



## Urteil vom 27. Oktober 2016

---

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),  
Richterin Vera Marantelli, Richter David Aschmann,  
Gerichtsschreiberin Katharina Niederberger

---

Parteien

**Kaufland Warenhandel GmbH & Co. KG**,  
Rötelstrasse 35, DE-74172 Neckarsulm,  
vertreten durch die Rechtsanwälte lic. iur. Matthias Städeli  
und/oder Dr. iur. Simone Brauchbar Birkhäuser,  
Rentsch Partner AG, Fraumünsterstrasse 9,  
Postfach 2441, 8022 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Internationale Registrierung Nr. 1012062 CONCEPT+.

**Sachverhalt:****A.**

Die Kaufland GmbH & Co. KG (Beschwerdeführerin) ist Inhaberin der internationalen Registrierung Nr. 1012062 CONCEPT+ mit Basiseintragung in der Europäischen Union. Am 19. Juli 2012 notifizierte die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) die beantragte Schutzausdehnung für die Schweiz. Die Wortmarke beansprucht Schutz für Waren der Klassen 3, 5, 10, 16, 29, 30, 32 nach der Nizza-Klassifikation.

**B.**

Mit Schreiben vom 15. Juli 2013 erklärte das Institut für Geistiges Eigentum (IGE; Vorinstanz) eine vollständige vorläufige Schutzverweigerung ("Notification de refus provisoire total [sur motifs absolus]") gegen die einzutragende Marke. Sie beanstandete die Verwechslungsgefahr des Zeichens mit dem Emblem des Roten Kreuzes und dem Schweizerkreuz. Zudem führe die Wortmarke zu einer Täuschungsgefahr über die geografische Herkunft der Waren. Zwecks Beseitigung der Eintragungshindernisse unterbreitete die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Vorschlag, das Schutzobjekt mit einem negativen Farbvorbehalt für die Farben Rot und Weiss zu registrieren.

**C.**

Mit Stellungnahme vom 24. Oktober 2013 bestritt die Beschwerdeführerin das Vorliegen von absoluten Schutzhindernissen. Namentlich bestehe weder eine Verwechslungs- noch eine Täuschungsgefahr über die geografische Herkunft der Waren. Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin geltend, das strittige Zeichenelement "+" sei aufgrund der fehlenden Ähnlichkeit ungeeignet, den Eindruck eines Hoheitszeichens zu erwecken. Vielmehr würden die massgeblichen Verkehrskreise ein kombiniertes Zeichen mit dem Element "plus" erkennen. Das Additionszeichen entspreche der ISO-Norm 8859-15, auf welche die IGE-Richtlinien in Markensachen explizit hinwiesen. Weiter ruft die Beschwerdeführerin den Gleichbehandlungsgrundsatz an. Die Vorinstanz habe bei ähnlich gelagerten Eintragungen dem strittigen Zeichenbestandteil bereits mehrfach den Markenschutz gewährt. Die Beschwerdeführerin beantragte daher die Zulassung des Zeichens zum vollumfänglichen Markenschutz.

**D.**

Am 9. Januar 2014 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass

sie an der vollumfänglichen Schutzverweigerung festhalte. Der Zurückweisungsgrund der Verwechslungsgefahr mit dem Roten Kreuz und dem Schweizerkreuz könne nur beseitigt werden, wenn das Markenschutzgesuch mit einer Vorbehaltsklausel für die Farben Rot und Weiss versehen oder das geschützte Hoheitszeichen stilisiert werde.

**E.**

Die Beschwerdeführerin ersuchte in ihrer zweiten Stellungnahme vom 22. Januar 2014 die Vorinstanz um Wiedererwägung und um Gewährung des vollumfänglichen Markenschutzes für die Schweiz. Für den Fall der Zurückweisung beantragte sie den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

**F.**

Mit Verfügung vom 22. April 2014 wies die Vorinstanz die Eintragung der Schutzausdehnung für die IR-Marke Nr. 1012062 CONCEPT+ auf die Schweiz für alle beanspruchten Waren der Klassen 3, 5, 10, 16, 29, 30 und 32 definitiv zurück. Sie bringt im Wesentlichen vor, das strittige Zeichenelement führe zu einem Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und berge eine Täuschungsgefahr in Bezug auf die geografische Herkunft. Das Zeichen schaffe eine Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes und mit dem Schweizerkreuz.

**G.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 22. Mai 2014 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie verlangt, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und die internationale Markeneintragung Nr. 1012062 CONCEPT+ für alle beanspruchten Warenklassen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz zum Schutz in der Schweiz zuzulassen. Die Beschwerdeführerin bestreitet einen Verstoss gegen geltendes Recht. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass es sich bei der IR-Marke Nr. 1012062 CONCEPT+ um eine reine Wortmarke ohne jegliche Bildelemente handle, wobei der Bestandteil "+" typografisch in Einklang mit dem Pluszeichen der ISO-Norm 8859-15 stehe. Insbesondere stelle das Pluszeichen keine mit dem Schweizerkreuz oder mit dem Roten Kreuz verwechselbare Abbildung dar. Vielmehr interpretiere der Durchschnittsabnehmer das Zeichen ohne Weiteres im Sinne von "mehr". Auch bestehe keine Täuschungsgefahr in

Bezug auf die geografische Herkunft der Waren. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei die Marke CONCEPT+ durchaus vergleichbar mit Voreintragungen, bei denen der strittige Markenbestandteil zugelassen worden sei.

**H.**

Mit Schriftsatz vom 18. August 2014 liess sich die Vorinstanz innerhalb der erstreckten Frist mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde vernehmen. Unter Bezugnahme auf die angefochtene Verfügung vom 22. April 2014 hält sie ergänzend fest, dass sich die Lesart als Pluszeichen nicht zwingend aufdränge. Folglich sei beim strittigen Zeichen ein Verstoß gegen das Wappenschutzgesetz und das Rotkreuzgesetz zu bejahen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne vom Grundsatz des Eintragungsverbotens nur abgewichen werden, falls das geschützte Element durch seine Einbettung im gesamten Zeichen die Erkennbarkeit verliere oder wenn dieses in der Gesamtgestaltung eine zusätzliche Bedeutung erlange. Dies treffe vorliegend nicht zu. Ebensowenig sei das Argument der gewohnheitsmässigen Interpretation als Pluszeichen stichhaltig.

**I.**

Am 10. September 2014 replizierte die Beschwerdeführerin innert Frist und erneuerte ihre gleichbleibenden Rechtsbegehren.

**J.**

Die Vorinstanz nimmt in der Duplik vom 17. Oktober 2014 fristgerecht Stellung zu den Rügen der Beschwerdeführerin und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

**K.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

**L.**

Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt.

## **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 VGG). Als Antragstellerin für die Schutzausdehnung der IR-Marke Nr. 1012062 CONCEPT+ auf die Schweiz ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und beschwert und sie hat somit ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde innert Frist und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 VwVG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der einverlangte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **2.**

**2.1** Die Europäische Union und die Schweiz sind als Vertragsparteien des Protokolls vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP, SR 0.232.112.4) in das Madrider System eingebunden. Zudem gehört die Schweiz als Vertragsstaat dem Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMA, SR 0.232.112.3, in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung) sowie der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967) an. Im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und der Schweiz sind demnach die Bestimmungen des MMP anwendbar.

**2.2** Art. 5 Abs. 1 MMP gewährt dem IGE das Recht, einer internationalen Markenregistrierung durch Mitteilung die Schutzverweigerung für die Schweiz zu erklären. Die Schutzverweigerung hat sich dabei ausschliesslich auf Gründe zu stützen, die nach der Pariser Verbandsübereinkunft auch bei einer unmittelbaren Eintragung in das nationale Register zu einer Zurückweisung führen würden. Mitgliedstaaten dürfen Eintragungsgesuche für Marken nur verweigern, wenn diese jeglicher Unterscheidungskraft entbehren, beschreibende Angaben enthalten, ein Freihaltebedürfnis besteht oder wenn sie gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen (Art. 5 Abs. 1 MMP i.V.m. Art. 6<sup>quinquies</sup> Bst. B Ziff. 2 und 3 PVÜ).

