Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3458/2010

Urteil vom 15. Februar 2011

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

Parteien

G._____,
vertreten durch Schaad Balass Menzl & Partner AG,
Dufourstrasse 101, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 50657/2008 - GAP.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin ersuchte am 17. Januar 2008 um Schutz für die Wortmarke GAP für die folgenden Waren der Klasse 28:

> "Spiele, Spielzeug einschliesslich Hundespielzeug; Plüschtiere, Badespielzeug; Schaukeln; Kinderbetten-Mobiles (Spielzeug); Übungssitze für Babies zum Hochspringen; Untertassen und Unterteller für Kleinkinder; Rasseln; Kinderspielzeug enthaltende Spielmatten."

B.
Mit Schreiben vom 9. Mai 2008 machte die Vorinstanz geltend, "gap" sei das englische Wort für Lücke, was in Verbindung mit den beanspruchten Waren keine direkte Relevanz habe. "Gap" sei aber auch der Name einer Stadt in Frankreich mit 40'000 Einwohnern. Aufgrund ihrer Grösse und Wirtschaftskraft komme diese als Herkunftsort der beanspruchten Produkte in Frage. Wegen ihrer Lage und ihrer touristischen Attraktionen könne davon ausgegangen werden, dass die Stadt einem wesentlichen Teil der schweizerischen Bevölkerung bekannt sei. Deshalb müsse das Zeichen als Herkunftsangabe im Sinne von Art. 47 des Markenschutzgesetzes (MSchG) aufgefasst werden. Als solche stelle es eine direkt beschreibende Angabe und demzufolge Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG dar und sei zudem gemäss Art. 2 Bst. c MSchG für Waren nicht französischer Herkunft irreführend.

C.
Die Beschwerdeführerin bestritt mit Schreiben vom 10. Juli 2008 - das mehrere Eintragungsgesuche für das Zeichen GAP betraf -, dass das Zeichen zum Gemeingut gehöre oder irreführend sei. Sie verwies darauf, dass seit 1990 insgesamt 19 Marken mit dem Wort GAP oder Kombinationen hiervon angemeldet und erneuert worden seien. Allen sei der Schutz gewährt worden. Bei der Markeninhaberin handle es sich um den grössten US-amerikanischen Bekleidungseinzelhändler, der weltweit Leader in der Prêt-à-Porter-Kleiderbranche mit den Marken GAP, BANANA REPUBLIC und OLD NAVY geworden sei. Allein aufgrund der früheren Eintragungen und der Bekanntheit der Marke und Firma GAP sei die Schutzverweigerung nicht gerechtfertigt. Hinzu komme, dass die Stadt "Gap" eine Ortschaft im französischen Département Hautes-Alpes sei. Sie sei in Hinblick auf ihre Lage in den Alpen nicht als Industrieort für Kleiderherstellung oder die dazu gehörenden Bekleidungsaccessoires bekannt und habe auch keinen Namen als Ski- oder Wintersportort, wie

z.B. Albertville oder Val d'Isère. Von der Annahme, dass der Ort einem wesentlichen Teil der schweizerischen Bevölkerung bekannt sei, könne daher nicht ausgegangen werden.

D.
Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 10. Oktober 2008 - das wiederum mehrere Eintragungsgesuche betraf - an der Zurückweisung aufgrund von Art. 2 Bst. a und c MschG fest. Sie führte insbesondere aus, "gap" sei das englische Wort für "Lücke" und gehöre dem Grundwortschatz an, so dass seine Verständlichkeit ohne weiteres vorausgesetzt werden könne. Die Stadt Gap in Frankreich stehe aufgrund ihrer Grösse und ihrer Rolle als Etappenort der Tour de France, einem Sportereignis mit enormer Medienpräsenz, ebenfalls im Blickfeld des Schweizer Abnehmers. Es sei deshalb davon auszugehen, dass Gap einem wesentlichen Teil der Schweizer Bevölkerung als geografische Angabe bekannt sei. Gap müsse nicht als Herstellungsort wahrgenommen werden, eine Gedankenverbindung mit Frankreich genüge. Die erwähnten Voreintragungen seien zum grössten Teil älteren Datums und würden die aktuelle Praxis nicht wiederspiegeln. Ferner könne sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen, schon weil es sich um Eintragungen der Markenhinterlegerin handle.

