



Urteil vom 22. Juli 2019

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Della Batliner.

Parteien

Lidl Stiftung + Co. KG,
Stiftsbergstrasse 1, DE-74172 Neckarsulm,
vertreten durch Schmauder & Partner AG
Patent- und Markenanwälte VSP,
Zwängiweg 7, 8038 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Internationale Registrierung IR 1'235'004 Deluxe (fig.).

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der international registrierten, nachfolgend abgebildeten Marke Nr. 1'235'004



mit einer Basiseintragung in der Tschechischen Republik. Mit Mitteilung der OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) vom 30. April 2015 wurde bei der Vorinstanz der Schutz dieser internationalen Registrierung für die Schweiz im Rahmen des Protokolls zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken für folgende Waren beantragt:

Klasse 5: *Aliments pour bébés; compléments d'apport nutritionnel; compléments minéraux; compléments vitaminés.*

Klasse 29: *Viande et produits de viande, poisson et produits de poisson, autres fruits de mer (non vivants) et produits en ceux-ci, volaille et produits de volaille, gibier et produits de gibier, saucisses et charcuterie, mollusques et crustacés (non vivants) et produits en ceux-ci, extraits de viande, poisson, volaille, gibier et légumes, fruits et légumes, y compris sous forme conservée et/ou marinée et/ou précuite et/ou sous forme de salade, pulpe de fruits et légumes, produits de pommes de terre de tous types (compris dans cette classe), tous les produits précités sous forme préservée, conservée, cuite, séchée et/ou congelée; noix transformées, assortiments de noix transformées, y compris avec fruits séchés; gelées, confitures, marmelades, purées de fruits et autres pâtes à tartiner sucrées à base de produits laitiers, pâtes à tartiner aux noisettes, pâtes à tartiner à base de poisson (comprises dans cette classe); oeufs, lait et produits laitiers (compris dans cette classe), beurre, fromage et produits à base de fromage, crème, yaourt, fromage blanc; lait en poudre pour l'alimentation; desserts à base de yaourt, caillebotte (quark), crème, lait et/ou fruits; huiles et graisses comestibles; soupes, bouillons et ragoûts, y compris prêts à servir; salades à base de viande, poisson, volaille, gibier, saucisses, fruits de mer, légumes et/ou fruits; chips, pommes allumettes; plats cuisinés et aliments surgelés, en particulier se composant entièrement ou principalement de viande, poisson, volaille, gibier, fruits de mer, pommes de terre, fruits préparés, légumes et/ou fromages (compris dans cette classe); produits alimentaires et substances diététiques, autres qu'à usage médical, entièrement ou essentiellement composés des produits précités (compris dans cette classe).*

Klasse 30: *Café, thé, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés de café; farine et préparations à base de céréales; céréales, muesli et produits au blé complet; boissons à base*

de café, thé, cacao et chocolat; préparations de café et de cacao destinées à la fabrication de boissons alcoolisées ou non alcoolisées; aromates pour aliments; pain, pâtisseries et confiseries, bonbons (y compris ceux à base de succédanés de sucre), chocolat et produits en chocolat, pralines, glaces comestibles; flans; miel, sirop de mélasse; levure, poudre à lever, amidon à usage alimentaire; sel, moutarde; mayonnaise, ketchup; vinaigre, sauces (condiments), sauces à salade; épices, extraits d'épices, herbes séchées à usage culinaire; pizzas et produits à base de pizza, pâtes alimentaires, y compris prêts à servir et/ou congelés; sandwiches, petits pains et baguettes; sandwiches; sushis; plats préparés et produits alimentaires surgelés, en particulier entièrement ou essentiellement à base de produits au blé complet, pâtisseries, confiseries, pâtes et/ou riz (compris dans cette classe); produits alimentaires et substances diététiques, autres qu'à usage médical, entièrement ou essentiellement composés des produits précités (compris dans cette classe).