In der Londoner Revision von 1934 erfuhr die Norm insofern eine Präzisierung, als den Tatbeständen der Sitten- und Ordnungswidrigkeit die Täuschungsgefahr aus der Konsumentenperspektive hinzugefügt wurde. Eine Verletzung der guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung liegt demnach insbesondere vor, wenn die Marke Anlass zur Täuschung der Konsumenten bietet. Die konkretisierte Regelung von 1934 wurde sodann unverändert in die Fassung von Stockholm übernommen (SAM RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property. A Commentary*, Oxford 2015, p. 545).

**2.3** Art. 6<sup>ter</sup> Ziff. 1 Bst. a PVÜ sieht ein Verbot für die Eintragung und den Gebrauch von Hoheitszeichen, amtlichen Prüf- und Gewährzeichen und von Kennzeichen zwischenstaatlicher Organisationen vor. Die Verbandsländer verpflichten sich, die Eintragung der Wappen, Flaggen und anderen staatlichen Hoheitszeichen der Verbandsländer, der von ihnen eingeführten amtlichen Prüf- und Gewährzeichen und -stempel sowie jede Nachahmung im heraldischen Sinn als Fabrik- oder Handelsmarken oder als Bestandteile solcher zurückzuweisen oder für ungültig zu erklären sowie den Gebrauch dieser Zeichen durch geeignete Massnahmen zu verbieten, sofern die zuständigen Stellen den Gebrauch nicht erlaubt haben.

### **3.**

Auf bundesrechtlicher Ebene richtet sich die Beurteilung von Markeneintragungen nach dem Markenschutzgesetz. Als spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen sind vorliegend das Rotkreuzgesetz und das Wappenschutzgesetz massgeblich.

**3.1** Eine Marke ist nach Art. 2 Bst. d des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) absolut schutzunfähig, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstösst. Zeichen, deren Markeneintragung durch Staatsvertragsrecht oder durch Bundesrecht untersagt ist, sind im Sinne von Art. 2 Bst. d MSchG rechtswidrig (Urteil des BGer 4A\_674/2010 vom 6. April 2011 E. 2 "Zacapa"). Das absolute Eintragungshindernis der Rechtswidrigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (EUGEN MARBACH, *Kennzeichenrecht*, in: von Büren/David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, Bd. III/1, Basel, 2. A. 2009, S. 191; MICHAEL NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin, *Marken-*

schutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 lit. d N. 27 f.). Diese Regelung erfasst insbesondere Zeichen, die das Recht an staatlichen Hoheitszeichen, Wappen und Flaggen, Namen und Kennzeichen von internationalen zwischenstaatlichen Organisationen oder geografischen Herkunftsbezeichnungen verletzen (Urteil des BGer 4A\_101/2007 vom 28. August 2007 E. 3 "Doppeladler"; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 265).

**3.2** Die Tatbestände von Art. 2 Bst. d MSchG decken sich nur teilweise mit den in Art. 6<sup>quinquies</sup> Bst. B Ziff. 3 PVÜ vorgesehenen Schutzausschlussgründen. Weil das absolute Eintragungshindernis der Rechtswidrigkeit keinen korrespondierenden Ausschlussgrund in der Pariser Verbandsübereinkunft findet, kann die Verletzung geltenden Rechts nicht zur Abweisung einer internationalen Marke führen, ausser die Rechtswidrigkeit nach schweizerischem Recht umfasse auch einen Verstoss gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung (BGE 135 III 648 E. 2.2 "Unox"). Bei diesen wertebezogenen Verbotgründen handelt es sich um auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe. Für die Beurteilung, ob ein Verstoss gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung vorliegt, ist das schweizerische Recht massgeblich (vgl. RICKETSON, a.a.O., S. 545). Unter der öffentlichen Ordnung sind diejenigen tragenden Grundsätze der Rechtsordnung und der staatlichen Institutionen zu verstehen, welche die Ordnung, die Sicherheit und den Frieden im Innern sowie die guten Beziehungen zu anderen Staaten gewährleisten (NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 19). Aufgrund der hohen Normdichte im Markenrecht ist dieser unbestimmte Rechtsbegriff eng auszulegen (LUCAS DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, in: Honsell/Vogt/David [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel/Genf/München, 2. A. 1999, Art. 2 N. 71; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 259). Die Nichterfüllung einer markenrechtlichen Regelung vermag für sich alleine keine Ordnungswidrigkeit zu begründen. Vielmehr muss die Marke eine Vorschrift verletzen, die den Schutz der öffentlichen Ordnung selbst bezweckt (Art. 6<sup>quinquies</sup> Bst. B Ziff. 3 PVÜ). Als eintragungsunfähig gelten insbesondere Marken, die das Ansehen der Schweiz oder das anderer Staaten herabmindern oder kommerzialisieren, das friedliche Zusammenleben stören oder diskriminierend wirken (DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 71; STEFAN FRAEFEL/ERIC MEIER, in: de Werra/Guilléron [Hrsg.], Propriété intellectuelle. Commentaire, Basel 2013, Art. 2 lit. d N. 199).

**3.3** Nach Art. 2 Bst. c MSchG sind irreführende Zeichen vom Markenschutz absolut ausgeschlossen und nicht eintragungsfähig. Ein Zeichen ist unter anderem dann irreführend, wenn der Sinngehalt einer geografischen Angabe objektiv geeignet ist, die Markenadressaten zur Annahme einer Warenherkunft zu verleiten, die in Wirklichkeit nicht zutrifft (BGE 132 III 772 E. 2.1 "Colorado" [fig.]; 128 III 454 E. 2.2 "Yukon"; Urteile des BGer 4A\_6/2013 vom 16. April 2013 E. 2.3 "Wilson"; 4A\_508/2008 vom 10. März 2009 E. 3.2 "Afri-Cola"; Urteil des BVGer B-6503/2014 vom 3. Juli 2015 E. 3.1 "Luxor"; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 216, N. 244 ff.). Das Registrierungsverbot irreführungsfähiger Angaben erfasst demnach namentlich Waren, die nicht an dem mit einer Herkunftserwartung verknüpften Ort hergestellt werden (BGE 128 III 454 E. 2.2 "Yukon").

#### **4.**

In Anbetracht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht annimmt, das strittige Zeichen sei wegen einer rechtserheblichen Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes schutzunfähig.

**4.1** Die vier Genfer Konventionen vom 12. August 1949 zum Schutz der Kriegsgesunden und ihre Zusatzprotokolle regeln die bestimmungsgemässe Nutzung sowohl der früher eingesetzten Kennzeichen als auch der aktuell verwendeten Embleme des Roten Kreuzes, des Roten Halbmondes und des Roten Kristalls. In Nachachtung dieser internationalen Vereinbarungen erliess die Schweiz das Bundesgesetz betreffend den Schutz des Zeichens des Roten Kreuzes und des Namens des Roten Kreuzes vom 25. März 1954 [Rotkreuzgesetz, RKG, SR 232.22]). Das Rotkreuzgesetz bestimmt die rechtmässige Verwendung des roten Kreuzes auf weissem Grund sowie die Benutzung der Bezeichnung "Rotes Kreuz" und "Genfer Kreuz" oder andere damit verwechselbare Zeichen oder Wörter (Art. 1 Abs. 1 RKG). Aufgrund der inhaltlich und systematisch engen Anlehnung an die Genfer Abkommen sind diese bei der Auslegung des Rotkreuzgesetzes zu berücksichtigen (Botschaft vom 14. September 1953 über die Revision des Bundesgesetzes betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes, BBl 1953 III 109 ff, S. 112 [nachstehend: Botschaft RKG]).

