Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1223/2010
{T 0/2}

Urteil vom 7. Dezember 2010

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richter Bernard Maitre,
Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Marc Hunziker.

Parteien

S._____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Eugen Marbach,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 00413/2008 TOURBILLON (fig.).

Sachverhalt:

A.
Am 10. Dezember 2007 (Gesuchsnummer 63993/2007) hinterlegte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz die Wort-/Bildmarke TOUR-BILLON (fig.), welche sich wie folgt präsentiert:

Dabei beanspruchte sie für die folgenden Waren und Dienstleistungen Markenschutz:

Klasse 14: Métaux précieux et leurs alliages et produits en ces matières ou en plaqué compris dans cette classe, joaillerie, bijouterie, pierres précieuses, horlogerie et instruments chronométriques.

Klasse 35: Vente au détail de produits horlogers et de bijouterie, vente au détail par les biais de réseaux globaux d'ordinateurs (Internet) de produits horlogers et de bijouterie.

Klasse 37: Réparation et entretien de produits horlogers et de bijouterie.

B.
Mit Schreiben vom 4. Januar 2008 beanstandete die Vorinstanz die Markenanmeldung mit der Begründung, die betroffenen Verkehrskreise erkennten in ihr ohne Gedankenarbeit einen Fachbegriff der Uhrenbranche und dessen grafische Darstellung. Das Zeichen stelle deshalb im Zusammenhang mit einem Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine direkt beschreibende bzw. anpreisende Angabe dar.

C.
Mit Stellungnahme vom 4. Februar 2008 bestritt die Beschwerdeführerin den Gemeingutcharakter ihrer Markenanmeldung. Bei der Grafik handle es sich um eine stilisierte Abbildung eines Tourbillons, welchem als solches weder mangelnde Unterscheidungskraft noch Freihaltebedürftigkeit zukomme, was denn auf das Zeichen in seiner Gesamtheit umso mehr zutreffe.

D.
Mit Schreiben vom 31. März 2008 hielt die Vorinstanz an ihrer Zurückweisung fest. Die Abbildung des Tourbillons weiche nicht genügend von den üblichen Darstellungsweisen ab, um als Hinweis auf eine betriebliche Herkunft wahrgenommen zu werden. Zudem bestehe eine Irreführungsgefahr, handle es sich doch beim Markenbestandteil TOURBILLON um den Namen des Schlosses, des Fussballstadions sowie eines Hügels von Sitten.

E.
Mit Eingabe vom 29. April 2008 beantragte die Beschwerdeführerin die Teilung der Markenanmeldung und die Abtrennung der Waren der Klasse 14. Die verbleibenden Dienstleistungsklassen 35 und 37 seien wie folgt einzuschränken:

Klasse 35: Vente au détail de bijouterie, de montres, chronomètres, horloges et pendules; vente au détail par les biais de réseaux globaux d'ordinateurs (Internet) de bijouterie, de montres, chronomètres, horloges et pendules.

Klasse 37: Réparation et entretien de bijouterie, de montres, chronomètres, horloges et pendules.

F.
Die Vorinstanz kam der Beschwerdeführerin am 26. Mai 2008 mit Eintragung der Schweizer Marke Nr. 571985 für die eingeschränkten Dienstleistungen hinsichtlich ihres Antrages auf Teilung des Gesuchs nach. Die beanspruchten Waren der Klasse 14 wurden in das Markeneintragungsgesuch Nr. 413/2008 überführt.

G.
Mit Stellungnahme vom 2. Oktober 2008 bezweifelte die Beschwerdeführerin die Bekanntheit von TOURBILLON als geographischer Name. Zudem würde niemand ernsthaft erwarten, dass die fraglichen Produkte im Schloss, auf dem Berg oder im Fussballstadion bzw. in deren Nähe produziert würden, weshalb der Markenbestandteil nicht als Hinweis auf die Herkunft des Produktes verstanden werde. Im Übrigen seien einige Schweizer Marken mit dem Bestandteil TOURBILLON ohne Einschränkungen auf Waren schweizerischer Herkunft eingetragen worden.

