

# **BVGer B-4729/2018 vom 12. Dezember 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4729\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4729_2018)

FR: TAF B-4729/2018 du 12 décembre 2018

IT: TAF B-4729/2018 del 12 dicembre 2018

## **Regeste**

Absolute Ausschlussgründe

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und hat den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2.1**

Art. 2 Bst. d des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) 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 (Matthias Städeli/Simone Brauchbar Birkhäuser, in: David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 2 N. 329). Im Kennzeichnungsrecht gelten Zeichen 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, einem das religiöse Empfinden verletzendem oder sexuell anstössigem Inhalt (BGE 136 III 474 E. 3 "Madonna [fig.]"; Michael Noth, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 2 lit. d N. 23; Eugen Marbach, Markenrecht, in: SIWR Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, N. 666 ff.; Mathis Berger, Sittenwidrige Zeichen sind nicht schutzfähig, in: sic! Sondernummer 2005, 125 Jahre Markenhinterlegung, S. 41 ff., 43).

### **E. 2.2**

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 Sichtweise 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 "Madonna [fig.]").

### **E. 2.3**

Als sittenwidrig gelten Zeichen, die geeignet sind, das religiöse Empfinden zu verletzen. Religiöse Namen und Symbole sind regelmässig ethisch hoch besetzt. Sittenwidrig ist dabei nicht der Inhalt, sondern die Wahl des Zeichens zur kommerziellen Nutzung. Die markenmässige Kommerzialisierung solcher Zeichen kann eine Verletzung des religiösen Empfindens der betroffenen Religionsangehörigen bewirken (BGE 136 III 474 E. 3 "Madonna [fig.]"). Zeichen, denen nach dem Verständnis der betroffenen Religionsgemeinschaft ein wichtiger religiöser Sinngehalt zukommt, sind unabhängig von den beanspruchten Waren und Dienstleistungen vom Markenschutz auszuschliessen. Die beanspruchten Waren und Dienstleistungen können ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn geltend gemacht wird, dass die kommerzielle Verwendung des Zeichens durch Gewöhnung allgemein akzeptiert ist (z.B. bei Heiligennamen für alkoholische Getränke) oder das Zeichen ausschliesslich für Waren und Dienstleistungen mit klarem religiösem Bezug verwendet wird (BGE 136 III 474 E. 4.2 "Madonna [fig.]" m.w.H.; vgl. auch zum Designrecht Urteil des BVGer B-4975/2013 vom 26. Februar 2016 E. 3.7 "Medaillon").

### **E. 3**

Mit Blick auf die Eintragungs- und Schutzfähigkeit der strittigen Marke sind vorab die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Die Vorinstanz führt dazu aus, im Rahmen von Art. 2 Bst. d MSchG sei nicht auf das Verständnis der Abnehmer im Sinne eines Verkehrskreises, sondern auf dasjenige der allgemeinen Öffentlichkeit bzw. "weiter Volkskreise" abzustellen. Der Beurteilung sei die Sichtweise des durchschnittlichen Angehörigen der entsprechenden Bevölkerungsgruppe zu Grunde zu legen. Massgebend sei vorliegend das Verständnis von durchschnittlichen Angehörigen des Christentums. Diese Auffassung wird von der Beschwerdeführerin nicht angezweifelt und ist unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch nicht zu beanstanden (vgl. BGE 136 III 474 E. 4 "Madonna [fig.]").

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin bringt im Hauptstandpunkt vor, das strittige Zeichen werde von den massgebenden Personen nicht als religiöses Symbol wahrgenommen.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung und der Vernehmlassung aus, das vorliegende Zeichen sei eine Strichzeichnung aus drei gewölbten Linien, die schematisch einen Fisch ergeben würden. Der Fisch (Ichthys) sei eines der zentralen Symbole des Christentums. Das Zeichen werde von den massgebenden Verkehrskreisen als christliches Ichthys-Symbol wahrgenommen. Dass das strittige Zeichen wesentlich von diesem Symbol abweiche, stimme nicht. Die abweichenden Merkmale (geschlossene und im Verhältnis zum Körper relativ grosse Schwanzflosse) würden den Gesamteindruck des Zeichens nicht wesentlich verändern und der Wahrnehmung als Ichthys-Symbol nicht entgegenstehen. Es handle sich um eine übliche Darstellung des Symbols.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, beim Zeichen handle es sich um einen einfachen Fisch und damit um ein wertneutrales Objekt. Ähnliche Fischsymbole seien im Wirtschaftsverkehr weit verbreitet. Zudem weiche das Zeichen klar vom Ichthys-Symbol ab. Dieses bestehe aus zwei gekrümmten Linien, die in ihrer Kombination einen Fisch mit