**4.2** In bewaffneten Konflikten erfüllt das Rotkreuzemblem in erster Linie die Funktion eines völkerrechtlichen Schutzzeichens für militärische und zivile

Sanitätsdienste, Spitäler und Krankentransporte sowie für das in der humanitären Hilfe eingesetzte Personal und Material (Art. 44 des ersten Genfer Abkommens [Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949, GK I, SR 0.518.12]). In Friedenszeiten steht dessen Funktion als Beziehungszeichen im Vordergrund. Das Rotkreuzemblem soll auf die Beziehung von Personen und Gütern zur Rotkreuzbewegung hinweisen (Botschaft RKG, S. 112f.). Die Benutzung des Emblems ist insbesondere den internationalen und schweizerischen Rotkreuzgesellschaften vorbehalten (Art. 44 GK I; Art. 1 Abs. 2 des Reglements betreffend die Verwendung und den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes vom 28. Juni 2014, SR 232.221; vgl. Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Dritten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen von 1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens und zu den entsprechenden Gesetzesänderungen vom 25. Januar 2006, BBl 2006 1929ff., S. 1932). Das Emblem des Roten Kreuzes ist eines der weltweit bekanntesten und vertrauenswürdigsten Zeichen. Insofern dieses Symbol für humanitäre Hilfe durch die unerlaubte Verwendung eine Kommerzialisierung erfährt, erodiert dadurch seine Schutz- und Beziehungsfunktion. Aufgrund der traditionell engen Verbundenheit zwischen dem IKRK als Hüter des humanitären Völkerrechts und der Schweiz beschließt eine Verletzung des Rotkreuzgesetzes auch bei einer engen Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung grundlegende Prinzipien der staatlichen Ordnung sowie Aspekte der guten Aussenbeziehungen, des Friedens und der Sicherheit. Die Bestimmungen des Rotkreuzgesetzes fallen folglich in den Anwendungsbereich von Art. 6<sup>quinquies</sup> Bst. B Ziff. 3 PVÜ.

**4.3** Das Rotkreuzgesetz regelt in Art. 1 ff. die bestimmungsgemässe Nutzung des Emblems. Das Gesetz bezweckt die Verhinderung der missbräuchlichen Verwendung des Emblems zu privaten Zwecken (Botschaft RKG, S. 111). Art. 38 GK I definiert das Rotkreuzemblem in Anlehnung an das eidgenössische Hoheitszeichen als rotes Kreuz auf weissem Grund. Diese Bestimmung fand Eingang in das Rotkreuzgesetz, das in Art. 1 Abs. 1ff. das Emblem als "Zeichen des roten Kreuzes auf weissem Grund(e)" umschreibt. Die gesetzliche Regelung zur Verwendung von Zeichen und Namen des Roten Kreuzes bezieht sich auf jedes rote Kreuz in beliebiger Form und Farbnuance auf irgendeinem weissen Grund sowie auf jedes nach Form oder Farbe damit verwechselbare Zeichen. Um Umgehungshandlungen zu erschweren, verzichtete der Gesetzgeber bewusst

auf eine genaue Form- und Farbdefinition (Botschaft RKG, S. 113; Urteil des BVGer B-3327/2008 vom 23. März 2009 E. 5.2 "Senioren Notruf"). Art. 53 Abs. 1 GK I verbietet nicht berechtigten Privatpersonen, öffentlichen und privaten Gesellschaften sowie Handelsfirmen die Verwendung des Emblems oder des Namens sowie den Gebrauch sämtlicher Zeichen und Bezeichnungen, die eine Nachahmung darstellen. Art. 8 Abs. 1 RKG enthält eine Strafdrohung für jede nicht erlaubte Nutzung des roten Kreuzes auf weissem Grund oder der Worte "Rotes Kreuz" sowie damit verwechselbarer Zeichen oder Wörter. Der durch das Rotkreuzgesetz gewährte Schutz geht damit über die auf Nachahmung beschränkte völkerrechtliche Minimalvorschrift von Art. 53 Abs. 1 GK I hinaus. Marken und Designs, die gegen das Rotkreuzgesetz verstossen, sind von der Markeneintragung ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 RKG i.V.m. Art. 2 Bst. d MSchG). Das Bundesgericht wendet im Rahmen der Prüfung, ob das geschützte Zeichen oder ein damit verwechselbares Zeichen als Bestandteil in die beanspruchte Marke aufgenommen wurde, einen objektivierten Beurteilungsmassstab an (BGE 134 III 406 E. 5.2 "VSA/ASA [fig.]"). Die Eintragung des geschützten Zeichens als Waren- oder als Dienstleistungsmarke ist demnach absolut verboten. Ansatzpunkt für die Prüfung der Rechtswidrigkeit bildet somit einzig die Frage, ob die IR-Marke Nr. 1012062 ein rotes Kreuz auf weissem Grund oder ein damit verwechselbares Zeichen als Markenbestandteil beinhalten kann.

**4.4** Die Vorinstanz verweigerte die Schutzausdehnung der IR-Marke Nr. 1012062 CONCEPT+ auf die Schweiz mit der Begründung, das betroffene Zeichenelement stelle nur eine unwesentliche Abänderung des Rotkreuzemblems, bzw. des Schweizerkreuzes dar. Der Zeichenabstand des strittigen Markenbestandteils zum geschützten Zeichen sei zu gering, um eine Verwechslungsgefahr auszuschliessen. Nach Auffassung der Vorinstanz steht einer Schutzausdehnung auf die Schweiz der fehlende negative Farbanspruch für die Farbkombination Rot-Weiss entgegen. Durch die Hinterlegung der Wortmarke in Schwarz-Weiss wäre jede farbliche Ausgestaltung geschützt und folglich auch der für das Rote Kreuz typische Farbkontrast oder eine ähnliche Farbkombination.

**4.5** Als Vorfrage ist zu klären, ob es sich beim strittigen Zeichen überhaupt um ein Kreuz handelt, das als Übernahme des Schutzzeichens aufgefasst werden kann oder das Anlass zu Verwechslungen mit diesem bietet (Art. 53 Abs. 1 GK I i.V.m. Art. 8 Abs. 1 RKG). Als grafisches Zeichen ist

das Kreuz durch zwei sich rechtwinklig, seltener schräg schneidende Linien definiert (Wörterbuch Duden, <[www.duden.de/rechtschreibung/Kreuz](http://www.duden.de/rechtschreibung/Kreuz)>, abgerufen am 12.10.2016). Bei der Gestaltung des Schutzzeichens können sich die Vertragsparteien an folgender Vorlage orientieren (Art. 4 des Anhang I zum Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte [GK Protokoll I, SR 0.518.521]):



Zum Vergleich wird das strittige Zeichen nachstehend in einer üblichen Schrift (Arial) in der normalen und fetten Schriftstärke wiedergegeben:



**4.6** Das strittige Zeichen weist sämtliche Definitionsmerkmale eines aufrecht stehenden, achsensymmetrischen Kreuzes auf und stimmt damit in seinen charakteristischen Formmerkmalen mit dem geschützten Emblem überein.

**4.7** Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtswidrigkeit des Markenbestandteils "+", weil die fehlende Flächenausdehnung der horizontalen und vertikalen Arme gegen eine figurative Wahrnehmung des Zeichens und für die Interpretation als mathematisches Pluszeichen spreche. Der fragliche Bestandteil sei im Geschäftsverkehr etabliert und werde aufgrund der Sehgewohnheiten der Durchschnittsabnehmer im Sinne von "mehr" verstanden. Zudem werde das Zeichenelement durch die vollständige Einbettung in die Buchstabenfolge nicht im heraldischen Sinn aufgefasst. Massgeblich für die Beurteilung des strittigen Wortmarkenbestandteils als schutzfähiges Pluszeichen oder als schutzunfähiges Kreuz sei der Gesamteindruck, der

sich aus der Kombination mit dem Wort "CONCEPT" ergebe. Erst aus dieser Gesamtbetrachtung erschliesse sich der Sinngehalt der einzutragenden Marke.