Klasse 31: *Fruits frais et légumes frais; fruits à coque.*

Klasse 32: *Bières; bières sans alcool, bières de régime; boissons mélangées contenant de la bière; eaux minérales et gazeuses et autres boissons sans alcool; boissons aux fruits et à base de jus de fruits, jus de fruits; jus de légumes (boissons); sirops et autres préparations pour la confection de boissons.*

Klasse 33: *Boissons alcoolisées (autres que bières), comprises dans cette classe, vins, spiritueux et liqueurs ainsi que boissons alcoolisées mélangées, cocktails et apéritifs à base de spiritueux ou de vin; boissons contenant du vin; préparations alcoolisées pour la confection de boissons.*

B.

Die Vorinstanz verweigerte vorläufig die Schutzausdehnung auf die Schweiz aufgrund Vorliegens des Gemeingutcharakters bezüglich sämtlicher beanspruchter Waren und erliess am 21. Januar 2016 eine "notification de refus provisoire total (sur motifs absolus)". Mit Stellungnahme vom 9. Juni 2016 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin um (uneingeschränkte) Eintragung der Marke. Am 9. September 2016 hielt die Vorinstanz weiterhin an ihrer Zurückweisung fest. Dazu äusserte sich der Rechtsvertreter mit Eingabe vom 13. Oktober 2016.

C.

Mit Verfügung vom 23. November 2017 erliess die Vorinstanz die Schutzverweigerung für sämtliche beanspruchten Waren gestützt auf Art. 2 lit. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11). Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, bei der vorliegenden internationalen Registrierung komme dem Worтеlement "Deluxe" in mehreren

Amtssprachen der eindeutige Sinngehalt "Luxus-" oder "luxuriös" zu. Das Zeichen erschöpfe sich damit in einer direkt beschreibenden und qualitativ anpreisenden Angabe. Die grafische Ausgestaltung des Zeichens vermöge den Gesamteindruck nicht wesentlich zu beeinflussen. Damit fehle dem Zeichen die erforderliche konkrete Unterscheidungskraft.

D.

Mit Eingabe vom 9. Januar 2018 reichte die Inhaberin der internationalen Registrierung "Deluxe" Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung, die Rücknahme der definitiven Schutzverweigerung für das Gebiet der Schweiz und die Eintragung der Marke für sämtliche beanspruchten Waren. Im Falle des Obsiegens seien den Antragsstellern die Kosten des Verfahrens zu erstatten und eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die vorliegende Wort-/Bildmarke weise eine sehr spezielle grafische Gestaltung auf, welche dem Zeichen die notwendige Kennzeichnungskraft verschaffe. Schon deshalb gehöre die Marke "Deluxe (fig.)" nicht zum Gemeingut. Des Weiteren verständen die hiesigen Abnehmerkreise unter dem Markenwort "Deluxe" nicht "Luxus-" oder "luxuriös", weshalb es in Bezug auf die beanspruchten Waren nicht direkt beschreibend und anpreisend sei. Es handle sich um einen mehrdeutigen und eigenständigen Fantasiausdruck. Die Marke werde als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst und berge höchstens noch eine indirekte Anspielung auf gewisse der beanspruchten Waren.

E.

Mit Vernehmlassung vom 16. März 2018 beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Sie verweist in der Begründung auf ihre bisherigen Ausführungen und ruft in kurzer Form die Hauptpunkte der Schutzverweigerung in Erinnerung.

F.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen in Markensachen der Vorinstanz zuständig (Art. 31, 32,

33 Bst. e des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Als Verfügungsadressatin und Inhaberin der international registrierten Marke ist die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) zur Beschwerdeführung legitimiert. Sie hat den eingeforderten Kostenvorschuss innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerechte Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Streitig ist das Vorliegen des Gemeingutcharakters der einzutragenden Marke "Deluxe" bezüglich sämtlicher beanspruchter Waren.

3.

