

BVGer B-3458/2010 vom 15. Februar 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-02-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3458_2010

FR: TAF B-3458/2010 du 15 février 2011

IT: TAF B-3458/2010 del 15 febbraio 2011

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert 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]). Eingabefrist und- form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde deshalb einzutreten.

E. 2

Nach der Legaldefinition ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). Vom Markenschutz ausgeschlossen sind gemäss Art. 2 MSchG unter anderem Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Bst. a) und irreführende Zeichen (Bst. c).

E. 3

Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid auf die Tatsache, dass Gap der Name einer französischen Stadt ist, und geht davon aus, dass das Zeichen deshalb eine Herkunftsangabe darstellt. Als solche sei die Marke sowohl beschreibend und Freihaltebedürftig nach Art. 2 Bst. a MSchG wie auch irreführend gemäss Art. 2 Bst. c MSchG, da sie nicht für Waren französischer Herkunft eingetragen werden solle.

E. 4.1

Der Begriff Zeichen des Gemeinguts in Art. 2 Bst. a MSchG ist ein Sammelbegriff für Sachbezeichnungen, beschreibende Angaben, geografische Herkunftsangaben, Freizeichen sowie für elementare Zeichen. Der Schutzausschluss ist im Freihaltebedürfnis oder in der fehlenden Unterscheidungskraft des Zeichens begründet (BGE 118 II 181 E. 3 Duo; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1580/2008 vom 19. Mai 2009 E. 2.1 A - Z, mit Hinweisen; David Aschmann, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.],

Markenschutzgesetz [MschG], Bern 2009, Art. 2 lit. a, N. 1 ff.). Als Gemeingut nach Art. 2 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen - und zwar sowohl wegen der fehlenden Unterscheidbarkeit als auch dem Freihaltebedürfnis - sind auch geografische Herkunftsangaben (BGE 128 III 454 E. 2.1 Yukon, mit Hinweisen; Aschmann, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 116, Eugen Marbach, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 388 f.). Unter den Begriff der geografischen Herkunftsangaben fallen nach Art. 47 Abs. 1 MSchG direkte oder indirekte Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweise auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen.

E. 4.2

Ein Zeichen ist im Sinne von Art. 2 Bst. c MSchG irreführend, wenn es geeignet ist, falsche Erwartungen bei den angesprochenen Abnehmerinnen und Abnehmern zu wecken (BGE 125 III 204 E. 1e Budweiser, BGE 93 I 575 E. 2 Diamalt; Jürg Müller, Zum Begriff der täuschenden Marke, Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1981, S. 8, Ivan Cherpillod, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, S. 94). Von Registerzeichen geweckte Erwartungen sind nicht erst falsch, wenn das gekennzeichnete Angebot gänzlich von ihnen abweicht. Es genügt, dass die Waren und Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen ist, in einem für den Kaufentscheid wesentlichen Punkt hinter den geweckten Erwartungen zurückbleiben, also nur eine Irreführungsfahr oder Verwirrung und weder eine manifeste Täuschung noch einen Vermögensschaden bewirken (Müller, a.a.O., S. 9, Lucas David, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2, N. 51, Christoph Willi, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2, N. 216, 218). Geografisch irreführend ist ein Zeichen, das eine geografische Angabe enthält und den Adressaten zur Annahme verleitet, die Ware stamme aus dem Land oder dem Ort, auf den die geografische Angabe hinweist, obschon dies in Wirklichkeit nicht zutrifft (BGE 135 III 416 E. 2.1 Calvi, BGE 132 III 770 E. 2.1 Colorado, BGE 128 III 454 E. 2.2 Yukon). Es gilt als Erfahrungssatz, der jedoch im Einzelfall widerlegt werden kann, dass die massgeblichen Abnehmerkreise einen geografischen Namen in einer Marke als Angabe für die Herkunft der damit bezeichneten Waren auffassen, falls sie ihn kennen (BGE 135 III 416 E. 2.2 Calvi, BGE 97 I 79 E. 1 Cusco, BGE 93 I 570 E. 3 Trafalgar, Urteil des Bundesgerichts 4A.324/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 3, Gotthard; Simon Holzer in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MschG], Bern 2009, Art. 47, N. 28 ff., vgl. hierzu auch Franziska Gloor Guggisberg, Die Beurteilung der Gefahr der Irreführung über die geografische Herkunft auf der Grundlage eines Erfahrungssatzes - Bemerkungen einer Mitarbeiterin des IGE zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: sic! 2011 S. 4 ff.).