**4.7.1** Die Beschwerdeführerin verkennt, dass im Rahmen der Prüfung, ob eine Übernahme oder Nachahmung des Rotkreuzemblems vorliegt, die Flächenausdehnung der Arme kein beurteilungsrelevantes Kriterium bildet. Um Umgehungsmöglichkeiten auszuschliessen, verzichtete der Gesetzgeber bewusst auf eine präzise Definition der Form- und Farbkomponenten und gewährte damit jedem roten Kreuz in beliebiger Form und Farbnuance auf irgendeinem weissen Grund sowie jedem damit verwechselbaren Zeichen absoluten Schutz (Botschaft RKG, S. 113; vgl. Urteile des BVGer B-4975/2013 vom 26. Februar 2016 E. 4.3.2 "Medaillon"; B-3327/2008 vom 23. März 2009 E. 5.2 "Senioren Notruf").

**4.7.2** Die Beurteilung absolut geschützter Zeichen richtet sich nach Kriterien, die sich von denjenigen, die für Marken massgeblich sind, unterscheiden. In konstanter Praxis prüft das Bundesgericht in einem ersten Schritt, ob der Tatbestand der Übernahme eines geschützten oder eines damit verwechselbaren Zeichens vorliegt. Dabei ist der in Frage stehende Bestandteil für sich allein und ohne Berücksichtigung der weiteren Markenelemente zu betrachten (FRAEFEL/MEIER, a.a.O., Art. 2 N. 183). Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin ist es bei diesem objektivierten Prüfmassstab unbeachtlich, welche Bedeutung das strittige Zeichen im Zusammenhang mit den übrigen Markenelementen entfaltet. Der gewährte absolute Schutz würde keine praktische Wirksamkeit entfalten, wenn das Eintragungshindernis einfach umgangen werden könnte, indem das geschützte Element in eine aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzte Marke aufgenommen wird. Das Rotkreuzgesetz untersagt die Verwendung des Rotkreuzzeichens als Bestandteil einer Marke schlechthin, ohne Rücksicht darauf, welche Bedeutung ihm zusammen mit anderen Elementen der Marke zukommt und welche Waren oder Dienstleistungen mit der Marke bezeichnet werden sollen. Es ist somit unerheblich, ob die konkrete Nutzung der Marke zu einer Verwechslungsgefahr in dem Sinne führt, dass die gekennzeichneten Waren für solche gehalten werden könnten, die unter dem Schutz der Genfer Abkommen stehen, oder ob sie eine gedankliche Verbindung zum IKRK nahelegen (BGE 140 III 251 E. 5.3.1 "Croix Rouge", 134 III 406 E. 5.2 "VSA/ASA [fig.>"; FRAEFEL/MEIER, a.a.O., Art. 2 N. 183; MARBACH, SIWR III/1, N. 650; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 53). Im

Anwendungsbereich des Rotkreuzgesetzes ergäbe sich nur etwas anderes, falls das fragliche Element gar nicht mehr als Schutz- oder Beziehungszeichen des Roten Kreuzes identifizierbar wäre (RKGE in sic! 1999, S. 290 E. 5 "Croix Rouge"). Das strittige Zeichenelement ist als eigenständiges, von der Buchstabenfolge deutlich unterscheidbares, grafisches Zeichen mit zwei sich rechtwinklig schneidenden Linien erkennbar. Es wird indessen nur dann als ein Zeichen wahrgenommen, das Anlass zu Verwechslungen mit dem Rotkreuzemblem bieten könnte, wenn ein zusätzliches Gestaltungselement hinzutritt. Entscheidend für die Identifizierung des achsensymmetrischen Kreuzes als Rotkreuzemblem ist die zeichentypische Farbkombination. Das Zeichen ist nur in seiner spezifisch rot-weissen Farbgestaltung überhaupt als Schutz- oder Beziehungszeichen des Roten Kreuzes identifizierbar.

**4.7.3** Die Markenmelderin hat die strittige Wortmarke ohne Farbanspruch hinterlegt. Der Schutzbereich einer in schwarz/weiss eingetragenen Marke erstreckt sich grundsätzlich auf jede denkbare farbliche Ausgestaltung (BGE 134 III 406 E. 6.2.2 "VSA/ASA [fig.]" ; MARBACH, SIWR III/1, N. 486; RKGE in sic! 1999, S. 36 E. 5.5 "Cercle+"). Wird das kreuzförmige Element in der beschriebenen Farbkombination verwendet, kommt es dem geschützten Emblem insgesamt sehr nahe. Nach Massgabe der kontextunabhängigen und objektivierten Beurteilung vermag demnach nur die Verwendung einer Farbkombination, die sich deutlich vom zeichentypischen Rot-Weiss-Kontrast unterscheidet, die Eintragungsunfähigkeit der IR-Marke Nr. 1012062 CONCEPT+ abzuwenden.

**4.8** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, in analoger Anwendung der Rechtsprechung zum NZSchG könne vom Grundsatz des Verwendungsverbot eines absolut geschützten Zeichens ausnahmsweise abgewichen werden, falls das geschützte Element durch seine Einbettung im gesamten Markenzeichen die Erkennbarkeit verliere oder dieses in der Gesamtgestaltung eine zusätzliche Bedeutung erlange (BGE 135 III 648 E. 2.5 "Unox [fig.]"). Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht auch im Anwendungsbereich des NZSchG bei der Beurteilung, ob eine rechtswidrige Verwendung oder Nachahmung eines geschützten Zeichens vorliegt, in einem ersten Schritt ausschliesslich auf den streitbetroffenen Markenbestandteil abstellt. Sowohl die weiteren Elemente der Marke, als auch der durch die Marke hervorgerufene Gesamteindruck bleiben für die Prüfung der Rechtswidrigkeit unberücksichtigt (BGE 135 III 648 E. 2.5 "Unox

[fig.]"; vgl. BGE 134 III 406 E. 5.3 "VSA/ASA [fig.]"). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend und in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung argumentiert, kann dem Gesamteindruck nur im Rahmen der Beurteilung, ob überhaupt ein Ausnahmefall im oben genannten Sinn vorliegt, Relevanz zukommen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, indem sie einerseits auf die zergliedernde Betrachtung des strittigen Elements abstelle und andererseits vorbringe, das Wortelement "CONCEPT" ergebe in Kombination mit "plus" oder "mehr" keinen Sinn, läuft nach dem Gesagten ins Leere.

Dem Argument der Beschwerdeführerin, die Zeichenkombination führe auf der Bedeutungsebene zu einem sprachlich nachvollziehbaren und sinnvollen "CONCEPT plus" im Sinne von "einem Mehr an Konzept" oder "einem positiven Konzept" kann nur teilweise gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, erschliesst sich aus der fraglichen Wortkombination kein sprachüblicher Sinngehalt. Das Wörterbuch der Universität Leipzig führt unter den signifikanten linken Nachbarn von "Plus" keine Begriffe auf, die einen anderen Schluss nahelegen würden (<http://wortschatz.uni-leipzig.de>, abgerufen am 12.10.2016). Die von der Beschwerdeführerin behauptete Deutung ist aufgrund dieser semantischen Unschärfe nur unter Zuhilfenahme von sprachlichem Kombinationsvermögen erschliessbar. Die Annahme einer kontextuellen Auflösung wird indessen spätestens dann abwegig, wenn das strittige Element in der typischen Farbkombination des Rotkreuzzeichens, das zu den weltweit bekanntesten Zeichen zählt, verwendet wird. In diesem Fall ist ein ideografisches Zeichenverständnis naheliegender und es tritt damit in den Vordergrund. Das strittige Zeichenelement stellt demnach in der für das Emblem des Roten Kreuzes typischen Farbgestaltung keine Ausnahme im vorgenannten Sinn dar. In jedem anderen damit nicht verwechselbaren Farbkontrast ist hingegen davon auszugehen, dass die Marke auch in der von der Beschwerdeführerin vertretenen Weise verstanden werden kann. Damit entfällt auch das Bedürfnis, die Verwendung des Zeichens zu verbieten und es dadurch dem Wirtschaftsverkehr zu entziehen.