H.
Mit Schreiben vom 2. Dezember 2008 liess die Vorinstanz den Zurückweisungsgrund der Zugehörigkeit zum Gemeingut fallen, könne

dem Zeichen doch ein Minimum an Kennzeichnungskraft zugesprochen werden. Dagegen stelle die Bezeichnung TOURBILLON eine indirekte Herkunftsangabe für die Stadt Sion dar, wobei aufgrund der seitens des Kantons Wallis betriebenen Werbung mittels des Hügels und des Schlosses von der Bekanntheit des Begriffs ausgegangen werden dürfe.

I.
Mit Stellungnahme vom 6. April 2009 brachte die Beschwerdeführerin vor, dass der Durchschnittsabnehmer von Uhren in TOURBILLON eine Fachbezeichnung und keine Herkunftsangabe erblicke, zumal letztere nicht bekannt sei und selbst bei denjenigen, welche die geografische Angabe kennten, keine Herkunftserwartung ausgelöst würde, sei doch der Hinweis auf ein Hügel oder ein Schloss nicht geeignet, eine solche Vorstellung zu erwecken.

J.
Mit Verfügung vom 26. Januar 2010 verweigerte die Vorinstanz dem Markeneintragungsgesuch Nr. 413/2008 TOURBILLON (fig.) vollumfänglich die Eintragung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass TOURBILLON als indirekte Herkunftsangabe aufgefasst werde, wobei von einer weitläufigen Bekanntheit des Hausberges und Wahrzeichens von Sion ausgegangen werden müsse und die Stadt für die Produktion von Uhren sehr wohl geeignet sei, weshalb auch der Ausnahmetatbestand der sachlichen Unmöglichkeit der Herstellung nicht vorliege.

K.
Mit Eingabe vom 26. Februar 2010 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragte, die Verfügung vom 26. Januar 2010 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Marke gemäss Markeneintragungsgesuch Nr. 413/2008 ohne Einschränkungen oder eventualiter mit Einschränkung auf Waren schweizerischer Herkunft im Markenregister einzutragen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, dass TOURBILLON eine Doppelbedeutung zukomme. Es handle sich einerseits um einen Sachbegriff aus der Uhrenindustrie und andererseits um den Namen einer Burgruine bzw. des entsprechenden Burghügels oberhalb von Sion sowie des örtlichen Fussballstadions. Ob eine Herkunftsangabe vorliege beurteile sich nicht abstrakt, sondern im Hinblick auf die

konkret beanspruchten Waren. Im Zusammenhang mit Waren der Klasse 14 sei naheliegend, dass der Konsument im Terminus TOURBILLON den gleichnamigen Uhrwerkstypus erkenne, zumal dieser Sachzusammenhang durch das Bildelement noch zusätzlich hervorgehoben werde. Dagegen sei ein herkunftsbezogenes Verständnis äusserst unwahrscheinlich.

L.
Mit Vernehmlassung vom 14. Juni 2010 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei im Hauptpunkt vollumfänglich abzuweisen bzw. im Eventualpunkt gutzuheissen, beides unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Sie verwies auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Ergänzend brachte sie im Wesentlichen vor, dass eine Mehrdeutigkeit des Begriffs TOURBILLON von vornherein einzig in Zusammenhang mit Uhren und Chronometern, nicht aber bei anderen Schmuckwaren sowie bei unverarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen, vorliegen würde. Auch stehe die Bedeutung "Uhrwerk" nur für einen sehr kleinen Teil der Abnehmer, höchstens für Fachkreise, im Vordergrund. Im Übrigen beeinflusse das Bildelement das Verständnis nicht, kenne doch der grösste Teil der massgebenden Verkehrskreise den Uhrenbestandteil nicht.

M.
Mit Replik vom 3. September 2010 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Zur Begründung führte sie aus, dass vorliegend die beiden Erfahrungssätze, wonach Sachbezeichnungen sachlich verstanden und geografische Begriffe Herkunftserwartungen assoziieren würden, kollidierten. Diesfalls sei jede schematische Lösung unzulässig und es könne nicht nach dem Raster vorgegangen werden, wie er im Zusammenhang gewöhnlicher Herkunftsangaben entwickelt worden sei. In Verbindung mit Waren der Klasse 14 stehe ein sachliches Verständnis von TOURBILLON im Vordergrund, was durch das Bildelement der Marke zusätzlich unterstrichen werde.