E. 4.3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es im Fall von geographischen Bezeichnungen, die auf eine bestimmte Stadt oder Gegend hinweisen, dass die Waren im entsprechenden Land hergestellt werden (BGE 135 III 416 E. 2.4 Calvi, mit Verweis auf BGE 117 II 327 Montparnasse, mit zahlreichen Hinweisen).

E. 4.4

Keine Herkunftserwartung ist anzunehmen, 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) und namentlich zu einer der in BGE 128 III 454 E. 2.1 Yukon definierten Fallgruppen zählt. Nach diesem Urteil ist eine Herkunftserwartung zu verneinen, wenn (1) der Ort, auf den das Zeichen hinweist, den hiesigen Abnehmerkreisen unbekannt ist, (2) das Zeichen wegen seines Symbolgehalts als Fantasiezeichen aufgefasst wird, (3) der bezeichnete Ort sich nicht als Produktions-, Fabrikations- oder Handelsort eignet oder (4) das Zeichen eine Typenbezeichnung darstellt, (5) sich für ein Unternehmen im Verkehr durchgesetzt hat oder (6) zu einer Gattungsbezeichnung geworden ist (vgl. auch BGE 135 III 416 E. 2.6 Calvi). Die Rechtsprechung verlangt, dass ein nicht unerheblicher Teil der massgebenden Verkehrskreise eine geografische Bezeichnung kennt und als Herkunftsangabe versteht (BGE 93 I 570 Trafalgar; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-673/2008 vom 5. November 2008 E. 5.1 T Trelleborg, mit Hinweisen; Holzer, a.a.O., N. 46). Kleinere Orte, insbesondere wenn sie im Ausland liegen und über keine nennenswerte touristische Infrastruktur verfügen und auch keine bekannten Industrie- oder Dienstleistungsunternehmen beherbergen, sind dem schweizerischen Publikum in der Regel nicht bekannt (BGE 128 III 454 459 E. 2.2.1 Yukon, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-673/2008 vom 5. November 2008 E. 5.1 T Trelleborg und B-7411/2006 vom 22. Mai 2007 E. 7 Bellagio; Holzer, a.a.O., Art. 47 N. 45).

E. 4.5

Das Bundesverwaltungsgericht setzt für die Prüfung der Frage, ob ein Zeichen eine geografische Herkunft erwarten lässt und dadurch im Zusammenhang mit bestimmten Waren oder Dienstleistungen zum Gemeingut zählt oder irreführend wirkt, in der Regel besondere Sachverhaltsabklärungen voraus. Es prüft einerseits, ob die Vorinstanz die mit vernünftigem Aufwand erhältlichen Beweismittel, soweit es nicht um allgemein notorische Tatsachen geht, vollständig erhoben und gewürdigt hat. Eine Herkunftserwartung bejaht es in der Regel dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Sinngehalt im Gesamteindruck des Zeichens und im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen, für die die Marke beansprucht wird, als Herkunftsbezeichnung aufgefasst wird und eine entsprechende Herkunft dieser Waren und Dienstleistungen erwarten lässt. Bei mehrdeutigen Zeichen ist zudem zu prüfen, ob kein anderer nahe liegender Sinngehalt ohne geografischen Bezug vorliegt, der eine Herkunftserwartung in den Hintergrund rückt. Für Weitergehendes trägt der Beschwerdeführer die Folgen der Beweislosigkeit (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4119/2008 vom 9. März 2009 E. 6 Como View und B-7413/2006 vom 15. Oktober 2008 E. 4.3 Madison).