## 5.

Im Folgenden ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht eine Verwechslungsgefahr mit dem Schweizerkreuz angenommen hat.

**5.1** In Ausführung von Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ regelt und konkretisiert das Wappenschutzgesetz den Gebrauch von Wappen und anderen hoheitlichen Zeichen (Botschaft WSchG, S. 604f.). Im Unterschied zu gewerblichen Marken, welche in erster Linie die Herkunftsfunktion gewährleisten sollen, dienen die Schutzobjekte in funktionaler Hinsicht der Kennzeichnung und Repräsentation der Staatshoheit und international der Unterscheidung von Nationalstaaten. Laut Botschaft zum Wappenschutzgesetz berührt die rechtskonforme Verwendung von Hoheitszeichen das öffentliche Interesse in hohem Mass (Botschaft WSchG, S. 614). Das Wappenschutzgesetz richtet sich auf den Schutz der Öffentlichkeit vor Täuschung über amtliche Beziehungen und irreführenden Herkunftsangaben (BGE 116 IV 254 E. 1 "Communication officielle"; RKGE in sic! 2005, S. 587 E. 4 "Chevrolet"; MARBACH, SIWR III/1, S. 193; DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 86). Die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 MMP in Verbindung mit Art. 6<sup>quies</sup> Bst. B Ziff. 3 PVÜ sind demnach auch bei einer Rechtsverletzung im Rahmen des Wappenschutzgesetzes erfüllt (DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 71; FRAEFEL/MEIER, a.a.O., Art. 2 lit. d N. 199).

**5.2** Der absolute Ausschlussgrund der Rechtswidrigkeit (Art. 2 Bst. d MSchG) erfasst auch die Verwendung von Marken oder Markenbestandteilen, die gegen das Wappenschutzgesetz verstossen. De lege lata sind Hoheitszeichen oder deren Bestandteile von einer Markeneintragung für Waren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 WSchG i.V.m. Art. 2 Bst. d MSchG i.V.m. Art. 30 Abs. 2 Bst. c MSchG). Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 WSchG erfasst sowohl das Wappen der Eidgenossenschaft als auch das Schweizerkreuz. Das absolute Eintragungshindernis erstreckt sich auf Zeichen, die mit diesen Hoheitszeichen oder mit deren charakteristischen Bestandteilen verwechselbar sind (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 WSchG). Das Wappenschutzgesetz geht damit über die Mindestanforderungen der PVÜ hinaus. Es verbietet nicht nur Nachahmungen im heraldischen Sinn, sondern erklärt auch die Eintragung verwechselbarer Zeichen für unzulässig. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist zu verneinen, sobald das Kreuz eine in Farbe oder Form abweichende Gestaltung aufweist (Urteil des BVGer B-1409/2007 vom 12. Dezember 2007 E. 7.3.4 "Meditrade"; RKGE in sic! 2005, S. 587 E. 7 "Chevrolet"; RKGE in sic! 1999, S. 36 E. 6 "Cercle+"; MARBACH, SIWR III/1, S. 195; DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 83; vgl. WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 282b). Sehr ähnliche Kreuze sind unter der Voraus-

setzung eintragungsfähig, dass sie beispielsweise als mathematisches Additionszeichen für technische Geräte oder als Symbol für positive elektrische Ladung verstanden werden (MARBACH, SIWR III/1, S. 195).

**5.3** Nach unbestrittener Auffassung unterscheidet sich das strittige Zeichen "+" der ISO-Norm 8859-15 in der grafischen Ausführung vom Schweizerkreuz dadurch, dass die horizontalen und vertikalen Arme des Kreuzes schmaler ausfallen und nicht den normativ vorgesehenen Proportionen entsprechen, wonach die unter sich gleichen Arme je um einen Sechstel länger als breit sind (Art. 1 des Bundesbeschlusses betreffend das eidgenössische Wappen vom 12. Dezember 1889, SR 111). Im Rahmen einer zulässigen Benutzung bestand jedoch bis anhin keine zwingende Verpflichtung, das Schweizerkreuz in diesen Grössenverhältnissen oder unter Ausschluss zusätzlicher grafischer Elemente zu verwenden. Daran wird sich auch mit der Einführung der neuen "Swissness"-Gesetzgebung nichts ändern (vgl. Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen [Swissness-Vorlage] vom 18. November 2009, BBl 2009, 8533, S. 8621 [nachfolgend "Botschaft revMSchG]). Der Auffassung der Beschwerdeführerin, die fehlende Ausdehnung in der Fläche verhindere eine Verwechslungsgefahr, kann in Anbetracht der zulässigen Variabilität bei den Grössenverhältnissen nicht gefolgt werden. Das geschützte Zeichen geniesst eine ausserordentlich hohe Bekanntheit. Ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, ob ein mit dem Schweizerkreuz verwechselbares Kreuz vorliegt oder nicht, ist dessen Verwendung in der zeichentypischen Farbkombination.

**5.4** Die markenmässige Verwendung von vollständigen Hoheitszeichen für die Kennzeichnung von Waren ist unter geltendem Recht grundsätzlich ausgeschlossen. Diese Regelung findet bei Marken in ihrer Gesamtheit und bei deren Bestandteilen gleichermassen Anwendung. Neben kantonalen Hoheitszeichen und ausländischen Staatswappen erfasst diese Regelung auch das Schweizerkreuz (Urteil des BGer 4A\_101/2007 vom 28. August 2007 E. 3.3 "Doppeladler"; BGE 134 III 406 E. 5.3 "VSA/ASA [fig.]", BGE 80 I 58 E. 2 "Knoblauch"). Die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für absolut geschützte Zeichen gelten auch im Anwendungsbereich des Wappenschutzgesetzes (BGE 134 III 406 E. 5.2 f. "VSA/ASA [fig.]", m.w.H. auf BGE 80 I 58, BGE 66 I 193; BGE 58 I 113; vgl. dazu auch BGE 135 III 648 E. 2.5 und 2.6 "Unox [fig.]", NOTH, a.a.O.,

Art. 2 lit. d N. 44, 53). Aufgrund der spezifischen kennzeichenrechtlichen Schutzvoraussetzungen wird in einem ersten Prüfschritt der strittige Markenbestandteil isoliert betrachtet. Nur im Fall, dass keine Übernahme des geschützten Zeichens in seiner Gesamtheit vorliegt, folgt im Anwendungsbereich des Wappenschutzgesetzes ein zweiter Beurteilungsschritt, in welchem das vollständige Markenzeichen nach dem Gesamteindruck auf seine Verwechselbarkeit hin untersucht wird (Urteil des BGer 4A\_101/2007 vom 28. August 2007 E. 4.1 ff. "Doppeladler"; vgl. BGE 80 I 58 E. 2 "Knoblauch"). Dieser Anwendungsfall liegt in der vorliegend zu beurteilenden Streitsache nicht vor. Dem strittigen weissen Kreuz auf rotem Hintergrund fehlt unter Berücksichtigung der zulässigen Formvariabilität kein Element, das für das Schweizerkreuz konstitutiv ist.