3.1 Die Tschechische Republik und die Schweiz sind Mitgliedsstaaten sowohl der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ, SR 0.232.04) als auch des Protokolls zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 27. Juni 1989 (MMP, SR 0.232.112.4). Zwischen Staaten, welche – wie die Tschechische Republik und die Schweiz – sowohl das Protokoll als auch das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (MMA, SR 0.232.112.3) unterzeichnet haben, gilt, dass die Schutzverweigerung innerhalb von zwölf Monaten nach dem Datum der Notifikation durch die OMPI zu erklären ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b in Verbindung mit Art. 9^{sexies} Abs. 1 Bst. a und b MMP). Die mit der Mitteilung der OMPI am 30. April 2015 beginnende Frist ist mit der provisorischen Schutzverweigerung vom 21. Januar 2016 gewahrt.

3.2 Art. 5 Abs. 1 MMP verweist hinsichtlich der möglichen Gründe einer Schutzverweigerung auf das PVÜ. Gemäss Art. 6^{quinquies} PVÜ darf die Eintragung einer Marke unter anderem verweigert oder für ungültig erklärt werden, wenn die Marken jeder Unterscheidungskraft entbehren oder ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt sind, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können, oder die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Landes, in

dem der Schutz beansprucht wird, üblich sind. Dieser absolute Ausschlussgrund deckt sich im Wesentlichen mit demjenigen des schweizerischen Markenschutzgesetzes, welches in Art. 2 Bst. a MSchG Zeichen im Gemeingut grundsätzlich ihren Schutz versagt. Die Rechtsprechung nach dem Markenschutzgesetz kann somit vorliegend herangezogen werden.

4.

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

4.2 Die Unterscheidungskraft fehlt Sachbezeichnungen sowie Zeichen, die beschreibend sind. Beschreibende Zeichen sind Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar und ausschliesslich als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Darunter fallen namentlich Wörter, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Verwendungszweck, Wert, Wirkungsweise, Inhalt, Form, Verpackung oder Ausstattung der beanspruchten Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (Urteil des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.4 "Gipfeltreffen"; BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; STÄDELI / BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 N. 84; EUGEN MARBACH, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 247, 313 f.). Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; BGE 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"; Urteil des BVGer B-4697/2014 vom

16. Dezember 2016 E. 4.2 "Apotheken Cockpit"). Zum Gemeingut zählen damit insbesondere auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (BGE 128 III 447 E. 1.6 "Première"; BGE 129 III 225 E. 5.2 "Masterpiece"; Urteil des BVGer B-600/2018 vom 14. Januar 2019 E. 4.4 "hype [fig.]").

4.3 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; MARBACH / DUCREY / WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 606). Auch englische Ausdrücke können Gemeingut sein (BGE 129 III 228 E. 5.1 "Masterpiece"; Urteil des BGer 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 3.1-3.2 "Discovery Travel & Adventure Channel"; Urteil des BVGer B-5642/2014 vom 16. Juli 2015 E. 5.7 "Equipment"), es sei denn sie werden von einem erheblichen Teil der Abnehmerkreise nicht verstanden, was etwa der Fall sein kann, wenn ein Ausdruck nicht zum Grundwortschatz gehört (Urteil des BVGer B-3052/2009 vom 16. Februar 2010 E. 2.3 "Diamonds of the tsars"; vgl. CLAUDIA KELLER, Do you speak English? – Anmerkungen zum Bundesverwaltungsgerichtsentscheid B-804/2007 vom 4. Dezember 2007 "Delight Aromas [fig.]", in sic! 2008, 485). Fachkreise verfügen in ihrem Fachgebiet oft über gute Englischkenntnisse (Urteil des BGer 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4.3 "AdRank"; Urteile des BVGer B-3394/2007 vom 29. September 2008 E. 4.2 "Salesforce.com" und B-7204/2007 vom 1. Dezember 2008 E. 7 "Stencilmaster"). Fremdwörter können sich branchenspezifisch auch als Sachbezeichnungen etabliert haben und im Zusammenhang mit den konkreten Waren oder Dienstleistungen vom breiten Publikum in einem beschreibenden Sinn aufgefasst werden (Urteile des BVGer B-5531/2007 vom 12. Dezember 2008 E. 7 "Apply-Tips" und B-600/2007 vom 21. Juli 2007 E. 2.3.3 "Volume up").