offengelassener Schwanzflosse darstellen würden. Diese offene Schwanzflosse sei zentral und begriffswesentlich. Die Flosse des Ichthys-Fisches sei verhältnismässig klein. Das vorliegende Zeichen habe jedoch eine geschlossene Schwanzflosse, welche im Verhältnis zum Körper einen wesentlichen Teil ausmache. Die relevanten Christen würden das strittige Zeichen deshalb gerade nicht als Ichthys-Symbol erkennen, sondern einen strichartig skizzierten Fisch wahrnehmen.

#### **E. 4.3**

Die strittige Bildmarke besteht aus drei gewölbten Linien, die so angeordnet sind, dass daraus eine schematische Darstellung eines Fisches entsteht. Die beiden längeren Linien sind spiegelverkehrt deckungsgleich und die dritte, deutlich kürzere Linie schliesst die Schwanzflosse des Fisches. So ergibt sich eine in sich geschlossene Form mit zwei leeren Innenräumen. Der Körper des Fisches befindet sich dabei auf der linken Seite, die geschlossene Schwanzflosse auf der rechten. Das Grössenverhältnis vom Körper zur Schwanzflosse auf der Längsachse entspricht in etwa 2:1. Die beiden Teile sind im vertikalen Verhältnis beinahe gleich hoch.

#### **E. 4.4**

Als Symbol spielt der Fisch in vielen Kulturen und Religionen eine wichtige Rolle - auch in der christlichen Symbolik. Das Frühchristentum benutzte das Symbol vor allem in der Grabeskunst. Die Symbolik sowie die Ausprägung der Darstellung sind jedoch vielfältig. So bezieht sich der Fisch beispielsweise auf die Taufe oder den Taufvorgang. Auch Christus selbst wird zuweilen als grosser Fisch und die Gläubigen als kleine Fische bezeichnet (Gerd Heinz-Mohr, Lexikon der Symbole: Bilder und Zeichen der christlichen Kunst, 1998 [Neuausg.], S. 114 ff.; Engelbert Kirschbaum et al. [Hrsg.], Lexikon der christlichen Ikonographie, Allgemeine Ikonographie Bd. 2, 2012 [1968], S. 55 ff.; Alois M. Haas, Ichthys: Fischsymbolik im frühen Christentum, in: Paul Michel [Hrsg.], Tiersymbolik, 1991, S. 77 ff.; Gérard-Henry Baudry, Handbuch der frühchristlichen Ikonographie, 2010, S. 41 f. und 101). Das Wort Ichthys kommt aus dem Griechischen und bedeutet Fisch (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ichthyo>, abgerufen am 6.12.2018). Die einzelnen Buchstaben des griechischen Wortes enthalten ein kurz gefasstes Glaubensbekenntnis (Jesus Christus, Gottes Sohn, Erlöser). Das aus zwei gekrümmten Linien bestehende Symbol, welches vorliegend zur Diskussion steht, entstammt dem Frühchristentum. Überliefert wird, dass das Symbol als Erkennungs- und Geheimzeichen verwendet wurde. Eine Person zeichnete eine gekrümmte Linie in den Sand und die andere Person ergänzte sie durch eine gegenläufig gekrümmte Linie, sodass ebendieses Fischsymbol entstand. So gaben sich die beiden Personen als Christen zu erkennen. Das Zeichen verschwand hernach in der Versenkung und spielte jahrhundertlang keine Rolle mehr, bis es in den 1970er Jahren wieder auftauchte und seither als Aufkleber auf Fahrzeugen, in Schmuckform und in diversen weiteren Ausprägungen verwendet wird (vgl. Gérard-Henry Baudry, a.a.O., S. 41 f.; <https://www.katholisch.de/aktuelles/aktuelle-artikel/symbole-das-kreuz-mit-dem-fisch>; <https://www.ev-kirche-osterath.de/wissenswertes/kirchenkunde/289-vom-fisch-zum-kreuz-bildmotive-des-christentums>; [https://de.wikipedia.org/wiki/Fisch\\_\(Christentum\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Fisch_(Christentum)); alle abgerufen am 6.12.2018).