Die Beschwerdeführerin verkennt durch ihre abnehmerbezogene und relative Beurteilungsperspektive den durch das absolute Verwendungsverbot erfassten Schutzzumfang. Die dem Rotkreuzgesetz, dem Wappenschutzgesetz und dem NZSchG unterliegenden Schutzobjekte erfüllen im Gegensatz zu Marken keine gewerbliche Funktion. Diesem Umstand trägt die höchstrichterliche Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass sie bei der Rechtswidrigkeitsprüfung einen objektivierten, absoluten Beurteilungsmassstab anwendet. Durch die Verwendung der achsensymmetrischen, horizontal und vertikal sich schneidenden Linien, die gemäss Definition ein Kreuz bilden, übernimmt die Beschwerdeführerin unter geltendem Recht ein mit dem Schutzobjekt verwechselbares Zeichen als erkennbaren, integralen Markenbestandteil. Aufgrund des fehlenden Farbvorbehalts ist eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 WSchG bei Verwendung der zeichentypischen Farbkombination Rot-Weiss damit nicht auszuschliessen.

**5.5** Mit in Kraft treten des revidierten Wappenschutzgesetzes am 1. Januar 2017 wird der Gebrauch des Schweizerkreuzes als Warenzeichen neu zulässig sein, falls die Produkte die sogenannten "Swissness"-Kriterien erfüllen (Botschaft revMSchG, 8537, 8585 ff.). Zur Sicherstellung eines täuschungsfreien Wettbewerbs wird auch in Zukunft eine irreführende oder gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstossende Verwendung des Schweizerkreuzes nicht geschützt werden (Art. 10 und 11 revMSchG). Darüber hinaus sind die präziser gefassten Voraussetzungen zu beachten, die für die Verwendung von Herkunftsanga-

ben gelten (Art. 47–50 revMSchG). Besteht zudem eine Verwechslungsgefahr mit dem Emblem des Roten Kreuzes, wird insbesondere im Zusammenhang mit medizinischen Produkten oder Dienstleistungen im Einzelfall zu beurteilen sein, ob der Gebrauch trotz Vorliegen der allgemeinen Herkunftsvoraussetzungen rechtswidrig im Sinne der internationalen Vertragswerke zum Schutz des Roten Kreuzes ist (Botschaft revMSchG, 8648).

## 6.

**6.1** Die Vorinstanz verweigerte die Schutzausdehnung auf die Schweiz überdies gestützt auf den Rechtsgrund der Täuschung über die geografische Herkunft. Das strittige Zeichen wecke bei den massgeblichen Verkehrskreisen eine geografische Herkunftserwartung. Für Waren, die nicht aus der Schweiz stammten, sei die Marke aus diesem Grund täuschend. Auch liege keine von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahme vor, welche die Irreführung Gefahr (Art. 2 Bst. c MSchG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 MSchG) beseitige.

**6.2** Für die Beurteilung der Frage, ob das strittige Zeichen eine Herkunftsangabe i.S.v. Art. 47 Abs. 1 MSchG enthält, ist im Unterschied zur objektivierten Rechtswidrigkeitsprüfung unter dem RKG und WSchG auf die Beurteilungsperspektive und auf das Zeichenverständnis der massgeblichen Verkehrskreise abzustellen.

Das Warenverzeichnis der Beschwerdeführerin umfasst folgende Waren der Nizza-Klassifikation:

*Klasse 3:* Huiles et lotions à usage cosmétique, y compris huiles de massage à usage cosmétique, huiles essentielles; cosmétiques, en particulier préparations cosmétiques pour le bain autres qu'à usage médical, shampooings, produits antisolaires (préparations cosmétiques pour le bronzage), crèmes cosmétiques, poudres à usage cosmétique, lingettes pour les soins de la peau (comprises dans cette classe); savons; produits de parfumerie; lotions capillaires; dentifrices; lingettes imprégnées d'huiles (comprises dans cette classe); lingettes humides (comprises dans cette classe); lingettes pré-humidifiées (comprises dans cette classe); bâtonnets de coton à usage cosmétique.

*Klasse 5:* Préparations pharmaceutiques et hygiéniques; préparations et substances médicamenteuses; préparations hygiéniques à usage médical; désinfectants; germicides à usage hygiénique; produits pour les soins de la bouche à usage médical; préparations pour le bain à usage médical et thérapeutique; préparations pour le rafraîchissement de l'air; préparations biologiques à

usage médical; confiseries à usage pharmaceutique; désodorisants pour vêtements ou matières textiles; remèdes contre la transpiration; préparations diététiques à usage médical; aliments diététiques et compléments alimentaires autres qu'à usage médical, à base de glucides, fibres alimentaires, enrichis en vitamines, minéraux, oligo-éléments, seuls ou combinés; aliments pour bébés; produits alimentaires diététiques pour soins de santé, à base de vitamines, minéraux, oligo-éléments; préparations enzymatiques à usage médical; préparations pour soins de santé; compléments alimentaires autres qu'à usage médical à base de minéraux, acides aminés, oligo-éléments et fibres végétales (pauvres en calories), seuls ou combinés; préparations médicales pour l'amincissement, coupe-faim à usage médical; fortifiants médicinaux; médicaments antiallergiques; infusions médicinales; infusions de plantes médicinales; tisanes; préparations hygiéniques à usage médical pour les pieds; préparations pour la prévention des durillons à usage médical; préparations pharmaceutiques et médicales pour sportifs, y compris onguents, gels, sprays contre les foulures et tensions musculaires; compresses (comprises dans cette classe); emplâtres, matériel pour pansements, trousse de premiers secours portatives (trousse médicales); produits contre les coups de soleil à usage pharmaceutique; crayons hémostatiques; bandages de sport et bandes hygiéniques; bandeaux pour les yeux à usage médical; compresses oculaires à usage médical; ouate à usage médical; préparations pour le nettoyage et l'entretien des verres de contact; préparations pharmaceutiques et hygiéniques, en particulier eau saline, solutions pour inhalations, solutions pour rinçages nasaux, sels minéraux pour bains médicinaux, boissons pour cures et solutions pour rinçages nasaux, inhalations et gargarismes.

*Klasse 10:* Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux et dentaires; articles orthopédiques; compresses chaudes ou froides à usage médical; thermomètres à usage médical; coussins à pouvoir adiabatique à usage médical; inhalateurs; produits médicaux compris dans cette classe.

*Klasse 16:* Papier et articles en papier, non compris dans d'autres classes, en particulier papier hygiénique et papier hygiénique humide.

*Klasse 29:* Aliments diététiques, autres qu'à usage médical, à base de glucides, fibres alimentaires, enrichis en vitamines, minéraux, oligo-éléments, seuls ou combinés, compris dans cette classe.

*Klasse 30:* Café; thé; cacao; sucre; riz; tapioca; sagou; succédanés du café; farine et préparations à base de céréales; pains; pâtisseries et cookies; glaces alimentaires; barres de céréales et muesli; barres pauvres en calories (comprises dans cette classe); miels; sirop de mélasse; bouillie alimentaire à base de lait; boissons à base de thé; tisanes, autres qu'à usage médical; glucose à usage alimentaire; aliments diététiques, autres qu'à usage médical, à base de glucides, fibres alimentaires, enrichis en vitamines, minéraux, oligo-éléments, seuls ou combinés, compris dans cette classe.