E. 4.6

Nicht im Sinne von Gemeingut vom Schutz ausgeschlossen sind nach Art. 2 Bst. a MSchG Zeichen, die sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden. Die Verkehrsdurchsetzung setzt voraus, dass ein Zeichen Kennzeichnungskraft erlangt hat, d.h. dass es von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf bestimmte Produkte eines bestimmten Unternehmens verstanden wird (BGE 130 III 328 E. 3.1 Uhrenarmband, mit zahlreichen Hinweisen). Eine durch Verkehrsdurchsetzung nachträglich unterscheidungskräftig gewordene Marke wird von ihren Verkehrskreisen wieder erkannt, d.h. mit einer konkreten, repräsentierenden Bedeutung verstanden, die andere,

beschreibenden Bedeutungen neben sich verblässen lässt (Aschmann, a.a.O., N. 223). Eine Irreführung über die geografische Herkunft im Sinne von Art. 2 Bst. c MSchG kann grundsätzlich selbst ein intensiver Gebrauch nicht beseitigen. Ausnahmsweise kann jedoch ein solches Zeichen aufgrund eines intensiven Gebrauchs eine eigenständige Bedeutung erhalten ("secondary meaning"), welche aus der Sicht des Abnehmers derart im Vordergrund steht, dass eine Täuschungsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann (Marbach, a.a.O., N. 569, mit Hinweis auf BGE 89 I 290 E. 6 Dorset, E. 6 bezüglich der Marke Parisienne, und die Marken CH-Nr. 405 245 Canada Dry [fig], CH 510 544 Ragusa [Stadt in Sizilien]; Michael Noth in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MschG], Bern 2009, Art. 2 lit. c, N. 94 f., mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre; vgl. zur Beweiswürdigung: Noth, a.a.O., Art. 2 lit. c, N. 32 und im gleichen Sinn: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4119/2008 vom 9. März 2009 E. 7 Como View).

E. 4.7

Bei Angaben mit mehrfachem Sinngehalt richtet sich die Beurteilung danach, welcher Sinngehalt im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen bei den massgeblichen Verkehrskreisen im Vordergrund steht (BGE 135 III 416 E. 2.3 Calvi, mit Hinweis, BGE 117 II 324 E. 1b Montparnasse; Noth, a.a.O., Art. 2 lit. c, N. 20, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Zu prüfen ist, welcher Sinngehalt des Zeichens im täglichen Gebrauch im relevanten Kontext Verwendung findet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7412/2006 vom 1. Oktober 2008 E. 5 Afri-cola).

E. 5.1

In einem ersten Schritt sind die relevanten Verkehrskreise zu bestimmen.

E. 5.2

Das Zeichen wird beansprucht für "Spiele, Spielzeug einschliesslich Hundespielzeug; Plüschtiere, Badespielzeug; Schaukeln; Kinderbetten-Mobiles (Spielzeug); Übungssitze für Babies zum Hochspringen; Untertassen und Unterteller für Kleinkinder; Rasseln; Kinderspielzeug enthaltende Spielmatten" der Klasse 28. Adressaten dieser Produkte sind Durchschnittskonsumenten wie auch Fachhändler. Die Aussage, dass es sich, wie die Beschwerdeführerin behauptet, bei den Durchschnittskonsumenten der hier zur Diskussion stehenden Waren - mit Ausnahme von Hundespielzeug - vor allem um Personen bis 45 Jahre handelt, vermag nur teilweise zu überzeugen. Diese Alterskategorie dürfte zwar einen bedeutenden Anteil der Käufer von Produkten für Kleinkinder darstellen. Allerdings sind einige der Produkte nicht ausschliesslich für Kleinkinder bestimmt (wie "Spiele, Spielzeug"). Zu berücksichtigen ist auch, dass die Anzahl der Spätgebärenden oder der Väter in höherem Alter zunimmt und zudem z.B. auch die Grosseltern, welche diese Produkte für ihre Enkel erwerben, als Kunden in Frage kommen. Der Beschwerdeführerin kann deshalb bezüglich der Altersgrenze nicht gefolgt werden. Zu Recht keine Altersgrenze sieht die Beschwerdeführerin bezüglich Hundespielzeug, denn diese Waren werden von Personen jeden Alters gekauft.