#### **E. 4.5**

Wie die Beschwerdeführerin vorbringt, besteht das Ichthys-Symbol zur grossen Mehrheit aus zwei Linien (vgl. Beschwerdebeilagen 17 und 18 sowie Beilagen 1-3 der angefochtenen Verfügung), wohingegen das strittige Zeichen aus drei Linien besteht und eine geschlossene Schwanzflosse aufweist. Ebenfalls zutreffend ist, dass bei den meisten auffindbaren Ichthys-Zeichen der Körper des Fisches einen Grossteil des ganzen Zeichens ausmacht und die Schwanzflosse proportional eher kleiner ist als in der Bildmarke der Beschwerdeführerin. Trotzdem wird das strittige Zeichen vom durchschnittlichen Angehörigen des Christentums ohne Weiteres als Ichthys-Symbol erkannt. Dies liegt daran, dass die konkrete Darstellung des Motivs in der praktischen Verwendung sehr stark variiert und die vorliegende Bildmarke die wesentlichen Merkmale - zwei gebogene Striche, die in Kombination einen stilisierten Fisch ergeben - aufweist. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, verändern die abweichenden Merkmale den Gesamteindruck des Zeichens nicht wesentlich, weshalb die Bildmarke von den massgebenden Adressaten nicht nur als Fisch, sondern auch als Ichthys-Symbol und damit als religiöses Zeichen wahrgenommen wird.

## **E. 5**

Im Sinne eines Eventualstandpunktes bringt die Beschwerdeführerin vor, das Zeichen sei nicht geeignet, religiöse Gefühle zu verletzen und somit zum Markenschutz zuzulassen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, das zur Diskussion stehende Zeichen werde als das christliche Ichthys-Symbol wahrgenommen, habe einen religiösen Gehalt und sei deshalb geeignet, das religiöse Empfinden der entsprechenden Religionskreise zu verletzen. Der Fisch sei, neben dem Kreuz, eines der zentralen Symbole des Christentums. Es sei ein verbreitetes Bildmotiv in der frühchristlichen Kunst und werde auch heute als Kennzeichen christlicher Gesinnung verwendet. Das Zeichen sei mit dem Zeichen "Madonna (fig.)", welches in BGE 136 III 474 wegen Sittenwidrigkeit als nicht eintragungsfähig erachtet wurde, vergleichbar.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es komme nicht nur auf die Wahrnehmung an, sondern auch auf das Empfinden des Publikums. Es gehe nicht an, jegliche Zeichen bereits bei entfernter Verwandtschaft mit irgendeinem religiösen Symbol pauschal vom Markenschutz auszuschliessen. Die Bedeutung des Ichthys-Symbols sei für den durchschnittlichen Schweizer Christen eher gering. Die bisherigen vom Markenschutz ausgeschlossenen Zeichen beträfen höchst zentrale religiöse Figuren. Die Vorinstanz könne nicht belegen, dass es sich beim Ichthys-Symbol neben dem Kreuz um ein zentrales Bildzeichen der christlichen Religion handle.