N.
Mit Duplik vom 30. September 2010 bekräftigte die Vorinstanz ihre Rechtsbegehren. Zur Begründung machte sie geltend, dass bei Mehrdeutigkeit ein sachliches nicht generell über ein geografisches Verständnis gestellt werden dürfe, sondern im Einzelnen geprüft werden müsse, welche Betrachtung für den Abnehmer hinsichtlich der konkreten Waren im Vordergrund stehe. Vorliegend könnte ein sach-

liches Verständnis höchstens im Zusammenhang mit Uhrenbestandteilen dominieren, und dies auch nur für spezialisierte Fachkreise der Uhrenbranche. Es werde jedoch der Oberbegriff *horlogerie et instruments chronométriques* beansprucht. Für diesen und die übrigen beanspruchten Waren dürfe kein im Vordergrund stehendes sachliches Verständnis mehr angenommen werden, weshalb der geografische Sinngehalt massgebend bleibe.

O.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt.

Auf die Argumente der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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 Beschwerde wurde in der gesetzlichen Frist von Art. 50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) am 26. Februar 2010 eingereicht. Der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und durch den Entscheid beschwert (Art. 48 VwVG). Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Nach Art 2 Bst. c und Art. 30 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11) sind irreführende Zeichen vom Markenschutz und vom Eintrag in das Markenregister ausgeschlossen.

2.1 Ein Zeichen ist im Sinne dieser Bestimmungen 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 675 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 welche 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). Im ehemaligen Markenschutzgesetz vom 26. September 1890 (aMSchG) war das Verbot irreführender Zeichen im Schutzausschluss sittenwidriger Zeichen enthalten (Art. 3 Abs. 4 aMSchG; vgl. ERWIN MATTER, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939, S. 80 ff.). Auch im heutigen Gesetz bezweckt es, angesprochene Abnehmerkreise im Interesse eines sittlichen und anständigen Geschäftsgebahrens vor Täuschung zu bewahren oder einer solchen Täuschung zumindest nicht Vorschub zu leisten.

2.2 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 112 II 265 E. 2b *Alpina*, BGE 135 III 418 E. 2.1 *Calvi* mit weiteren Hinweisen). Während Art. 14 Ziff. 4 aMSchG darüber hinaus auch Marken mit ersonnenen geografischen Bezeichnungen vom Schutz ausgeschlossen hatte (vgl. BGE 98 Ib 191 E. 3 *Sheila diffusion*, BGer in PMMBl 18/1979 I 78 *René d'Aristide*), sind im geltenden Recht unrichtige geografische Angaben, zum Beispiel erkennbare Fantasiezeichen in Marken zulässig, falls sie das Publikum nicht irreführen (BGE 98 Ib 10 E. 3 *Santi deutsches Erzeugnis*). Es gilt darum als Erfahrungssatz, kann aber im Einzelfall widerlegt werden, dass die massgeblichen Abnehmerkreise einen geografischen Namen in einer Marke, falls sie ihn kennen, als Angabe für die Herkunft der damit be-

zeichneten Waren auffassen (BGE 135 III 419 E. 2.2 *Calvi*, BGE 97 I 80 E. 1 *Cusco*, BGE 93 I 571 E. 3 *Trafalgar*, BGer, 4A_508/2008 vom 10. März 2009 E. 4.2 *Afri-Cola*). Auch nach Art. 22 Ziff. 3 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994/TRIPS; SR 0.632.20) haben die Mitgliedstaaten die Eintragung einer Marke, die eine geografische Angabe enthält oder aus ihr besteht, für Waren, die ihren Ursprung nicht in dem angegebenen Gebiet haben, abzulehnen oder sie für ungültig zu erklären, wenn die Verwendung der Angabe in der Marke für solche Waren im betreffenden Mitgliedstaat geeignet ist, die Öffentlichkeit hinsichtlich des wahren Ursprungsorts irrezuführen. Allerdings erfasst dieser Begriff der geografischen Angabe nach TRIPS nur Angaben, die eine Ware als aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats oder aus einer Region oder aus einem Ort in diesem Hoheitsgebiet stammend kennzeichnen, sofern darüber hinaus eine bestimmte Qualität, ein bestimmter Ruf oder ein anderes bestimmtes Merkmal der Ware im Wesentlichen seinem geografischen Ursprung zuzuschreiben ist (Art. 22 Ziff. 1 TRIPS, vgl. auch Art. 18 Abs. 1 aMSchG). Ein solcher Ruf wird von Art. 2 Bst. c MSchG für das Vorliegen einer irreführenden Marke nicht vorausgesetzt (BGE 132 III 774 E. 3.1 *Colorado*).

