersetzungen auf der Internetseite www.dict.cc für den Begriff „fucked“ geschlossen werden, „fuck“ sei heute keine Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr mehr. Als einzige Übersetzung von „fucked“ wird „gefickt“ aufgelistet; erst mit dem Zusatz „up“ (also „fucked up“) finden sich weitere Bedeutungen (z.B. „abgefickt“, „beschissen“, „angefuckt“, „im Arsch“). Die Übersetzung auf dieser von der Beschwerdeführerin verwendeten Internetseite nach dem hier interessierenden Wort „fuck“ zeigt als Substantive die Wörter „Wichser“ und „Fick“ bzw. als Verben „ficken“, „bumsen“, „pimpeln“, „vögeln“ und „poppen“ an. Auch eine weitere Beilage der Beschwerdeführerin, die sie als Kulturessay der renommierten Zeitung Abendblatt bezeichnet, belegt nicht, dass „fuck“ seine ursprüngliche Bedeutung verloren hat. Im besagten Artikel hält der Autor lediglich fest, dass das Wort in der richtigen Kombination etwas Schillerndes bekomme und über seine ursprüngliche Bedeutung, die Ausübung des Geschlechtsverkehrs, hinausgehe. Es wird aber nicht die Auffassung vertreten, „fuck“ habe seine ursprüngliche Bedeutung verloren. Im Gegenteil ist der Autor der Ansicht, dass „fuck“ im Zusammenhang mit dem Geschlechtsverkehr etwas „pornografisch Mechanisches“ habe. Im Übrigen stützt sich der Artikel stark auf die Verhältnisse in den USA ab, wo „fuck“ vielfältiger benutzt werde. Am Beispiel einer „fuck“-Triade aus einem Film wird aufgezeigt, dass es schwierig sei, die verschiedenen Abwandlungen von „fuck“ ins Deutsch zu übersetzen. Ferner belegen auch der von der Beschwerdeführerin eingereichte Artikel der NZZ mit dem Titel „We’re fucked“, eine Rezension über

ein Buch zu Umweltthemen, und der Hinweis auf die Rubrik „News Un-fucked“ der Online-Zeitung Watson nicht, dass „fuck“ seine ursprüngliche Bedeutung verloren hat, gleich wie auch das Voranstellen von „Mind“ das Verständnis von „fuck“ nicht derart beeinflusst, dass die Herstellung eines Bezugs zu Geschlechtsverkehr bzw. die Übersetzung „Fick“ ausgeschlossen ist.

Insgesamt kann aus den Ausführungen und den eingereichten Beilagen der Beschwerdeführerin nicht gefolgert werden, „fuck“ habe seine ursprüngliche Bedeutung als Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr verloren, sondern höchstens, dass der Gebrauch von „fuck“ und davon abgewandelten Variationen des Wortes vielfältigere Bedeutungen und Verwendungen haben können. Der Gewöhnungsprozess im Alltag an diese anderen Sinngehalte ist jedoch nicht so weit fortgeschritten, dass die primäre bzw. ursprüngliche Bedeutung, die Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr bzw. die Übersetzung „Fick“, verloren geht. Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass „fuck“ auch heute noch von einem Teil der Bevölkerung in diesem Sinn verstanden wird.

4.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Vulgarität von „fuck“ zwar nicht substantiiert, dennoch rechtfertigt es sich, diese Annahme der Vorinstanz im Hinblick auf die nachfolgende Beurteilung der Sittenwidrigkeit zu überprüfen.