### **E. 5.3**

Zu prüfen ist, ob eine markenmässige Verwendung des vorliegenden Zeichens das religiöse Empfinden des durchschnittlichen Angehörigen des Christentums zu verletzen vermag. Die Rechtsprechung hat unter anderem folgende Zeichen wegen Sittenwidrigkeit infolge Verletzung des religiösen Befindens zurückgewiesen: "Messias" (Urteil des BGer, in: PMMBI 1972, 67), "Dalailama" (Urteil des BPatGer, in: GRUR 1994, 377), "Siddhartha" (Urteil RKGE vom 5. Oktober 2000, in: sic! 1/2001 31, E. 4 unter Hinweis auf "Lady Buddha", "Mohammed", "Buddha", "Deus", "Islam", und "Jesus Christ Superstar"), "Buddha-Bar" (Urteil des BVGer B-438/2010 vom 9. Dezember 2010) und "Madonna (fig.)" (BGE 136 III 474; Urteil des BVGer B-2419/2008 vom 12. April 2010). Dabei

handelt es sich fast ausschliesslich um Figuren, die in den jeweiligen Religionen eine zentrale Position einnehmen. Deshalb ist bei der Prüfung religiöser Motive die Stellung im jeweiligen Glaubenssystem zu prüfen (Urteil B-2419/2008 E. 7). Zum Zeichen "Madonna (fig.)" führte das Bundesverwaltungsgericht aus, der Umstand, dass die Madonna nicht Teil der im Christentum zentralen Trinität sei, führe nicht schon dazu, dass die Sittenwidrigkeit der Kommerzialisierung ausgeschlossen werden könne. Die intensive Madonnenverehrung, welche über die Verehrung gewisser Heiliger deutlich hinausgehe, lege eine zentrale Rolle für die Mehrheit der Christen, die der katholischen Kirche zugehören, nahe (Urteil B-2419/2008 E. 5.2). Daraus geht hervor, dass unter bestimmten Umständen auch die kommerzielle Verwendung von Zeichen, die in einer Religionsgemeinschaft nicht unmittelbar zentral sind, als sittenwidrig erachtet werden können. Andererseits ist nicht jedes Zeichen, das eine religiöse Bedeutung hat, auch gleich sittenwidrig. Vielmehr muss das strittige Zeichen in der fraglichen Religionsgemeinschaft eine zentrale Rolle einnehmen. Dem Zeichen muss ein wichtiger religiöser Sinngehalt zukommen und die Kommerzialisierung des Zeichens muss geeignet sein, das religiöse Empfinden des entsprechenden Angehörigen dieser Religion zu verletzen und den sozialen Frieden zu gefährden (vgl. BGE 136 III 474 E. 4.2 "Madonna [fig.]").

#### **E. 5.4**

Die Bildmarke der Beschwerdeführerin wird, wie bereits festgehalten, als Ichthys-Symbol wahrgenommen (E. 4.5). Dieses Zeichen ist zweifellos religiös konnotiert. Im Vergleich mit den bisher wegen Verletzung des religiösen Empfindens als sittenwidrig erachteten Zeichen kommt der strittigen Marke jedoch kein wichtiger religiöser Sinngehalt zu. Sicherlich trifft zu, dass das Fischsymbol im Frühchristentum eine wesentliche Bedeutung hatte, es kam aber schon damals in sehr unterschiedlichen Ausprägungen vor. Das aus zwei gekrümmten Linien bestehende Symbol verschwand danach fast zwei Jahrtausende von der Bildfläche. Erst in den 1970er Jahren wurde es in der vorliegenden Ausprägung wieder neu entdeckt. Als Symbol für Jesus ist das Zeichen dagegen eher nachrangig. Zentrales Zeichen des Christentums ist und bleibt das Kreuz (vgl.

<https://www.katholisch.de/aktuelles/aktuelle-artikel/symbole-das-kreuz-mit-dem-fisch>).