5.

5.1 Vorab ist zu bestimmen, an welche Abnehmer sich die beanspruchten Waren der vorliegend streitigen Marke richten.

5.2 Die Vorinstanz hielt dazu fest, die massgeblichen Verkehrskreise setzten sich in erster Linie aus schweizerischen Durchschnittskonsumenten zusammen, wobei auch Fachkreise wie beispielsweise Detailhändler oder

Restaurationsbetriebe zu berücksichtigen seien. Seitens der Beschwerdeführerin blieb dies insoweit unbestritten, als sie sich in ihrer Beschwerdeschrift in allgemeiner Weise auf "Schweizer Abnehmer" bezog.

5.3 Die beanspruchten Klassen 5, 29, 30, 31, 32, 33 betreffen Babynahrung, Nahrungsergänzungsmittel und eine Vielfalt weiterer Waren der Lebensmittel- und Getränkeindustrie. Die meisten dieser sogenannten Konsumgüter des täglichen Bedarfs werden mit geringer oder "durchschnittlicher" Aufmerksamkeit eingekauft (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan") und vornehmlich an Endkonsumenten vertrieben. Obwohl keine beanspruchte Warenklasse ausschliesslich von Fachkreisen nachgefragt wird, treffen auch allfällige Zwischenhändler, Detailhändler und Restaurationsbetriebe Kaufentscheide zu vorgenannten Produkten, weshalb sie als Abnehmerschaft zu berücksichtigen sind. Da die Schutzverweigerung auf der fehlenden Unterscheidungskraft der strittigen Marke gründet, ist dennoch ein besonderes Augenmerk auf die Sicht der Letztabnehmer zu legen. Denn bei Waren, die sowohl an Fachleute als auch an Endverbraucher vertrieben werden, steht die Sichtweise der grössten und am wenigsten erfahrenen Marktgruppe im Vordergrund (DAVID ASCHMANN, in: Noth / Bühler / Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 2 Bst. a N. 29, insb. 32).

6.

6.1 Es ist zu prüfen, ob dem Zeichen "Deluxe" die notwendige Unterscheidungskraft zukommt. Auszugehen ist dabei zunächst von der Frage nach dem Sinngehalt des Wortelements "Deluxe".

6.1.1 In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, das Wortelement "Deluxe" sei eindeutig lesbar. Dabei handle es sich um ein englisches Adjektiv, welches etwas besonders Luxuriöses, Elegantes bezeichne. Im gleichen Sinne werde das französische Adjektiv "de luxe" verwendet. Auch im deutschen Sprachgebrauch bezeichne "de luxe" etwas mit allem Luxus oder aufs Beste Ausgestattetes. Aufgrund der schriftbildlichen, phonetischen und inhaltlichen Ähnlichkeit sei dabei unbeachtlich, dass "Deluxe" etwa im Französischen getrennt geschrieben werde.

6.1.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass "Deluxe" von den Schweizer Abnehmern ohne Gedankenarbeit im Sinne von "Luxus-" oder "luxuriös" verstanden werde. Es handle sich um einen mehrdeutigen und eigenstän-

digen Fantasiausdruck, welcher auf Seiten der Schweizer Abnehmer genügend Raum für Gedankenarbeit lasse und als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst werde. Es könne höchstens noch eine indirekte Anspielung auf gewisse der beanspruchten Waren erblickt werden.