Die Wörterbücher Wahrig (Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl., Gütersloh/München 2011) und Duden (www.duden.de) führen das Wort „fuck“ als solches nicht auf, sondern umschreiben es als sog. „Four-Letter-Word“ („Vierbuchstabenwort“) mit der Bedeutung „vulgäres Schimpfwort“ bzw. „vulgäres Wort besonders aus dem Sexualbereich“. Auch auf der von der Beschwerdeführerin verwendeten Internetseite www.dict.cc wird „fuck“ als vulgär bezeichnet, gleich wie auch die dort erwähnten Übersetzungen (ausser „pimpeln“) mit dem Zusatz „vulgär“ versehen sind und auch der Duden dem Wort „Fick“ Vulgarität bescheinigt. Auf Wikipedia, in der deutschen Version, wird der Begriff „fuck“ ebenfalls als Vulgärausdruck und als eines der schlimmsten Schimpfwörter der Welt bezeichnet (www.wikipedia.com). Daneben wird zwar auch auf die vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten des Wortes hingewiesen, aber auch darauf, dass „fuck“ in Situationen, in denen der Gebrauch als unangemessen gelte, umschrieben werde. Im von der Beschwerdeführerin zitierten Zeitungsbericht wird „fuck“ – wie bereits erwähnt – sogar mit etwas „pornografisch Mechanischem“ in Verbindung gebracht, was die Vulgarität ebenfalls unterstreicht.

Damit ist erstellt, dass „fuck“ als Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr bzw. die Übersetzung „Fick“ vulgär ist (zur Zulässigkeit von in- und ausländischen Internetseiten als Indizien für den Sprachgebrauch vgl. Urteil des BVGer B-990/2009 vom 27. August 2009 E. 4.2.2 mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Somit darf entgegen der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass der Ausdruck „fuck“ nicht in der Umgangssprache weiter Teile der Bevölkerung, sondern höchstens in vergleichsweise geringeren, milieu-nahen Kreisen umgangssprachlich verwendet wird.

4.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich sodann auf den Standpunkt, es sei nicht vorstellbar, dass „Mindfuck“ von einem Teil der Abnehmer in der Schweiz nach aktuellen Moralvorstellungen als tatsächlich untolerierbar sexuell anstössig wahrgenommen werde bzw. „fuck“ sei nicht sittenwidrig im Sinne von Art. 2 Bst. d MSchG. Zudem sei nicht ersichtlich, dass das Wort „Mindfuck“ eine Steigerung der Bedeutung in Richtung Pornografie bewirke, selbst wenn „fuck“ als Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr wahrgenommen werde.

Zunächst ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin für eine Verletzung der Sittenwidrigkeit gemäss Art. 2 Bst. d MSchG nicht vorausgesetzt, dass ein Zeichen den Grad der Pornografie erreicht bzw. strafrechtlich relevant ist. Markenrechtlich ist eine Verletzung der Sittenwidrigkeit bereits dann anzunehmen, wenn ein Zeichen sexuell anstössig ist und das sittliche Empfinden eines Teils der Bevölkerung verletzt, womit ein Verstoß gegen das allgemeine Anstandsgefühl und die der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertmassstäbe einhergeht (vgl. E. 3.1). Erreichte ein Zeichen den Grad der Pornografie, wäre es bereits deshalb nicht eintragungsfähig, weil es gegen geltendes Recht verstiesse (vgl. Art. 197 des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311]). Im Übrigen soll vorliegend nicht die Zulässigkeit einer Äusserung in der Öffentlichkeit beurteilt werden, sondern lediglich, ob das Zeichen „Mindfuck“ ins Markenregister eingetragen werden kann oder nicht.

Zu berücksichtigen ist, dass ein Wertewandel stattgefunden hat und die Frage, was als sexuell anstössig gilt, einem stetigen Wandel unterliegt. So sind sich auch die Kommentatoren einig, dass heute beispielsweise die Marken „Week-End Sex“ für ein Sexmagazin und „Sex on the Beach“ für Rauchtabak, die früher als sittenwidrig beurteilt wurden, heute nicht mehr als sexuell anstössig gälten (vgl. E. 3.3). Diese Zeichen wecken zwar eben-

falls sexuelle Assoziationen, sind jedoch nicht gleich wie „fuck“ auf Geschlechtsverkehr fokussiert. Die darin enthaltenen Wortbestandteile werden auch nicht als vulgär eingestuft, sondern lexikalisch (wiederum auf der von der Beschwerdeführerin verwendeten Internetseite www.dict.cc und gemäss Duden) höchstens als salopp bezeichnet. Auch der in der Schweiz eingetragene Marke „Vollgeil“ bzw. dem Wortbestandteil „geil“ wird beispielsweise keine Vulgarität beschieden, sondern nur darauf hingewiesen, dass es oft abwertend gebraucht werde (www.duden.de).

Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung der Vorinstanz, „fuck“ werde als sexuell anstössig wahrgenommen und der Begriff sei daher geeignet, das sittliche Empfinden zumindest eines Teils der Öffentlichkeit zu verletzen, nicht zu beanstanden. Der Bereich Sexualität ist für das menschliche Zusammenleben nämlich noch immer sensibel, so dass trotz Liberalisierung in der Gesellschaft damit zusammenhängende grundlegende soziale Normen nicht ausser Kraft zu setzen sind. „Mindfuck“ kommuniziert jedoch ein Inhalt, der gegen solche soziale Normen verstösst, weil „fuck“ nicht bloss den Geschlechtsverkehr bezeichnet, sondern aufgrund der Vulgarität auf abstossende Weise derb und obszön wirkt, unabhängig davon, ob damit sogar noch etwas „pornografisch Mechanisches“ einhergeht oder nicht. Es wird also nicht wie im Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1972 betreffend „Week-End Sex“ die Sittenwidrigkeit nur deshalb bejaht, weil das Zeichen als Hinweis auf sexuelle Handlungen zu interpretieren ist (vgl. Urteil des BGer vom 19. November 1972, PMMBI 1972 I S. 67 f.), sondern weil aufgrund der mit „Mindfuck“ bzw. „fuck“ verbundenen Vulgarität das Zeichen auch nach heute geltendem Massstab geeignet ist, sexuelle Anstössigkeit zu erregen und das sittliche Empfinden zumindest konservativer Kreise zu verletzen. Auch der Zusatz „Mind“ vermag diese Verletzung nicht zu beseitigen, sondern kann im Gegenteil durch das Verständnis „Hirnfick“ sogar als Intensivierung dienen oder Geschlechtsverkehr auf gedanklicher Ebene im Sinne des sich Vorstellens meinen. Im Übrigen genügt es für den Ausschlussgrund der Sittenwidrigkeit, wenn dem Zeichen in einem von mehreren Sinngehalten, der nicht geradezu im Hintergrund steht, sexuelle Anstössigkeit zukommt und in dieser Bedeutung geeignet ist, das sittliche Empfinden zu verletzen (so BGE 136 II 474 E. 6.2 im Zusammenhang mit der religiösen Bedeutung von „Madonna“). Überdies wäre es mit den Wertmassstäben der Rechtsordnung und der Geschäftsmoral nicht zu vereinbaren, wenn eine vulgäre Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr Eingang in ein öffentliches Register fände und damit durch die Verleihung eines Ausschlussrechts die kommerzielle Ausnutzung gefördert würde.

4.5 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht aufgrund einer ausländischen Eintragung kein Anspruch auf Eintragung in das schweizerische Markenregister und haben ausländische Entscheide keine präjudizielle Wirkung. Immerhin darf der Umstand, dass ein Zeichen im Ausland eingetragen wurde, mitberücksichtigt werden (so betreffend Beurteilung des Gemeingutcharakters eines Zeichens). Jedes Land prüft die Schutzfähigkeit einer Marke nach seiner eigenen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verkehrsanschauung. Dabei verfügen die einzelnen Länder über einen grossen Ermessensspielraum und ihre Beurteilung kann demnach unterschiedlich ausfallen (BGE 135 III 416 E. 2.1; 130 III 113 E. 3.2; 129 III 225 E. 5.5). Letzteres gilt namentlich auch für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Zeichens (BGE 136 III 474 E. 6.3).

Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Umstand, dass die Marke „Mindfuck“ in Deutschland, Österreich und Liechtenstein eingetragen ist, rechtfertigt es damit nicht per se, die oben ausgeführte Grenzziehung zu widerrufen. Die von der Beschwerdeführerin beigelegten Entscheide des deutschen Bundespatentgerichtes zeigen sodann, dass bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit in Deutschland offenbar andere Kriterien herangezogen werden. So wurde in diesen Entscheiden ausgeführt, eine Marke werde eingetragen, wenn nicht ein unerträglicher Verstoss gegen das sittliche Empfinden eines beachtlichen Teils der beteiligten Verkehrskreise vorläge. Im Gegensatz dazu braucht es in der Schweiz für die Verweigerung der Eintragung keine Unerträglichkeit, sondern lediglich die Bejahung der sexuellen Anstössigkeit eines Zeichens, welches das sittliche Empfinden verletzt, gleich wie in der Schweiz auch nicht ein beachtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise davon betroffen sein muss, sondern auch auf Minderheiten Rücksicht zu nehmen ist (vgl. E. 3.1 und 3.4).

4.6 Insgesamt ist die Marke „Mindfuck“ aufgrund des klar erkennbaren Wortbestandteils „fuck“, einer vulgären Bezeichnung für den Geschlechtsverkehr bzw. übersetzt mit dem vulgären Wort „Fick“, geeignet, sexuelle Anstössigkeit zu erregen und das sittliche Empfinden zumindest konservativer Kreise zu verletzen. Damit ist der Schutz des hinterlegten Zeichens für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen in der Schweiz zu verweigern. Klarzustellen ist jedoch, dass damit nicht schlechthin der Gebrauch des Zeichens beurteilt bzw. verboten, sondern lediglich die Ausschliesslichkeit des Gebrauchsrechts nach Art. 13 Abs. 1 MSchG verhindert wird.

5.

Im Übrigen stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, das Zeichen „Mindfuck“ sei für die beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 41 entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht beschreibend und gehöre damit nicht zum Gemeingut.

Auch wenn, nachdem die Sittenwidrigkeit bejaht worden ist, eine allenfalls zu Unrecht erfolgte Zuordnung zum Gemeingut keine Schutzausdehnung des fraglichen Zeichens in die Schweiz zur Folge hätte, rechtfertigt es sich vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Weiterziehbarkeit des vorliegenden Entscheides (vgl. Rechtsmittelbelehrung), auf die Einwände der Beschwerdeführerin einzugehen.

5.1 Nach Art. 2 Bst. a MSchG sind Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, im Verkehr durchgesetzt haben. Zum Gemeingut zählen einerseits Zeichen, welchen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und andererseits solche, die mit Blick auf einen funktionierenden Wirtschaftsverkehr Freihaltebedürftig sind (BGE 139 III 176 E. 2; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 34). Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft entscheidend ist die Sicht des angesprochenen Abnehmerkreises für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen, wobei auch das Verständnis betroffener Fachkreise zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.3 mit Hinweisen). Englischsprachige Ausdrücke werden im Rahmen der schweizerischen Markenprüfung berücksichtigt, sofern sie für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise verständlich sind (BGE 129 III 225 E. 5.1). Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Ware oder die Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteil des BVGer B-2854/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 3).

5.2 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, Qua-

lität, Quantität, Bestimmung, Gebrauchszweck, Wert, Inhalt, Form, Verpackung oder Ausstattung der Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (MARBACH, a.a.O., N. 247 und 313 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 45 und 83). Damit ist nicht jedes Zeichen vom Markenschutz auszunehmen, das auf einen bestimmten Inhalt oder eine mögliche Form, Verpackung oder Ausstattung Bezug nimmt. Ob eine Marke als ausschliesslich beschreibende Angabe zum Gemeingut zählt, ist vielmehr in ihrem Gesamteindruck zu prüfen. Die beschreibende, sachliche Beziehung zwischen Marke und Ware oder Dienstleistung muss für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise ohne besondere Denkarbeit oder Aufwand an Fantasie zu erkennen sein (BGE 127 III 160 E. 2.b.aa; Urteil des BVGer B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 3).

5.3 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, „Mindfuck“ könne im Bereich Filmwissenschaft und Literatur im Sinn „Erzählphänomen“ beschreibend sein. Daraus aber ohne weitere Begründung zu schliessen, wie dies die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 10. August 2015 gemacht hat, im Zeichen „Mindfuck“ sei keine betriebliche Herkunft zu erkennen, weshalb diesem im Zusammenhang mit den genannten Dienstleistungen der Klasse 41 (éducation, services de formation, services de coaching, formation, services d'éducation et formation notamment en matière de gestion du temps) keine Unterscheidungskraft zukäme, ist nicht statthaft.