Zwar ist die Verbreitung des Ichthys-Symbols, vor allem als Autoaufkleber, relativ gross, aber die religiöse Bedeutung für das Christentum liegt nicht auf der gleichen Ebene wie die Trinität (Vater, Sohn und Heiliger Geist) oder das Kreuzsymbol. Der Sinngehalt des Zeichens ist auch nicht vergleichbar mit dem Stellenwert der Mutter Jesu (Madonna), die intensiv verehrt wird, weshalb ihr auch eine zentrale Rolle zukommt. Dem Ichthys-Symbol kommt keine zentrale Rolle zu. Das Symbol wird namentlich nicht eingesetzt bei religiösen Riten, wird weder verehrt noch angebetet. Dass es nicht zentral ist, zeigt sich auch daran, dass es über beinahe zwei Jahrtausende nicht mehr in Erscheinung trat (vgl. E. 4.4). Der Sinngehalt des Symbols teilt somit das Schicksal zahlreicher christlicher Zeichen, die religiös konnotiert sind, aber keine zentrale Bedeutung in der Religionsgemeinschaft oder in der religiösen Symbolik einnehmen wie etwa die Zeichen Alpha und Omega, Anker, Taube, Wasser usw. (vgl. Gérard-Henry Baudry, a.a.O., S. 58, 93, 111, 132;

[https://de.wikipedia.org/wiki/Symbole\\_des\\_Christentums](https://de.wikipedia.org/wiki/Symbole_des_Christentums);

<http://www.christliche-symbole.de/christliche-symbole-1/>; beide abgerufen am 6.12.18).

Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht annehmen, dass die Kommerzialisierung des Zeichens der Beschwerdeführerin geeignet ist, das religiöse Empfinden des durchschnittlichen Angehörigen des Christentums zu verletzen, zumal extreme Sensibilitäten unberücksichtigt bleiben (vgl. BGE 136 III 474 E. 4.2 "Madonna [fig.]");

Noth, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 7). Hinzu kommt, dass - wie die Beschwerdeführerin aufzeigt - zahlreiche Voreintragungen von Marken bestehen, die das strittige Ichthys-Symbol deutlich erkennen lassen (vgl. Beschwerde N. 24). Ähnliche Zeichen werden im Wirtschaftsverkehr bereits seit längerer Zeit verwendet, ohne dass eine Verletzung des religiösen Empfindens ersichtlich ist.

### **E. 5.5**

Das Bundesgericht leitet in der Rechtsprechung aus dem Schutzzweck von Art. 2 Bst. d MSchG ab, dass Zeichen, denen nach dem Verständnis der betroffenen Religionsgemeinschaft ein wichtiger religiöser Sinngehalt zukommt, unabhängig von den beanspruchten Waren und Dienstleistungen vom Markenschutz auszuschliessen seien, bzw. sie seien in Bezug auf alle Waren und Dienstleistungen als sittenwidrig zu beurteilen. Denn allein schon die Zuerkennung eines Ausschliesslichkeitsrechts für die kommerzielle Verwendung des Zeichens sei geeignet, das religiöse Empfinden der Angehörigen der betroffenen Religionsgemeinschaft zu verletzen und den sozialen Frieden zu gefährden (BGE 136 III 474 E. 4.2 "Madonna [fig.]"). Die Lehre vertritt teilweise die Auffassung, die Beurteilung der Sittenwidrigkeit müsse stets im Hinblick auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen erfolgen (Michael Noth, Gedanken zur Sittenwidrigkeit - BGE 4A\_302/2010, in: sic! 2011, S. 89 ff, insb. S. 90; Marbach, a.a.O., N. 665). Die Frage, wie es sich damit im Einzelnen verhält, braucht nicht vertieft zu werden, da feststeht, dass dem strittigen Zeichen kein wichtiger religiöser Sinngehalt zukommt. Zumindest in Bezug auf die vorliegend beanspruchten Waren verstösst das Zeichen nicht gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 2 Bst. d MSchG. Weitere Ausschlussgründe werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich, weshalb die Bildmarke der Beschwerdeführerin vom Markenschutz nicht ausgeschlossen ist.

### **E. 6**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Bildmarke der Beschwerdeführerin (Gesuchs-Nr. 58809/2016) für alle beanspruchten Waren der Klasse 14 zum Markenschutz zuzulassen.

### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- nach Eintritt der Rechtskraft zurückzuerstatten.

### **E. 7.2**

Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist sie auf Fr. 3'500.- festzusetzen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten.

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