E.
Mit Schreiben vom 16. April 2009 - wiederum betreffend mehrere Eintragungsgesuche - nahm die Beschwerdeführerin Stellung und bestritt die Schutzverweigerung aufgrund von Art. 2 Bst. a und c MschG. Sie erklärte insbesondere, geografische Bezeichnungen hätten nicht in jedem Fall Gemeingutcharakter und verwies diesbezüglich auf BGE 128 III 454 E. 2.1.1 ff. *Yukon.* Das Wort "gap" könne mehrere Bedeutungen haben, nämlich als englischer Begriff für "Lücke", als Name einer französischen Stadt und als weltweit bekanntes und geschätztes Unternehmenskennzeichen der Markenanmelderin Gap Inc. Zur Stadt Gap sei festzustellen, dass sie in der Region Provence-Alpes Côte d'Azur liege. Diese Region sei zwar eine beliebte Touristenregion. Die Stadt Gap sei jedoch bei der schweizerischen Bevölkerung weitgehend unbekannt. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass Gap in der Vergangenheit mehrmals Etappenort der Tour de France gewesen sei. Diesbezüglich dürfte dem interessierten Publikum vor allen der anspruchsvolle Anstieg zum Etappenziel Alpe d'Huez bekannt sein. Von welchen Ort aus die Etappe gefahren würde, dürfte wenig bekannt sein, zumal diese Strecke

zur Alpe d'Huez nicht bei jeder Tour de France gefahren werde und nur in wenigen Fällen von der Stadt Gap gestartet worden sei. Es handle sich bei Gap um eine französische Kleinstadt mit ungefähr 39'000 Einwohnern. Sie sei weder landschaftlich speziell gelegen, noch verfüge sie über Sehenswürdigkeiten von überregionaler Bedeutung. Im Gegensatz zu anderen Städten dieser Region habe sich Gap auch nicht als Tourismusort etabliert. Auch als Produktionsort der in Frage kommenden Waren habe die Stadt beim schweizerischen Durchschnittsabnehmer keinerlei Bedeutung. Dagegen geniesse das Zeichen GAP als Marke seit vielen Jahren und weltweit einen sehr hohen Bekanntheitsgrad. Gemäss dem Wirtschaftsmagazin "Business Week" sei GAP in den Jahren 2001 bis 2008 jeweils unter den Top 100 Marken aufgeführt gewesen. Die Markenanmelderin betreibe in der Schweiz zwar keine Ladengeschäfte. Trotzdem sei die Marke bei schweizerischen Konsumenten sehr beliebt. In den Jahren 2002 bis 2008 seien jährliche Umsätze in der Höhe von US$ 2'160'000 bis 3'900'000 allein mit schweizerischen Kreditkarteninhabern erzielt worden. Die Markeninhaberin sei vor allem auch im angrenzenden Ausland, nämlich in Frankreich und Deutschland, stark präsent. Zudem schalte die Markenanmelderin regelmässig Werbeinserate in bedeutenden internationalen Magazinen wie VOGUE, ELLE, COSMOPOLITAN, MARIE CLAIRE, AMICA, STERN, IN STYLE usw., welche auch in der Schweiz sehr beliebt seien und eine grosse Leserzahl hätten. Aufgrund des überdurchschnit-tlich hohen Bekanntheitsgrads der Marke GAP stehe diese Wahrnehmung des Zeichens deutlich im Vordergrund. Daneben werde das Zeichen von den schweizerischen Konsumenten allenfalls noch im Sinne des dem englischen Grundwortschatz zuzurechnenden Wortes für "Lücke" wahrgenommen. Das Zeichen GAP sei zudem mehrfach sowohl als französische wie auch als EU-Gemeinschaftsmarke ohne Einschränkungen eingetragen worden.