E. 6.1

Die Marke besteht aus dem Wort GAP. Es handelt sich um eine Wortmarke.

E. 6.2

Als relevanter Tatbestand zu prüfen sind hier somit die Bekanntheit des geografischen Sinngehalts des Wortes "gap" beim angesprochenen schweizerischen Publikum, eine tatsächliche oder erwartete Beziehung zwischen diesem Wort und den beanspruchten Waren- und Dienstleistungen, die im Gesamteindruck eine allfällige Irreführung Gefahr beeinflussen können bzw. aufgrund derer das Zeichen zum Gemeingut zu zählen ist, und die Frage, ob an ihm ein Freihaltebedürfnis besteht.

E. 6.3.1

Wie die Vorinstanz feststellt, ist Gap eine Stadt in Frankreich. Diese liegt in der Region Provence-Alpes-Côte d'Azur im Département Haute-Alpes auf einer Höhe von 740 m, hat nicht ganz 40'000 Einwohner und erstreckt sich über 110 km² (www.annuaire-mairie.fr/ville-gap.html, www.france-voyage.com > gap). Gap war 2002 "Alpenstadt des Jahres". Dieser Titel zeichnet eine Alpenstadt für ihr besonderes Engagement bei der Umsetzung der Alpenkonvention aus und wird von einer internationalen Jury vergeben (www.alpenstaedte.org Über uns, sowie Alpenstädte). Diese Auszeichnung dürfte hier interessant sein bezüglich der Situation der Stadt und ihrer Zukunftsvisionen; zu grosser Bekanntheit dürfte sie aber der Stadt kaum verholfen haben, gibt es doch unzählige Auszeichnungen im Sinne von "...des Jahres", "Jahr des/der..." oder "Tag des/der...". Zu Gap finden sich im Zusammenhang mit der Nennung als Alpenstadt des Jahres 2002 insbesondere folgende Angaben: "Die Stadt ist die wirtschaftliche, touristische, kommerzielle und kulturelle Metropole der dünn besiedelten Südalpen. Gap legt Wert auf seine Unabhängigkeit gegenüber den typischen Entwicklungsmodellen der letzten Jahre, die bisher die meisten Alpenstädte geprägt haben. Die Stadt Gap hofft, von ihren 'Minuspunkten der Vergangenheit' (Abgeschiedenheit, das Fehlen von Industrie) zu profitieren und diese als 'Pluspunkte' für eine nachhaltige Entwicklung zu nutzen. Schwerpunkte sind dabei der Natur- und Umweltschutz, die Lebensqualität der Einwohner, die Aufwertung des Stadtgebietes und die Entwicklung der Universität. Diese Entwicklung erfolgt in enger Zusammenarbeit mit den vor Ort ansässigen Kompetenzzentren wie dem nationalen Botanischen Institut für den Alpenraum (Conservatoire Botanique National Alpin) oder dem Nationalpark Ecrins (Parc National des Ecrins)" (www.alpenstaedte.org Alpenstädte gap). Das touristische Angebot auf der Homepage der Stadt (gap-www.ville-gap.fr tourisme) umfasst mehrere Hotels, Camping und sonstige Übernachtungsmöglichkeiten und ein eher beschränktes Angebot an Aktivitäten. So wird z.B. beim Wintersport auf die umliegenden Orte verwiesen. Das Internetportal France Voyage (www.france-voyage.com gap) führt die Stadt Gap ebenfalls als Touristenort auf, wobei das Angebot an touristischen Aktivitäten nicht sehr umfangreich ist. Die Vorinstanz weist insbesondere darauf hin, dass die Stadt mehrmals Etappenort der Tour de France war.