2.3 Keine Herkunftserwartung ist anzunehmen, wenn die Marke von den massgebenden Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden wird, 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 421 E. 2.6 *Calvi*).

3.

Die Marke ist aus der Sicht der massgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen, dies aber nicht im Sinne einer vorausgesetzten Selbstverantwortung der Marktbeteiligten, sondern durch eine angemessene

Abwägung zur Verhinderung jeder nennenswerten Irreführungsgefahr im Einzelfall (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 9). Die Beurteilung der Marke ist darum eher nach der Wahrnehmung der schwächsten und irreführungsanfälligsten repräsentativen Gruppe von Verkehrsteilnehmern zu richten, die besser geschulten Kreise sind dabei aber nicht aus den Augen zu verlieren (restriktiver: ALEXANDER PFISTER, Die Absatzmittler als relevanter Verkehrskreis im Markeneintragungsverfahren, sic! 2009, S. 687). Die Beschwerdeführerin beansprucht für ihre Registrierung Schutz für eine Reihe von Waren der Klasse 14. Die zu einem weiten Teil dem Luxussegment zuzuordnenden Produkte richten sich nicht nur an Fachpersonen, wie Uhrmacher, Goldschmiede, Juweliere sowie Inhaber von Schmuckgeschäften und Bijouterien, sondern im hohen Masse auch an die Endabnehmer und somit an den Durchschnittskonsumenten. Die relevanten Verkehrskreise beschränken sich demnach nicht nur auf Fachkreise, wie dies etwa bei rezeptpflichtigen Medikamenten und Schulbüchern der Fall wäre, die ausschliesslich von Ärzten bzw. Lehrern ausgewählt werden (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, in: sic! 2007, S. 11). Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft des Zeichens als beschreibend ist deshalb vom Verständnis des Durchschnittskonsumenten auszugehen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1710/2008 vom 6. November 2008 E. 3.2 *Swistec*). Nach konstanter Rechtsprechung muss die geografische Angabe in ihrem Gesamteindruck geeignet sein, von einem "nicht unerheblichen Teil des Verkehrs" als Hinweis auf die geografische Herkunft aufgefasst zu werden (RKGE in sic! 2006, S. 769 *Off Broadway Shoe Warehouse [fig.]*, RKGE in sic! 2006, S. 587 *Fedex Europe First*, RKGE in sic! 2006, S. 275 *Die fünf Tibeter*, RKGE in sic! 2006, S. 40 *Würthphoenix [fig.]*, alle mit Verweis auf WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 226).

4.

Beim angemeldeten Zeichen handelt es sich um die Wortmarke TOURBILLON. Dieser Begriff steht im Französischen für masse d'air qui tournoie rapidement; mouvement tournant et rapide d'un fluide, ou de particules entraînées par l'air; tournoiement rapide; système matériel animé d'un mouvement de rotation; ce qui emporte, entraîne dans un mouvement rapide, irrésistible (Le Nouveau Petit Robert; Paris 2010; S. 2582f.). TOURBILLON lässt sich demnach mit Wirbel bzw. Luftwirbel, Strudel sowie Trubel übersetzen (Langenscheidt Handwörterbuch Französisch, Berlin und München 2006, S. 682). Daneben

kommt der Bezeichnung auch die Bedeutung einer Uhrenkomplikation zu, welche einen Fehler der Ganggenauigkeit aus dem Schwerkrafteinfluss auszugleichen versucht (http://uhrentechnik.vyskocil.de/43.0.html). Im Übrigen handelt es sich bei TOURBILLON um den Namen einer bei Sion gelegenen mittelalterlichen Festungsanlage bzw. deren Hügels sowie des sich in der Nähe befindenden Fussballstadions (http://www.infozentralschweiz.ch/schloss_tourbillon.htm bzw. http://www.fcsginfo.ch/stadionguide/stadion/6).

5.

5.1 Die Vorinstanz verneinte die Eintragungsfähigkeit des Zeichens im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Durchschnittsabnehmer den Begriff TOURBILLON in erster Linie mit der Stadt Sion in Verbindung bringe, weshalb eine Herkunftserwartung ausgelöst werde, welche eine Täuschungsgefahr berge. Dagegen sei ihm die Uhrenkomplikation nicht bekannt.