F.

Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe vom 17. Juli 2009 die Abweisung der Beschwerde aufgrund von Art. 2 Bst. a und c MSchG. Sie hielt an ihrer Auffassung fest. Sie wies darauf hin, dass die Stadt Gap in der Brockhaus Enzyklopädie als Verkehrsknotenpunkt, Luftkurort, Bischofssitz und Stadt mit vielseitiger Industrie beschrieben werde. Ausserdem liege sie relativ nahe der Schweiz und in einem Gebiet, den französischen Alpen, welches erfahrungsgemäss ein beliebtes Reiseziel für Schweizer und gleichzeitig ein Durchgangsgebiet nach dem ebenfalls beliebten Südfrankreich sei. Selbst wenn Gap nicht immer Etappenort der

Tour de France sei, sei doch aufgrund der enormen Aufmerksamkeit, welche dieses Radrennen auch bei nicht Sportbegeisterten geniesse, mit einem Wiedererkennungseffekt zu rechnen. Bei einem wesentlichen Teil der schweizerischen Durchschnittsabnehmer sei der Name der Stadt Gap im passiven Gedächtnis verankert, was genügender Anhaltspunkt sei. Als Name dieser Stadt stelle das Zeichen eine mögliche geografische Herkunftsbezeichnung dar. Die eingereichten Belege zum Nachweis der Bekanntheit der Marke würden Waren der Klasse 25 und nicht die hier beanspruchten Produkte betreffen. Ausserdem sei kein Antrag auf Eintrag einer durchgesetzten Marke gestellt worden. Bezüglich einer "secondary meaning" würden die eingereichten Beweismittel keine Elemente enthalten, welche eine nicht geografische Interpretation des Zeichens klar in den Vordergrund rücken würden. Generell sei der Nachweis einer "secondary meaning" zwar mittels Belegen möglich, doch müsse in jedem Fall nicht nur nachgewiesen werden, dass das Zeichen tatsächlich eine nicht geografische Bedeutung erlangt habe, sondern auch dass diese in Verbindung mit den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen für die betroffenen Verkehrskreise derart im Vordergrund stehe, dass eine Täuschungsgefahr praktisch ausgeschlossen sei (unter Hinweis auf BGE [ohne Angabe] III *Budweiser*). Im Weiteren stehe der Zulassung immer noch das Freihaltebedürfnis entgegen. Aus den Angaben betreffend Einkäufe schweizerischer Kreditkartenbesitzer lasse sich kein Markengebrauch in der Schweiz ableiten. Es sei nicht ersichtlich, ob sich die Umsatzzahlen auf einen wesentlichen Teil der Schweizer Bevölkerung oder nur einen kleinen Teil der Fans der Marke verteilen würden und ob die Käufe überhaupt die vorliegend beanspruchten Waren betreffen würden. Ein schlüssiges Bild betreffend der Marke GAP in der Schweiz ergebe sich dadurch nicht. Ausländische Eintragungen hätten keine präjudizielle Wirkung und auf die Frage der Gleichbehandlung mit Voreintragungen in der Schweiz sei bereits eingegangen worden.

G.
Die Beschwerdeführerin ersuchte am 12. Januar 2009 um eine beschwerdefähige Verfügung.

H.
Mit Kurzverfügung vom 13. April 2010 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch Nr. 50657/2008 GAP für alle beanspruchten Waren zurück. Sie verwies dabei auf die Erwägungen in ihren bisherigen Schreiben.

I.