E. 6.3.2

Das Zeichen "Gap" ist im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren - Spiele, Spielzeug einschliesslich Hundespielzeug; Plüschtiere; Badespielzeug; Schaukeln; Kinderbetten-Mobiles (Spielzeug); Übungssitze für Babies zum Hochspringen; Untertassen und Unterteller für Kleinkinder; Rasseln; Kinderspielzeug enthaltende Spielmatten - zu beurteilen. Die französische Stadt Gap ist nicht bekannt für die Herstellung dieser Produkte. Insbesondere Frankreich käme aber als Herkunftsort der genannten Waren durchaus in Frage.

E. 6.3.3

Zu prüfen ist deshalb, ob der Ort Gap einem nicht unerheblichen Teil der massgebenden Verkehrskreise bekannt ist und so eine Gebietserwartung weckt, ob allenfalls ein anderer Sinngehalt im Vordergrund steht oder das Zeichen durch die Marke GAP - wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt - eine eigene Bedeutung ("secondary meaning") erlangt hat. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Stadt Gap eine nicht sehr zentral gelegene Kleinstadt und aus touristischer Sicht wohl kaum von grösserer Bedeutung ist. Aufgrund der Nähe zur Schweiz kann zwar davon ausgegangen werden, dass sie einem Teil der Schweizer Bevölkerung bekannt ist. Allerdings kann lediglich aufgrund der geografischen Nähe nicht darauf geschlossen werden, dass es sich um eine grössere Anzahl Personen handelt. Tourismus beschränkt sich seit langem nicht mehr auf die nahe liegenden Gebiete. Mit dem Auto sind es 273 km von Genf bis Gap (empfohlene Route von ViaMichelin, vgl. www.viamichelin.de). Es handelt sich deshalb nicht um einen Ort, der für Tagesausflüge besonders geeignet ist oder in dem grenzüberschreitend Einkäufe getätigt werden. Wie die Vorinstanz vor allem betont, war Gap mehrmals Etappenort der Tour de France. Über die Tour de France wird in der Schweiz ausführlich berichtet, jedoch geht es um ein Radrennen. Interessant ist, wer die Etappe bzw. das Rennen gewinnt. Mit Ausnahme spektakulärer Strecken dürften eher die Fahrer als die Ortschaften die Aufmerksamkeit der Zuschauer oder Zuhörer auf sich ziehen. Detailliertere Kenntnisse sind lediglich bei einer Minderheit von Personen, die sich ganz besonders für dieses Ereignis interessieren, zu erwarten. Da die Informationsflut, der der durchschnittliche Konsument täglich ausgesetzt ist, äusserst gross ist, vermag der Hinweis der Vorinstanz, dass der Name der Stadt wegen der Tour de France im passiven Gedächtnis der Leute verankert ist, wenig zu überzeugen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die französische Stadt Gap nur einem kleinen Teil der massgebenden Verkehrskreise bekannt ist.

E. 6.4

"Gap" hat zudem noch weitere Bedeutungen.

E. 6.4.1

Zum einen ist "Gap" ein englisches Wort. Es bedeutet "Lücke, Spalt, Öffnung; Bresche, Gasse; (Berg)Schlucht; fig. Lücke, Zwischenraum, -zeit, Unterbrechung, Kluft, Unterschied" (e-Handwörterbuch Langenscheidt 5.0, Berlin und München). Die englische Sprache ist dem schweizerischen Durchschnittsverbraucher zumindest in den Grundzügen vertraut, so dass nicht nur einfache Wörter mit leicht verständlichem Sinngehalt, sondern auch komplexe Aussagen verstanden werden. Englische Begriffe müssen mit anderen Worten berücksichtigt werden, sofern sie einem wesentlichen Teil der Bevölkerung unseres Landes bekannt sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 Masterpiece; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8186/2008 vom 23. Februar 2010 E. 3 Babyrub, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und B-3337/2010 vom 28. Juli 2010 E. 5.2 Radiant Apricot, mit Hinweisen). Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin sind sich darin einig, dass das englische Wort "gap" zum Grundwortschatz gehört. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dies nicht zutreffen würde (vgl. insb. den Eintrag des Wortes in: Pons, Basiswörterbuch Schule, Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch, Stuttgart 2006). Gap wird auch als Anglizismus in der Alltags- und Fachsprache gebraucht. So gibt es in der Betriebswirtschaft die Gap-Analyse (Jean-Paul Thommen, Lexikon der Betriebswirtschaft, Zürich 2004) und Sprachschulen bieten z.B. ein "Gap year" Programm an (z.B. ESL Sprachaufenthalte: www.esl.ch). Das Wort "gap" findet sich auch im "Grand Robert de la langue française" als englisches Wort mit der Bedeutung "trou, intervalle" bzw. fig. "retard,