6.1.3 Das Wortelement "Deluxe" enthält für französischsprachige Verkehrskreise die unmittelbar erkennbaren Bestandteile des französischen Adjektivs "de luxe". Das englische Adjektiv unterscheidet sich davon lediglich insofern, als es ohne Abstand geschrieben wird. Der Begriff ist mit dem Sinngehalt "besonders viel bietend" und "mit allem Luxus" im deutschen Duden verzeichnet (https://www.duden.de/rechtschreibung/de_luxe, abgerufen am 23.05.2019). Die lexikalische Bedeutung in der französischen Sprache reicht gemäss "Le petit Robert" von "coûteux" im Sinne von kostspielig oder teuer (<https://dict.leo.org/franzoesisch-deutsch/couteux>, abgerufen am 23.05.2019) zu "sommptueux" beziehungsweise hochherrschaftlich, prächtig (<https://dict.leo.org/franzoesisch-deutsch/somptueux>, abgerufen am 23.05.2019; Le petit Robert de la langue française, Paris, édition 2016). Beim englischen Wort tritt im Vergleich zum französischen der Kostenaspekt eher in den Hintergrund: In der Cambridge Dictionary wird mit dem Adjektiv "deluxe" etwas sehr Luxuriöses oder Elegantes umschrieben (<https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch-deutsch/deluxe>, abgerufen am 29.05.2019). Massgeblich bei der Sinnggebung sind hier insbesondere zusätzliche Qualitäten, welche sich in der üblichen Version eines Gegenstandes nicht finden. Die beiden Nuancen des Begriffs "Deluxe" zeigen im einen Zusammenhang den (hohen) Preis, im anderen die besondere Eleganz oder Ausstattung des Objekts auf, machen das Wortelement dadurch aber nicht mehrdeutig. Weitere Bedeutungen sind weder ersichtlich noch werden sie von der Beschwerdeführerin konkret dargelegt. Von einem eigenständigen Fantasiausdruck kann nicht die Rede sein, da das Wortelement "Deluxe" beim Schweizer Endkonsumenten der lexikalischen Bedeutung entsprechend die klare Vorstellung eines luxuriösen Artikels auslöst. Auch mit der Grossschreibung des Wortes vermag keine Verfremdung herbeigeführt zu werden. Wie die Vorinstanz bereits mit Hinweis auf ihre lexikalischen Recherchen zutreffenderweise ausführte, haftet dem Wort "Deluxe" für die relevanten Verkehrskreise ein Hauch von "Luxus-" oder "luxuriös" an. Damit steht der von den massgebenden Verkehrskreisen zugeschriebene Sinngehalt des Wortelements eindeutig fest.

6.2 Weiter ist zu untersuchen, ob die Marke "Deluxe" für die beanspruchten Waren beschreibend oder anpreisend sein könnte.

6.2.1 Die Vorinstanz hat der strittigen Marke in der angefochtenen Verfügung den Schutz aufgrund seiner direkt beschreibenden und qualitativ anpreisenden Angabe verweigert. Es sei im vorliegend relevanten Warenssegment der Lebensmittel (auch Babynahrung) und Getränke üblich geworden, einzelne Waren oder ganze Warenlinien mittels Aufschriften bestimmten Güte- und/oder Preisklassen zuzuordnen. Die genannten Bezeichnungen dienen dann der Kategorisierung und nicht einem betrieblichen Herkunftshinweis. Mit dem Begriff "Deluxe" würden daher insbesondere Produkte von besonderer und spezieller Qualität und Güte charakterisiert. Sämtliche der beanspruchten Waren würden in verschiedenen Qualitätsklassen angeboten und es sei möglich, diese etwa als "de-luxe-Version" auf dem Markt zu positionieren. Eine Kennzeichnung mit "Deluxe" lasse die Abnehmer somit ohne weiteres erkennen, dass es sich um luxuriöse, das heisst qualitativ hochwertige Ware handle.