Mit Beschwerde vom 12. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 13. April 2010 betreffend das Markeneintragungsgesuch Nr. 50657/2008 GAP und die Eintragung der Marke im schweizerischen Markenregister. Sie ging davon aus, dass, mit Ausnahme von "Hundespielzeug", die Marke sich vor allem an ein jüngeres Publikum, an Kinder sowie Eltern von Babys und Kindern bis ca. 13 Jahre, wende. Der Altersbereich der massgeblichen Konsumenten liege demnach bei Personen bis ca. 45 Jahre. Sie verwies darauf, dass das Wort "gap" mehrere Bedeutungen haben könne: als englische Bezeichnung für "Lücke", wobei das Wort dem Grundwortschatz zugerechnet werden könne, als Name einer französischen Stadt, als Abkürzung für "Government Accountability Project" oder "Gemeinsame Agrarpolitik" der Europäischen Union, nicht zuletzt aber auch als weltweit bekanntes und geschätztes Unternehmenskennzeichen der Markenanmelderin Gap Inc. Die Stadt Gap dürfte den massgeblichen Konsumenten in der Schweiz nicht bekannt sein und nicht als geografische Herkunftsangabe wahrgenommen werden. Auch wenn die Stadt Gap in einer beliebten Touristenregion liege, habe die Gemeinde Gap als solche keine wesentliche touristische Bedeutung. Hätte der Ort auch nur marginale touristische Bedeutung hätte die Vorinstanz sicher mehr Material dazu gefunden. Bei namhaften schweizerischen Internet-Reiseportalen (www.holidaycheck.ch, www.tripadvisor.ch mit automatischer Umleitung auf die .de-Seite) seien nur zwei Sehenswürdigkeiten erwähnt, der 25 km entfernte See Lac de Serre-Ponçon und ein 45 km entferntes Bergdorf, La Joue du Loup. Die Hinweise würden zudem nicht von Schweizer Usern stammen. Auch in Bezug auf Hotelbewertungen gebe es nur sehr wenige User-Bewertungen auf den genannten Portalen (HolidayCheck: 4 zu 3 Hotels, Tripadvisor: 14 zu 5 Hotels). In den Medien werde Gap kaum erwähnt. In den online-Archiven des Tagesanzeigers, des Blicks und 20 Minuten sei die Suche erfolglos geblieben. Einzig das Archiv der NZZ verzeichne zum Stichwort "gap" für den Zeitraum von Januar 2001 bis April 2010 288 Treffer, wobei nur 42 die Stadt Gap betreffen würden, davon 36 im Zusammenhang mit der Tour de France, die im Übrigen nicht jedes Jahr durch den Ort führe. Aufgrund der geringen touristischen Bedeutung und geringen medialen Präsenz in der Schweiz, der Tatsache, dass es sich um eine Kleinstadt handle und der Ort auch landschaftlich nicht über eine spezielle Lage verfüge, sei davon auszugehen, dass Gap nur einem unerheblichen Teil der massgeblichen Konsumenten in der Schweiz als geografische Angabe bekannt sei. Sollte dies bezweifelt