5.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass TOURBILLON als indirekte Herkunftsangabe verstanden werde. Eine solche Beurteilung dürfe nicht abstrakt erfolgen, sondern habe im Hinblick auf die konkret beanspruchten Waren zu geschehen. Vorliegend stehe deshalb die Sachbezeichnung klar im Vordergrund, zumal in Verbindung mit dem Bildelement jede Täuschungsgefahr entfalle.

5.3 Beim Markenelement TOURBILLON handelt es sich sowohl um eine Sachbezeichnung aus der Uhrmacherei als auch um einen geografischen Begriff.

5.3.1 Wie die Beschwerdeführerin korrekt ausführte, werden Sachbezeichnungen grundsätzlich sachlich verstanden und assoziieren geografische Begriffe in der Regel Herkunftserwartungen. Hingegen besteht zwischen den beiden Erfahrungssätzen keine eigentliche Kollision, handelt es sich doch bei den in BGE 128 III 454 E. 2.1 *Yukon* definierten sechs Fallgruppen um keine abschliessende Aufzählung, ist denn gemäss Bundesgericht "insbesondere" bei ihnen eine Herkunftserwartung zu verneinen. Auch darf es keine Rolle spielen, ob eine Herkunftsangabe zu einer Gattungsbezeichnung degeneriert ist oder ein Fall echter Mehrdeutigkeit vorliegt. Entscheidend ist einzig, ob der Abnehmer der Bezeichnung eine geografische Bedeutung zumisst oder nicht. In casu sind die verschiedenen Bedeutungen von TOURBILLON nicht erkennbar miteinander verwandt,

weshalb von einem Fall echter Mehrdeutigkeit ausgegangen werden muss. Das Bundesgericht hielt in BGE 135 III 416 E. 2.3 *Calvi* fest: "Lorsqu'un mot est susceptible de plusieurs significations, il faut rechercher celle qui s'impose le plus naturellement à l'esprit en tenant compte de la nature du produit en cause." Bei mehrdeutigen Zeichen gilt es demnach zu prüfen, ob kein anderer naheliegenderer Sinngehalt ohne geografischen Bezug vorliegt, der eine Herkunftserwartung in den Hintergrund rückt. (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5782/2008 vom 25. Februar 2009 E. 9 *Albino*).

5.3.2 Hinsichtlich des Verständnisses des Begriffs TOURBILLON durch den Durchschnittskonsumenten, von welchem in casu auszugehen ist (vgl. E. 3), lassen sich vier Varianten bilden. Entweder ist ihm keine, die eine oder die andere oder beide Bedeutungen des Markenbestandteils bekannt. Unproblematisch sind die Fälle, wo er weder die Sachbezeichnung noch den geografischen Begriff, nur die Sachbezeichnung oder beide Bedeutungen kennt, wobei bei der letzteren Variante das grafische Element eine allfällige Irreführungsgefahr beseitigen würde. Näher zu prüfen bleibt demnach, ob der Abnehmer, welcher einzig den geografischen Begriff kennt, in diesem eine Herkunftsbezeichnung erblickt bzw. diesen in Verbindung mit dem stilisierten Uhrenbestandteil als eine Anspielung auf Uhren aus der Region von Sion versteht, und falls ja, ob es sich dabei um einen nicht unbeachtlichen Teil des Abnehmerkreises handelt.

5.3.3 Der Abnehmer, welchem TOURBILLON als geografische Angabe, nicht jedoch als Sachbezeichnung bekannt ist, dürfte im Begriff entweder ein Fantasiezeichen mit der Bedeutung "Wirbel", "Strudel" bzw. "Trubel" oder eine Herkunftsbezeichnung erblicken. Der Vorinstanz kann demnach beigepflichtet werden, dass letzteres Verständnis nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. Dagegen unterschätzt sie die Bekanntheit des Begriffs aus der Uhrmacherei. So geniessen Uhren mit der besagten Komplikation, welche zumeist infolge einer Aussparung im Zifferblatt von Aussen sichtbar ist, ein hohes Prestige und sind regelmässig Gegenstand von Lifestyle-Reportagen. Sie sind deshalb nicht nur der typischen Käuferschicht bekannt, zumal ausländische Hersteller bereits einfache Modelle ausserhalb des Luxussektors anbieten. Ausserdem betreibt die Beschwerdeführerin unter dem Namen TOURBILLON eine Kette von Uhrengeschäften im In- und Ausland (www.tourbillon.com) und existiert ein gleichnamiges Schweizer Uhren- und Lifestyle-Magazin