*Klasse 32: Eaux minérales et gazeuses et autres boissons sans alcool; boissons de fruits et jus de fruits; sirops et autres préparations pour faire des boissons; poudres et pastilles pour boissons effervescentes; boissons isotoniques.*

Mit Ausnahme der in Klasse 10 beanspruchten *Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux et dentaires* ist bei den pharmazeutischen Präparaten der Klassen 5, 10 und 29 in erster Linie die Sichtweise der Endabnehmer zu berücksichtigen, zumal sich diese Produkte letztlich an das breite Publikum richten (Urteile des BVGer B-1637/2015 vom 16. September 2015 E. 3.1 "femibion [fig.]"; B-3138/2013 vom 3. Oktober 2014 E. 3.1 "Trileptal"; B-1760/2012 vom 11. März 2013, E. 4.1 "Zurcal"; B-5780/2009 vom 12. Januar 2010, E. 3.2 "Sevikar"; B-7934/2007 vom 29. August 2009 E. 3.3 "Fructa"; B-4070/2007 vom 8. April 2008, E. 5.2 "Levane"). Im Zusammenhang mit Heilmitteln ist das Verständnis der entsprechenden Fachkreise von untergeordneter Bedeutung, da die Verwechslungsgefahr bei entsprechend geschulten Personen in der Regel kleiner sein dürfte als bei Endverbrauchern (Urteile des BVGer B-1637/2015 vom 16. September 2015 E. 3.1 "femibion [fig.]"; B-3138/2013 vom 3. Oktober 2014 E. 2.3 "Trileptal"). Pharmazeutische Präparate und diätetische Produkte zu medizinischen Zwecken werden mit einer erhöhten Aufmerksamkeit erworben, weil den Konsumenten bei Fehlkäufen gesundheitliche Risiken drohen können. Hingegen werden alltägliche Konsumgüter wie die in Klasse 3 beanspruchten Mittel für die Körper- und Schönheitspflege, die in der Klasse 30 und 32 aufgeführten Nahrungs- und Nahrungsergänzungsmittel und alkoholfreien Getränke sowie Papier und Papierwaren der Klasse 16, die sich ebenfalls in erster Linie an ein breites Publikum von Endabnehmern richten, mit einem vergleichsweise geringeren Aufmerksamkeitsgrad nachgefragt (vgl. Urteile des BVGer 3005/2014 vom 3. November 2015 E. 3 "Nivea Stress Protect"; B-1136/2009 vom 9. Juli 2010 E. 4 "Pernaton 400"; B-7934/2007 vom 26. August 2009 E. 3.2 "Fructa").

**6.3** Für die Beurteilung, ob das in der Marke enthaltene, mit dem Schweizerkreuz verwechselbare Zeichen konkret bestimmte Erwartungen in Bezug auf die geografische Herkunft der gekennzeichneten Waren hervorruft, ist der Gesamteindruck des Zeichens massgeblich. Eine rein geometrische Betrachtungsweise ohne Berücksichtigung der heraldischen Konnotation greift bei der Beurteilung von Herkunftsangaben zu kurz, da sie den Schutz, den diese Bestimmungen gewähren, inhaltslos machen würde und dem Wirtschaftsverkehr grundlegende Zeichen vollständig entzöge.

**6.4** In konstanter Rechtsprechung stützt sich das Bundesgericht auf den widerlegungsfähigen Erfahrungssatz der Herkunftserwartung, wonach eine geografische Bezeichnung, wenn sie nach dem mutmasslichen Verständnis der massgeblichen Verkehrskreise als Name eines Ortes oder einer Gegend bekannt ist, nach der Lebenserfahrung im Regelfall als Hinweis auf eine entsprechende Herkunft der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen verstanden wird (BGE 135 III 419 E. 2.2 "Calvi [fig.]"; 132 III 770 E. 2.1 "Colorado [fig.]"; 97 I 79 E. 1 "CUSCO"; 93 I 570 E. 3 "Trafalgar"; Urteile des BGer 4A.508/2008 vom 10. März 2009 E. 4.2 "Afri-Cola"; 4A\_324/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 5.1 "Gotthard"; vgl. Urteile des BVGer B-6053/2014 vom 3. Juli 2015 E. 3.4 "Luxor"; B-915/2009 vom 26. November 2009 E. 2.3 "Virginia Slims No. 602"; NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. c N. 46).

**6.4.1** In der gebotenen Gesamtbeurteilung ist eine Herkunftserwartung dann zu verneinen, wenn die Marke von den massgeblichen Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden wird (vgl. Art. 47 Abs. 2 MSchG), namentlich zu einer der in BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon" definierten Fallgruppen zählt. Dies trifft namentlich zu, wenn alternativ (1) der Ort, auf den das Zeichen hinweist, den hiesigen Abnehmerkreisen unbekannt ist, (2) das Zeichen aufgrund seiner Symbolkraft als Fantasiezeichen aufgefasst wird, (3) der bezeichnete Ort in den Augen der massgeblichen Verkehrskreise nicht als Produktions-, Fabrikations- oder Handelsort in Frage kommt oder (4) das Zeichen eine Typenbezeichnung darstellt, (5) sich im Verkehr durchgesetzt hat oder (6) zu einer Gattungsbezeichnung geworden ist (vgl. auch BGE 135 III 416 E. 2.6 Calvi).

**6.4.2** Das Bundesgericht hat die zweite Ausnahmekategorie dahingehend präzisiert, dass bei mehrdeutigen Begriffen auch ein anderer Sinngelhalt, beispielsweise derjenige eines Personennamens, die geografische Bedeutung dominieren könne (Urteil des BGer 4A\_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.3.2 "Wilson"; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 233). Zeichen, welche eine geografische Bezeichnung enthalten, die in einem sinnverändernden Zusammenhang mit anderen Markenbestandteilen kombiniert wird, sind nicht als Herkunftsangabe einzustufen (Urteil des BVGer B-6068/2007 vom 18. September 2008 E. 6.3 "Biorom"). Vorliegend steht kein Personennamen zur Diskussion, sondern der nicht sprachübliche Ausdruck "CONCEPT+". Nach Auffassung der Beschwerdeführerin vermittelt das Zeichen

ungeachtet der verwendeten Farbkombination im Gesamteindruck einen eigenständigen und unmittelbar erschliessbaren Sinngehalt. Hinter den Produkten stehe ein im Verhältnis zu anderen Konzepten umfangreicheres Konzept, z. B. bezüglich Planung, Forschung, Auswahl oder Strategie. Gemäss Duden steht der Begriff "Konzept" für einen skizzenhaften, stichwortartigen Entwurf, für die Rohfassung eines Textes oder einer Rede, für einen klar umrissenen Plan oder ein Programm sowie für eine Idee, ein Ideal oder für eine aus der Wahrnehmung abstrahierte Vorstellung (Wörterbuch Duden, <<http://www.duden.de/rechtschreibung/Konzept>>, abgerufen am 14.10.2016). Der Duden und das Wörterbuch der Universität Leipzig geben keine Auskunft über das Zeichen "+", klassifizieren das Wort "Plus" indes- sen als mathematischen Begriff. Die Dornseiff-Bedeutungsgruppe (4.28) enthält hierzu folgende Begriffe: Hinzufügen, Annex, Appendix, Dreingabe, Ergänzung, Hinzufügung, Koda, Komplement, Mehr, Nachschrift, Note, Postskriptum, Supplement, Trabantenstadt, Vervollständigung, Vorort, Vor- stadt, Zusatz, Zustrom (<<http://www.duden.de/rechtschreibung>>; <<http://wortschatz.uni-leipzig.de>>, abgerufen am 14.10.2016). Im Zusam- menhang mit den medizinischen, chirurgischen und zahnmedizinischen Apparaten und Instrumenten, pharmazeutischen Präparaten und diäteti- schen Produkten, Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, Nahrungs- und Nahrungsergänzungsmitteln, alkoholfreien Getränken sowie Papier und Papierwaren wird nicht direkt ersichtlich, inwiefern der semantisch un- scharfe Ausdruck "ein Mehr an Konzept", eine "Konzept-Ergänzung" oder ähnliches einen eindeutigen und unmittelbar verstehbaren sprachlichen Bezugsrahmen zu diesen Produkten herstellen soll. Die Erschliessung des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Sinngehalts erfordert auch von einem Publikum mit einem erhöhten Aufmerksamkeitsgrad ein gewisses Mass an sprachlichem Kombinationsvermögen.