werden, werde um entsprechende Information ersucht, so dass allenfalls die Frage einer Verkehrsbefragung diskutiert und eine solche durchgeführt werden könne. Die grundsätzliche Bereitschaft zur Durchführung einer Verkehrsbefragung werde hiermit bekundet. Zur Bedeutung der Marke "GAP" verwies die Beschwerdeführerin darauf, dass diese im Magazin "Business Week", das auch in der Schweiz erhältlich und stark beachtet werde, in den Jahren 2001 bis 2008 jeweils unter den Top 100 Marken aufgeführt worden sei. Obwohl die Markenanmelderin in der Schweiz keine eigenen Ladengeschäfte betreibe, geniesse die Marke auch in der Schweiz einen hohen Bekanntheitsgrad. Allein in den Jahren 2002 bis 2008 seien - vor allem mit Bekleidung - Umsätze von 2 bis 4 Millionen pro Jahr mit schweizerischen Kreditkarteninhabern erzielt worden. Zudem seien regelmässige ganz- oder mehrseitige Inserate in internationalen, auch in der Schweiz sehr beliebten Magazinen wie VOGUE, ELLE, COSMOPOLITAN, MARIE CLAIRE, AMICA, STERN, IN STYLE erschienen und es gebe auch online-Portale. Die Verwendung als Marke oder die Bedeutung als "Lücke" stehe im Vordergrund. Das massgebliche Publikum nehme GAP deshalb als Fantasiezeichen oder als Unternehmenskennzeichnung der Beschwerdeführerin wahr. Verwiesen wurde ebenfalls auf die bisherigen Eintragungen in der Schweiz. Das Zeichen sei weder irreführend noch beschreibend. Ein Freihaltebedürfnis bestehe ebenfalls nicht. Das Bundesgericht habe entschieden (mit Hinweis auf BGE 117 II 327 E. 2b *Montparnasse*), dass jedes Land die Freihaltebedürftigkeit seiner geografischen Namen am besten in eigener Verantwortung beurteile (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der RKGE und des Bundesverwaltungsgerichts). Im französischen Markenregister und im Register der EU-Gemeinschaftsmarken fänden sich mindestens 21 aktive Marken mit dem Bestandteil GAP, davon 14 reine Wortmarken GAP und mindestens 5 der Marken für die Klasse 28 ohne Einschränkung auf eine französische Herkunft.

J.

Mit Vernehmlassung vom 2. August 2010 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde gestützt auf Art. 2 Abs. a und c MSchG. Sie verwies auf ihre bisherigen Schreiben namentlich vom 9. Mai und 10. Oktober 2008 sowie 17. Juli 2009 und die dortigen Argumente. Betreffend der massgeblichen Verkehrskreise bestritt sie die Altersgrenze bezüglich der Mehrzahl der Waren, da auch ältere Personen diese erwerben würden. Sie ging erneut davon aus, dass die französische Stadt Gap einem nicht unerheblichen Teil der schweizerischen

Durchschnittskonsumenten bekannt sei. Gap sei Verkehrsknotenpunkt, Luftkurort, Bischofssitz und beheimate eine vielseitige Industrie. Zu den unmittelbaren Eigenschaften des Ortes wie Grösse, Lage, Entfernung zur Schweiz komme die Eigenschaft als Etappenstadt der Tour de France, über welche in der Schweiz ausführlich Bericht erstattet werde. Die Möglichkeit, dass die beanspruchten Waren in dieser Stadt hergestellt würden, bestehe. Die Bekanntheit des Unternehmens Gap Inc. in der Schweiz sei unbeachtlich. Die originäre Unterscheidungskraft werde vor Aufnahme des Markengebrauchs gemessen. Im Verfahren stehe nicht die Beurteilung eines Unternehmenskennzeichens in Frage. Die Beschwerdeführerin habe die Bekanntheit der Bezeichnung GAP nicht auf die Waren der Klasse 28 bezogen. Entsprechend sei auch kein Antrag auf Prüfung als durchgesetzte Marke gestellt. Die mögliche Unbekanntheit einer Bezeichnung würde im Übrigen das Freihaltebedürfnis nicht entfallen lassen. Es wäre möglich, dass die entsprechenden Waren in Gap hergestellt würden. Es gebe keinen Hinweis, dass die schweizerischen Durchschnittskonsumenten beim Begriff "gap" eher an das englische Wort für "Lücke" denken. Direkte Herkunftsangaben würden die geografische Herkunft eines Produkts eindeutig beschreiben und seien deshalb Gemeingut und freihaltebedürftig. Die Vorinstanz nahm weiter zu der Bedeutung der bisherigen Eintragungen in der Schweiz - wobei auf die Praxisänderung verwiesen wurde - und im Ausland Stellung.

K.