déficit" mit dem Hinweis: "cet anglicisme est assez fréquemment employé à propos des réalités anglo-saxonnes". Dazu werden die Beispiele "des gap d'énergie, le gap technologique" genannt (vgl. Le CD-ROM du Grand Robert, 2005). Es ist deshalb davon auszugehen, dass das englische Wort "gap" einem bedeutenden Teil der massgebenden Verkehrskreise bekannt ist. Im Zusammenhang mit den hier massgebenden Produkten ist es so verstanden, d.h. mit dem Sinngehalt "Lücke", eine Fantasiebezeichnung.

E. 6.4.2

GAP wird ferner sehr häufig als Abkürzung benutzt, Zu den bekanntesten dürften "Gemeinsame Agrarpolitik" der EU (vgl. http://europa.eu/pol/agr/index_de.htm) oder das von der Beschwerdeführerin genannte "Government Accountability Project" gehören. "Gap" findet sich z.B. auch in "Gap Adventures" - wo es für "the Great Adventures People" steht - dem Namen eines auch in der Schweiz bekannten grossen und mehrfach ausgezeichneten Anbieters von Abenteuerreisen, die insbesondere übers Internet gebucht werden können (www.gapadventures.com; vgl. den Artikel in NZZ Online 11. Oktober 2010). GAP ist ferner das Kraftfahrzeugkennzeichen für den Landkreis Garmisch-Partenkirchen (www.kfz-info.net/GAP-kfz-kennzeichen).

E. 6.4.3

GAP ist ebenfalls als Marke bekannt. Gap Inc. ist ein 1969 gegründeter Bekleidungseinzelhändler, der seinen Angaben nach zu den weltgrössten zählt (vgl. www.gapinc.com). Als Marke ist GAP weltweit unter den Top 100 Brands und zwar 2010 auf Platz 84 (www.interbrand.com > Top 100 Brand, Best Global Brands 2010). GAP hat zwar keine Verkaufsgeschäfte in der Schweiz, jedoch in Nordamerika (USA und Kanada), Europa (England, Frankreich, Irland) und Japan (www.gapinc.com > our brands > GAP). Schweizer Konsumenten können während eines Auslandsaufenthalts Artikel dieser Marke kaufen oder zumindest kennen lernen. Zudem gibt es den Verkauf über Internet (www.gap.com > international shipping). Aus den eingereichten Beweismitteln geht hervor, dass Artikel der Marke GAP in zahlreichen auch in der Schweiz verbreiteten Modezeitschriften beworben werden. Dass Artikel der Marke GAP von Schweizern gekauft werden, ergibt sich aus den von der Beschwerdeführerin genannten Umsatzzahlen betreffend Inhaber schweizerischer Kreditkarten. Die von der Beschwerdeführerin genannten Summen in Millionenhöhe und die Tatsache, dass es sich bei den Produkten der Marke GAP nicht um teure Luxusprodukte handelt (vgl. die Internet Angebote in Schweizer Franken auf www.gap.com) widerlegt die Aussage der Vorinstanz, dass es sich dabei um Käufe einiger weniger Fans dieser Marke handeln könnte. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Marke GAP für Kleidung und entsprechende Accessoires auch in der Schweiz bekannt ist.