**6.4.3** Für die Zeicheninterpretation ist zudem von Bedeutung, dass es die Konsumenten gewohnt sind, auf Produkten neben der Marke zusätzlich das Schweizerkreuz (Co-Branding) oder andere indirekte Hinweise auf die Schweiz zu finden. Das immer häufiger anzutreffende Schweizerkreuz auf Produkten veranlasste den Gesetzgeber schliesslich, die sogenannten "Swissness"-Kriterien festzulegen (Botschaft revMSchG, 8534). Im stritti- gen Rot-Weiss-Kontrast besitzt die Marke gleichzeitig einen geografischen und einen anderen, nur unter Zuhilfenahme von sprachlichem Kombinati- onsvermögen erschliessbaren Sinngehalt. Der geografische Hinweis ist in- dessen erst dann nicht mehr als Herkunftsangabe zu betrachten, wenn aus

Sicht der Abnehmer die nichtgeografische Bedeutung dominiert (Urteile des BVGer B-550/2012 vom 13. Juni 2013 E. 5.4 "Kalmar", B-5658/2011 vom 9. Mai 2012 E. 3.9 "Frankonia" und B-6562/2008 vom 16. März 2009 E. 6.1 "Victoria" je mit Hinweisen). Aufgrund der überragenden Bekanntheit des Schweizerkreuzes und unter Berücksichtigung der Üblichkeit des Co-Brandings erscheint es vorliegend nicht schlüssig, weshalb die nur schwer erschliessbare Bedeutung "ein Mehr an Konzept" die Anspielung auf das Schweizerkreuz in den Hintergrund drängen sollte, sodass das Zeichen nicht als Hinweis auf eine Warenherkunft verstanden wird. Für jede nicht rot-weiße Farbgestaltung des Zeichenbestandteils gilt indessen das in Erwägung 4.8 ausgeführte sinngemäss.

**6.4.4** Im Ergebnis erfüllt das Zeichen in der Farbkombination "weisses Kreuz auf rotem Grund" den Gefährdungstatbestand der Irreführung nach Art. 2 Bst. c MSchG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 MSchG für gekennzeichnete Waren, die nicht aus der Schweiz stammen.

## 7.

**7.1** Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Bei den IR-Wortmarken Nr. 691908 "1+1" und Nr. 1124902 "EasySept Hydro+" sowie bei den Schweizer Wort-/Bildmarken Nr. 555648 "+PLUSPLUS+ (fig.)" und Nr. P-537693 "zerorh+ (fig.)" sei das mathematische Additionszeichen richtigerweise zum Markenschutz zugelassen worden.

**7.2** Wie in den Erwägungen 4.8 und 5.4 dargelegt, kann im Anwendungsbereich des RKG und des derzeit geltenden WSchG nur unter sehr restriktiv gehandhabten Voraussetzungen eine Gesamtbeurteilung des Zeichens erfolgen. Bei den zwei letztgenannten Marken handelt es sich im Gegensatz zur strittigen Wortmarke CONCEPT+ um Wort-/Bildmarken, weshalb sie aus methodischer Sicht als taugliche Vergleichsobjekte ausscheiden. Bei Wort-/Bildmarken kann der Zusammenhang unter den einzelnen Buchstaben loser sein als bei reinen Wortmarken (Urteil des BVGer B-2768/2013 vom 2. September 2014 E. 3.3 *e contrario* "SC Studio Colletti"). Dieser Unterschied zeigt sich exemplarisch an der beigebrachten Vergleichsmarke "zerorh+ (fig.)". In Abgrenzung zum Wort "zero" wurde die Abkürzung für Rhesus positiv "rh+" in einer kontrastierenden Farbschattierung und in Fettschrift gesetzt. Insgesamt enthält das Zeichen dadurch eine

unmittelbar verständliche Aussage über die AB0-Blutgruppe und den Rhesus-Faktor. Überdies reicht das Hinterlegungsdatum mehr als acht Jahre zurück, weshalb sich die fragliche Marke nicht eignet, die aktuelle Eintragungspraxis des IGE widerzuspiegeln (Urteil des BVGer B-3296/2009 vom 16. Februar 2010 E. 4 "Uno Virginia Slims [fig.]"). Bei der Wort-/Bildmarke Nr. 555648 "++PLUSPLUS++ (fig.)" vermag die dominierend eingeschobene Wortinterpretation "PLUSPLUS" eine Verwechslungsgefahr mit dem geschützten Zeichen auszuschliessen. Die vier Pluszeichen werden in Analogie zur behandelten Ausnahme unter dem NZSchG kontextuell vollständig eingebettet, so dass ihre Erkennbarkeit als geschütztes Zeichen untergeht, bzw. ihre Deutung als verwechselbares Kreuz ausser Betracht fällt.

Kreuze, die den geschützten Zeichen in Form und Farbe sehr ähnlich sind, werden durch diese restriktive Eintragungspraxis dem Verkehr nicht grundsätzlich entzogen. Sie können die Eintragungsfähigkeit auch erlangen, wenn sie beispielsweise als mathematisches Additionszeichen für technische Geräte oder als Symbol für positive elektrische Ladung verstanden werden (MARBACH, SIWR III/1, S. 195). Die IR-Wortmarke Nr. 691908 "1+1" wird ohne weiteres als mathematische Addition aufgefasst. Unter den gleichen Ausnahmetatbestand fällt die als Vergleichsmarke herangezogene IR-Wortmarke Nr. 1124902 "EasySept Hydro+". Bei dieser zusammengesetzten Marke ist der Bestandteil "Hydro" unschwer als Wortfragment des Begriffes "Hydronium" (Wasserstoff [H+]) zu erkennen. Das Zeichenelement wird in diesem Kontext nicht als Kreuz, sondern als chemisches Symbol wahrgenommen.

**7.3** Im Ergebnis lässt sich auf Grundlage der beigebrachten Beweisofferten keine Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs begründen. Unbeschadet dieses Ergebnisses und selbst wenn das IGE eine kleine Anzahl ähnlicher Marken irrtümlich eingetragen hätte, so vermöchten diese wenigen Einzelfälle nichts am Grundsatz des Vorrangs der Rechtmässigkeit gegenüber der Gleichbehandlung zu ändern (vgl. Urteil des BVGer B-3296/2009 E. 4 "Uno Virginia Slims [fig.]"). Eine Gleichbehandlung im Unrecht wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise und unter der Voraussetzung anerkannt, dass eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt (BGE 135 III 648 E. 4 "Unox [fig.]"; Urteil des BVGer

B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 9.1 "Chocolat Pavot I [fig.]"). Nach der oben dargelegten Beweiswürdigung fällt eine ständige bundesrechtswidrige Praxis der Vorinstanz ausser Betracht.

**7.4** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz der internationalen Registrierung Nr. 1012062 CONCEPT+ für sämtliche beanspruchten Warenklassen zu Recht die Schutzausdehnung auf die Schweiz verweigerte. Die Beschwerde ist demnach als unbegründet abzuweisen.

## **8.**

**8.1** 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. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). 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 "Turbinenfuss"). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigen Wert der internationalen Registrierung Nr. 1012062. Die aufgrund vorgenannter Kriterien auf Fr. 2'500.– festzusetzenden Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**8.2** Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. Abs. 1 und 3 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auf-  
erlegt. Zur Bezahlung der Verfahrenskosten wird nach Eintritt der Rechts-  
kraft der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von  
Fr. 2'500.– verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1012062 – CONCEPT+; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Katharina Niederberger

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bun-  
desgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden  
(Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache  
abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Be-  
weismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid  
und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat,  
beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 1. November 2016