(www.tourbillon-magazin.ch). Auch wenn dem Durchschnittsabnehmer die Funktionsweise der Uhrenkomplikation unbekannt ist, so dürfte er den Begriff TOURBILLON mehrheitlich in Verbindung zu Zeitmessern bringen, was umso mehr gilt, als die stilisierte Abbildung des Uhrenbestandteils seine Gedanken in die richtigen Bahnen lenken sollte. Auf der anderen Seite überschätzt die Vorinstanz die Bekanntheit des geografischen Begriffs TOURBILLON. Der Hausberg von Sion mit der sich darauf befindenden Festungsanlage und dem daneben liegenden Fussballstadion geniesst bestenfalls regionale Bekanntheit. Ihm kommt weder eine wirtschaftliche Bedeutung, wie etwa dem Gotthard, noch internationale Berühmtheit, wie etwa dem Matterhorn, zu. Zudem dürften Fussballfans, welchen der Stadionnamen allenfalls bekannt ist, in diesen eher die französische Bedeutung "Wirbel", "Strudel" bzw. "Trubel" denn einen geografischen Begriff erblicken.

5.3.4 Zusammenfassend darf demnach davon ausgegangen werden, dass einzig einem kleinen Teil des Abnehmerkreises hinsichtlich des Begriffs TOURBILLON gleichzeitig der geografische Name bekannt und die Sachbezeichnung unbekannt ist. Zudem dürfte die Mehrheit dieser kleinen Gruppe, sei es, dass sie aus dem romanischen Sprachraum stammt oder sonst des Französischen mächtig ist, mit der französischen Bedeutung des Wortes vertraut sein, weshalb auch sie in ihm zum Teil ein Fantasiezeichen erblicken könnte. Es lässt sich daher festhalten, dass die hinterlegte Marke im Wesentlichen keine Herkunftserwartung auslöst, sondern entweder als Gattungsbezeichnung oder als Fantasiezeichen verstanden wird. In der schweizerischen Rechtsprechung wurden bereits mehrfach Namen von inländischen Weilern oder Gemeinden als Fantasiebezeichnungen beurteilt (BGE 128 III 454 E. 2.1.1 *Yukon* mit Hinweis auf "Solis" [BGE 79 II 98 E. 1d] und "Carrera" [SMI 1986 II S. 255, E. 6.2]). Ob auch TOURBILLON die Voraussetzungen einer gemäss bundesgerichtlicher Judikatur dem hiesigen Abnehmerkreis unbekannten Ortschaft erfüllt, kann in casu jedoch offen bleiben. Mangels eines beachtlichen Teils des Verkehrskreises, welcher die Markenhinterlegung als Herkunftsangabe wahrnimmt, muss das Vorliegen einer Irreführungsgefahr verneint werden.

5.4 Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Zeichen für sämtliche angemeldeten Waren, ohne Einschränkung auf solche schweizerischer Herkunft, einzutragen.

6.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG), und es ist der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss zurück zu erstatten.

7.
Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für ihr erwachsene "notwendige und verhältnismässig hohe Kosten" des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote eingereicht. Sie enthält jedoch lediglich das Honorar, Auslagen und die Mehrwertsteuer. Da sich somit weder die Stundenansätze noch der Zeitaufwand überprüfen lassen, mangelt es an einer detaillierten Kostennote im Sinne des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21.Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung wird deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Gericht festgesetzt. Nach den gegebenen Umständen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'500.– (inkl. MWST) als angemessen. Besteht keine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 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 sie auch in eigenem Namen die dafür vorgesehene Gebühr ein. Die Vorinstanz ist darum zur Zahlung der Parteientschädigung zu verpflichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 26. Januar 2010 aufgehoben und das Institut angewiesen, die Marke gemäss Gesuch Nr. 413/2008 im schweizerischen Markenregister einzutragen.

2.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zulasten des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (inkl. MWST) zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Markeneintragungsgesuch Nr. 413/2008; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Marc Hunziker

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 14. Dezember 2010