Mit Eingabe vom 24. Januar 2011 verwies die Beschwerdeführerin auf den Eintragung der CH-Marke Nr. 609090 GAPWATCH ohne Einschränkung in Bezug auf die geografische Herkunft der beanspruchten Waren und dies zwei Monate nach der definitiven Zurückweisung des hier zur Diskussion stehenden Markeneintragungsgesuchs. Das Wort "watch" zähle zum englischen Grundwortschatz und werde von den Konsumenten im Sinne von "beobachten" oder "Armbanduhr" verstanden. Im Zusammenhang mit den unter anderem beanspruchten Waren (Zeit-) Messapparate und Instrumente in der Klasse 9 trete die Bedeutung "Armbanduhr" klar in den Vordergrund. Für die Wortkombination GAPWATCH dränge sich deshalb keine andere Bedeutung von "gap" auf als bei der Marke GAP. In Anbetracht der bisherigen Praxis und der späteren Eintragung des Zeichen GAPWATCH sei die vorliegende Zurückweisung willkürlich und unbegründet. Deshalb und auch gestützt auf den

Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 BV sei die Beschwerde gutzuheissen.

L.
Die Vorinstanz hielt in einer Stellungnahme vom 3. Februar 2011 an der Abweisung der Beschwerde fest. Sie führte aus, im vorliegenden Fall seien keine Umstände ersichtlich, wonach der Durchschnittskonsument beim Zeichen GAP im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Waren eher an die Bedeutung von "Lücke" denken sollte. Das Zeichen enthalte keine weiteren Elemente. Anders verhalte es sich bei der von der Beschwerde aufgeführten Marke GAPWATCH. Diese enthalte ein weiteres Element, das zum englischen Grundwortschatz gehöre und folglich in der Schweiz als bekannt vorauszusetzen sei. Eine Marke sei aber nach dem Gesamteindruck zu beurteilen. Da eine Bedeutung des grundsätzlich mehrdeutigen Begriffs "gap" unbestrittenermassen jene des englischen Wortes für "Lücke" sei, könne das Anfügen eines weiteren englischen Wortes dieses Verständnis in den Vordergrund rücken und folglich dazu führen, dass diese nicht geografische Bedeutung im Gesamteindruck näher liege. Die Zeichen seien deshalb nicht vergleichbar. Im Weiteren gehörten Uhren und Zeitmessinstrumente, namentlich Armbanduhren, in die Klasse 14. Die angeführte Marke sei aber nur für Waren der Klassen 7 und 9 geschützt und beanspruche keinen Schutz für Zeitmessinstrumente.

M.
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien und die zahlreichen eingereichten Beweismittel wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

N.
Auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung wurde stillschweigend verzichtet.

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. 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.

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).

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.

4.

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.

> **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 Irreführungsgefahr 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.).

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).

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).

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*).

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 verblassen 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*).

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*).

5.

5.1. In einem ersten Schritt sind die relevanten Verkehrskreise zu bestimmen.

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.

6.

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

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 Irreführungsgefahr beeinflussen können bzw. aufgrund derer das Zeichen zum Gemeingut zu zählen ist, und die Frage, ob an ihm ein Freihaltebedürfnis besteht.

6.3.

6.3.1. Wie die Vorinstanz feststellt, ist Gap eine Stadt in Frankreich. Diese liegt in der Region Provence-Alpes-Côte d'Azur im Departement 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.

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.

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.

6.4. "Gap" hat zudem noch weitere Bedeutungen.

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.

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 Accoutability 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).

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

Auslandaufenthalts 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.

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.

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*).

8.

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.

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

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 Spielmatten" zu gewähren.

10.

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.

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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 13. April 2010 wird aufgehoben und die Vorinstanz wird angewiesen, der Marke Nr. 50657/2008 GAP den Schutz für die 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" der Klasse 28 zu gewähren.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
– Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli Beatrice Brügger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 23. Februar 2011