6.2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sich das strittige Zeichen in Bezug auf die beanspruchten Waren in einer direkt beschreibenden und qualitativ anpreisenden Angabe erschöpfen soll. Auch im Zusammenhang mit den vorliegend beanspruchten Waren der Klassen 5, 29, 30, 31, 32 und 33 sei der Ausdruck "Deluxe" als ungewöhnlich einzustufen. Unzutreffend sei zudem die Ansicht der Vorinstanz, dass es im vorliegend relevanten Warenssegment üblich geworden sei, einzelne Waren oder ganze Warenlinien mittels Aufschriften wie "Deluxe" respektive "Luxus-" bestimmten Güte- und/oder Preisklassen zuzuordnen. Des Weiteren bemängelte sie die in einer Beilage der Verfügung dargestellten Treffer/Belege aus einer Google-Recherche nach dem Begriff "Deluxe".

6.2.3 In der von der Vorinstanz ins Recht gelegten Google Recherche findet sich eine Auswahl von acht verschiedenen Produkten unterschiedlicher Hersteller im Nahrungsmittel- und Getränke-segment. Mit den Aufschriften Deluxe, DELUXE oder DE LUXE ist deren Beschreibung als qualitativ hochwertige Ware erkennbar und zugleich die Ungewöhnlichkeit des Ausdrucks hinreichend widerlegt. Aus Endkonsumentensicht unterscheiden sich bei vielen verschiedenen Detailhändlern Luxus-Warenlinien vom regulären Sortiment, von Low-Budget-Waren oder etwa Light-Produkten. Diese Kategorisierung führt aber gerade nicht dazu, dass die Ware auf einen bestimmten Hersteller zurückgeführt wird, sondern dass Waren desselben Herstellers in verschiedene Qualitäts- und/oder Preisklassen unterteilt werden. Der anpreisende Charakter liegt auf der Hand, zumal die Beschwerdeführerin nicht substantiiert zu bestreiten vermag, dass die genannte Bezeichnung eine bestimmte Qualitäts-Kategorie aller beanspruchten Waren

umschreibt. Dies erscheint von ihr durchaus gewollt, denn die Beschwerdeführerin selbst hebt in einer Pressemitteilung den besonders hochwertigen und ausgesuchten Charakter ihrer Deluxe-Produkte hervor (<https://www.presseportal.de/pm/58227/3269706>, siehe auch <https://www.foodaktuell.ch/lidl-erweitert-linie-der-luxus-produkte/>, beide abgerufen am 3.6.2019).

6.2.4 In diesem Sinne ist das Wort "Deluxe" direkt beschreibend und anpreisend in Bezug auf eine Eigenschaft (Qualität) der beanspruchten Waren. Ob der strittige Begriff einer Freihaltebedürftigkeit unterliegt, kann offenbleiben.

7.

7.1 Nachdem das Worтеlement "Deluxe" dem Gemeingut angehört und für sich allein nicht schutzfähig ist, kann der strittigen Marke einzig durch die grafische Gestaltung Schutz verliehen werden.

7.2 Die Vorinstanz vertritt die Ansicht, dass die geschwungene Schrift mit bogenförmiger Unterstreichung auf etikettenhaftem Hintergrund nicht aus dem Rahmen des Gewöhnlichen falle und deren Verwendung mit Teils untereinander verbundenen Buchstaben häufig etwas Edles, Glamouröses oder Luxuriöses zum Ausdruck gebracht werde. Die Verschnörkelung des Anfangsbuchstabens sowie dessen Verbindung mit dem Buchstaben "x" steche ausserdem im Gesamteindruck nicht ins Auge und gehe in der Grafik unter. Die unterschiedliche Dicke der bogenhaften Verbindung sei minim und falle im Gesamteindruck ebenfalls nicht auf. "Deluxe" sei auch mit Farbanspruch etikettenhaft. Die Form und die bogenförmige Linie seien nicht als ausserordentlich zu bezeichnen.