E. 6.5

GAP dürfte somit bei den angesprochenen Verkehrskreisen unterschiedliche Gedankenverbindungen wecken. Dies bestätigt auch die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 3. Februar 2011, wo sie davon ausgeht, dass beim Zeichen GAPWATCH "GAP" im Zusammenhang mit dem englischen Wort "WATCH" im Sinne des englischen Wortes "gap", d.h. Lücke, und nicht als geografische Angabe wahrgenommen wird. Als englisches Wort für "Lücke" wie auch als Abkürzung ist das Zeichen im Zusammenhang mit den beanspruchten Produkten eine Fantasiebezeichnung. Ferner besteht die Möglichkeit, dass das Zeichen von den Adressaten mit der Marke GAP assoziiert wird. Ob diesbezüglich die

Voraussetzung für die Erlangung einer "secondary meaning" erreicht sind, kann offen gelassen werden. Beschreibend oder irreführend wäre das Zeichen nur, wenn es als Hinweis auf die Stadt Gap wahrgenommen würde. Wie aus den obigen Erwägungen hervorgeht, ist diese in der Schweiz kaum bekannt. Das Zeichen dürfte demzufolge von der grossen Mehrzahl der Adressaten in Verbindung mit den beanspruchten Waren als fantasiehaft - oder allenfalls als Hinweis auf eine bestehende Marke - und nicht als herkunftsbezogen wahrgenommen werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es beim überwiegenden Teil der massgeblichen Verkehrskreise Unterscheidungskraft genießt und nicht irreführend ist.

E. 7

Weiter ist zu prüfen, ob am Zeichen GAP allenfalls ein Freihaltebedürfnis zugunsten ortsansässiger Unternehmen besteht. Wie oben dargelegt, ist Gap weder für die beanspruchten Produkte bekannt, noch ist es eine Industriestadt oder soll sich zu einer solchen entwickeln. Ein ernsthaftes Bedürfnis, das Zeichen GAP für die Produzenten der Stadt Gap freizuhalten, besteht deshalb nicht. Im Übrigen geniessen verschiedene Zeichen "GAP" unter anderem für Produkte der hier zur Diskussion stehenden Klasse 28 in Frankreich und als EU-Gemeinschaftsmarke Schutz. Wenn das Zeichen selbst im Heimatstaat aufgrund der Markeneintragung einem einzigen Anbieter zusteht, besteht kein Grund der ausländischen Herkunftsangabe ausgehend von einem Freihaltebedürfnis den Markenschutz in der Schweiz zu versagen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2642/2009 vom 30. September 2009 E. 6.2, Park Avenue, mit Hinweisen; Marbach a.a.O., N. 394, mit Hinweis auf BGE 97 I 79 Cusco, BGE 100 Ib 351 Haacht, BGE 117 II 327 Montparnasse).

E. 8.1

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zeichen GAP für die beantragten Waren weder beschreibend noch Freihaltebedürftig und somit nicht dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG zuzurechnen ist und auch keine Gefahr einer Irreführung im Sinne von Art. 2 Bst. c MSchG besteht.

E. 8.2

Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf weitere Vorbringen der Parteien und insbesondere auch auf die Frage der Notwendigkeit einer Verkehrsbefragung einzugehen.

E. 9

Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, der CH-Marke Nr. 50657/2008 GAP Schutz für die in Klasse 28 beanspruchten Waren "Spiele, Spielzeug einschliesslich Hundespielzeug; Plüschtiere, Badespielzeug; Schaukeln; Kinderbetten-Mobiles (Spielzeug); Übungssitze für Babies zum Hochspringen; Untertassen und Unterteller für Kleinkinder; Rasseln; Kinderspielzeug enthaltende Spielmatte" zu gewähren.

E. 10.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Kosten erhoben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten, und es ist ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Wurde, wie im vorliegenden Fall, keine Kostennote

eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Dabei erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- als angemessen.

E. 10.2

Fehlt es in einem Verfahren an einer unterliegenden Partei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, SR 172.010.31) handelt die Vorinstanz als autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie ist in eigenem Namen mit dem Vollzug des Markenschutzgesetzes namentlich der Führung des Markenregisters beauftragt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b IGEG). Gestützt darauf erliess sie die angefochtene Verfügung in eigenem Namen und kassierte auch in eigenem Namen die dafür vorgesehene Gebühr. Die Vorinstanz ist daher zur Zahlung der Parteientschädigung zu verpflichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.