Zum einen wird der Grossteil der Schweizer Abnehmer von Erziehungs-, Coaching- und Ausbildungsdienstleistungen den Sinngehalt von „Mindfuck“ als Erzählphänomen nicht kennen, sondern das Zeichen in die zum englischen Grundwortschatz gehörenden Wörter „Mind“ und „fuck“ aufteilen und im Gesamteindruck damit andere Anspielungen oder Gedankenassoziationen in den Vordergrund rücken (vgl. E. 4.1 und 4.2). Ihre gegenteilige Auffassung begründet die Vorinstanz nicht ausreichend, nachdem sie sich ebenfalls auf den Standpunkt stellt, das Zeichen werde ohne Gedankenarbeit in „Mind“ und „fuck“ aufgeteilt, und in ihrer Stellungnahme vom 10. Juni 2016 einen weiteren, anderslautenden Definitionsversuch vornimmt und festhält, einen Teil der Abnehmer – ohne diesen zu benennen – weise dem Zeichen „Mindfuck“ auch die Bedeutung „deliberate infliction of psychological damage“ (übersetzt etwa „absichtliches Zufügen von psychischen Schäden“) zu. Auch der deutsche Eintrag in Wikipedia stützt die Auffassung der Vorinstanz nicht uneingeschränkt, wonach sich „Mindfuck“ als stehender Begriff für ein Erzählphänomen durchgesetzt haben soll, sondern der Ausdruck wird nur relativ kurz unter dem Oberbegriff „si-

multierte Realität“ erläutert (www.wikipedia.com). Lexikalisch wird der Begriff sodann – wiederum gemäss Vorinstanz – ohne Bezug zu Film und Literatur definiert als „Idee oder ein Konzept, das die zuvor gehaltenen Überzeugungen oder Annahmen über die Natur der Realität umkrempele“. Ferner ist auch die Definition der Beschwerdeführerin nachzuvollziehen, wonach die Kombination zwischen „Mind“ und „fuck“ auf hindernde Denkmuster hinweise, die eine Divergenz zwischen Handeln und Denken im Menschen bewirkten und störende Verhaltensweisen hervorriefen. Insgesamt ist das Verständnis von „Mindfuck“ als stehender Begriff für ein Erzählphänomen jedenfalls nicht rechtsgenügend dargetan, zumal die Vorinstanz auch nicht ausführt, welche Fachkreise gemeint seien, die den Begriff so verstünden.

Zum anderen ist auch im Verständnis „Erzählphänomen“ der beschreibende, sachliche Charakter des Zeichens „Mindfuck“ als möglicher Erziehungs-, Coaching- und Ausbildungsinhalt nicht ohne weiteres unmittelbar und ausschliesslich zu erkennen und die diesbezügliche Begründung der Vorinstanz ungenügend.

5.4 Nach dem Gesagten ist der von der Vorinstanz dem Zeichen „Mindfuck“ zugewiesene Sinngelalt als Erzählphänomen nicht naheliegend bzw. nicht ausreichend dargetan, gleich wie auch die Begründung der Vorinstanz betreffend „Mindfuck“ als Themeninhalt von Erziehungs-, Coaching- und Ausbildungsdienstleistungen ungenügend ist. Im Übrigen wäre ein Zeichen im Bereich des Gemeinguts als Grenzfall einzutragen und die endgültige Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen (vgl. BGE 130 III 328 E. 3.2).

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die internationale Registrierung Nr. 1'178'748 „Mindfuck“ aufgrund der sexuellen Anstössigkeit gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 2 Bst. d MSchG verstösst. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die

Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der internationalen Registrierung 1'178'748 „Mindfuck“. Die aufgrund vorgenannter Kriterien auf Fr. 3'000.– festzusetzenden Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. 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. 1178748; Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

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 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: 27. März 2017