7.3 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde hauptsächlich geltend, dass die strittige Marke über ein unterscheidungskräftiges grafisches Element verfüge und daher auch für die beschreibenden beziehungsweise qualitativ anpreisenden Waren einzutragen sei. Die der Verfügung beiliegenden wenigen Treffer/Belege aus zwei Google-Recherchen nach den Begriffen "Deluxe" und "luxurious font" genügten keinesfalls als Nachweis, dass geschwungene Schriftarten häufig verwendet würden. Diese Belege beträfen nicht das hier relevante Warensegment, sondern Hotels und Restaurants, Schmuck, Uhren und Bekleidungen etc. Insbesondere der Anfangsbuchstabe "D" sei auffallend gestaltet und deren Verbindung mit dem "x" steche dem Betrachter im Gesamteindruck sofort ins Auge. Besagter

Bogen führe auch noch am unteren rechten Ende des Buchstabens "u" vorbei. Des Weiteren beinhalte der Anfangsbuchstabe einen "freistehenden" vertikalen Balken, welcher in völlig unüblicher Weise nicht mit dem Bogen/Bauch verbunden sei. All dies sei absolut ungewöhnlich und präge sich tief ins Gedächtnis der Schweizer Abnehmer ein.

7.4 Das Worтеlement "Deluxe" ist in einer kursiven, weissen Schriftart verfasst. Der Strich des "D" ist nicht mit dem Bauch des Buchstabens verbunden, sondern einzig mit dem zusätzlichen Schnörkel, der auf den Bauch folgt. Dieser Schnörkel ist zudem mit der Serife des "u" und insbesondere mit dem Buchstaben "x" dergestalt verbunden, dass er bei näherer Betrachtung als Verlängerung des diagonalen Querbalkens des "x" von links unten nach rechts oben erscheinen kann. Zudem variiert die Breite des Schnörkels ähnlich einer Welle: Die dicksten Abschnitte befinden sich in der Mitte vom Bauch und am Ende des "D" sowie in der Mitte der bogenhaften Verbindung zwischen "D" und "x". Abgesehen vom verschnörkelten "D" und der minim in die Horizontale weitergezogenen Serife des "x" sind die weiteren Buchstaben schlicht und regelmässig kursiv gehalten. Der Schriftzug ist auf einem viereckigen, schwarzen, unten abgerundeten geometrischen Hintergrund abgebildet. Die Abrundung wird mit einer bogenförmigen, grauen und schwarzen Linie unterstrichen.

7.5 Das Argument der Beschwerdeführerin, die Belege der angefochtenen Verfügung betreffen nicht das vorliegend beanspruchte Warenssegment, verfängt nicht. Denn es ist davon auszugehen, dass die vorliegend relevanten Verkehrskreise auch dieselben sind, die etwa in Restaurants Waren der vorliegend beanspruchten Klassen konsumieren. Ausserdem findet der Grundsatz der produktbezogenen Prüfung der Unterscheidungskraft ihre Schranke bei Ausdrücken des allgemeinen Sprachgebrauchs, allgemeinen Qualitätshinweisen sowie reklamehaften Anpreisungen, die in allgemeiner Weise auf Waren und Dienstleistungen irgendwelcher Art angewendet werden können (Urteile des BVGer B-5642/2014 vom 16. Juli 2015 E. 5.5 Equipment und B-6747/2009 vom 26. Februar 2010 E. 5.2 "Wow"). Umso mehr hat dies für eine kursive, von den Parteien als "geschwungen" bezeichnete Schrift zu gelten, welche sich nicht stark von anderen, üblichen Gestaltungsformen abhebt. Sie bleibt auch mit dem verschnörkelten "D" und der Verbindung zum "u" und "x" unauffällig. Eine leichte Verschnörkelung des Anfangsbuchstabens ist ein naheliegendes Gestaltungsmittel. Die unterschiedliche Dicke des wellenartigen Schnörkels ist wenig ausgeprägt und fällt kaum ins Gewicht. Ob eine "geschwungene" Schriftart mit teils untereinander verbundenen Buchstaben für etwas Edles, Glamouröses

oder Luxuriöses steht – wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung festhält – ist nicht relevant. Massgebend ist, dass die Schriftart – selbst mit der Verschnörkelung des "D" und der Verbindung mit den Buchstaben "u" und "x" – für sich allein nicht den Rahmen des Gewöhnlichen sprengt. Dies lässt sich mit den abgebildeten Google-Treffern der Vorinstanz belegen.

7.6 Bei einer gesamthaften Betrachtung nimmt das auf Anhieb lesbare und den überwiegenden Teil der Marke ausfüllende Worтеlement "Deluxe" den grössten Raum der strittigen Marke ein. Der "freistehende" Balken des Buchstabens "D" sowie die Verschnörkelung und die Verbindung zum "u" und "x" gehen im Vergleich zum Worтеlement selbst unter und treten erst auf den zweiten Blick überhaupt ins Bewusstsein der massgeblichen Verkehrskreise. Der schwarze Hintergrund dient im Auge des an den beanspruchten Waren interessierten Betrachters einzig der maximalen Hervorhebung des weissen Worтеlements, ebenso erscheinen die bogenförmige Abrundung und deren "Unterstreichen" mittels grauer und schwarzer Linie als stilistische Mittel zur Akzentuierung des Wortbestandteils. Dem Vorwurf einer etikettenhaften Umrahmung kann die Beschwerdeführerin nichts Substanzielles entgegensetzen (Urteile des BVGer B-1643/2007 vom 13. September 2007 "basilea PHARMACEUTICA"; B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 "toppharm Apotheken"). Der Farbanspruch (schwarz, weiss und silber) macht die Marke nicht in dem Sinn einprägsam, dass sie von den relevanten Verkehrskreisen unmittelbar mit dieser selbst in Verbindung gebracht wird. Die gestalterischen Elemente halten sich somit insgesamt im Hintergrund und ordnen sich dem Worтеlement "Deluxe" unter. Vorliegend führt dies dazu, dass insbesondere das beschreibende und anpreisende Worтеlement in der Erinnerung der relevanten Verkehrskreise haften bleibt.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Eintragungen ihrer Marke in mehreren Ländern des Auslands und leitet daraus eine Indizwirkung für die Schutzfähigkeit des Zeichens in der Schweiz ab. Zudem handle es sich ihrer Ansicht nach um einen Grenzfall.

8.2 Massgebend bei der Beantwortung der Frage, ob ein Zeichen Gemeingut darstellt, ist einzig die Sachlage in der Schweiz. Ausländischen Entscheidungen kommt daher gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine bindende präjudizielle Wirkung zu. Als eigentliche Indizien für die Eintragungsfähigkeit des betreffenden Zeichens

als Marke sind solche Entscheide freilich nur dann zu werten, wenn es sich um einen Grenzfall handelt (Urteil des BGer 4A_261/2010 E. 4.1; Urteil des BVGer B-2937/2010 vom 14. Juli 2010 E. 5 "Gran Maestro"; BGE 130 III 113 E. 3.2 "Montessori"). Der vorliegende Fall ist aufgrund des klaren Gemeingutcharakters der Marke nicht als Grenzfall zu betrachten.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zeichen "Deluxe" von den relevanten Verkehrskreisen als beschreibend und anpreisend wahrgenommen wird. Auch die grafische Gestaltung vermag dem im Gemeingut stehenden Wortelement keine Unterscheidungskraft zu verleihen. Das Zeichen ist daher gemäss Art. 2 Bst. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

10.

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 Streitigkeiten betreffend Markeneintragungen sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwerts hat sich an den Erfahrungswerten der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen wird (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind mit Fr. 3'000.– zu beziffern und nach Eintritt der Rechtskraft dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe einbezahlten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1235004; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Della Batliner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. August 2019