



Urteil vom 11. Dezember 2023

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Martin Wilhelm.

Parteien

Matratzen Concord GmbH,
Horbeller Strasse 19, DE-50858 Köln,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Handle,
Weinmann Zimmerli AG,
Apollostrasse 2, Postfach 1021, 8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,
gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch CH Nr. 11734/2020 CoolFlex.

Sachverhalt:**A.**

Mit Gesuch vom 21. August 2020 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz die Eintragung ihrer Wortmarke "CoolFlex" ins schweizerische Markenregister für folgende Waren:

Klasse 20

Matratzen (einschliesslich Aufgematratzen); Betten (einschliesslich Wasserbetten); Kissen; Kopfkissen; Kopfpolster; Nackenrollen; Luftmatratzen; Luftkissen; sämtliche vorgenannte Waren für nicht medizinische Zwecke; Bettzeug (soweit in Klasse 20 enthalten); Lattenroste für Betten; Bettgestelle; Unterbetten; Matratzenauflagen.

Klasse 24

Bettdecken; Bettwäsche; Bettzeug (Bettwäsche); Bezüge für Kissen; Federbettdecken; Heimtextilien; Inletts (Matratzentuch); Matratzenüberzüge; Spannbettlaken für nicht medizinische Zwecke; Stoffe; Textilersatzstoffe aus Kunststoff; Tücher (Laken); Vliesstoffe (Textilien); Schutzbezüge (Encasings) für nicht medizinische Zwecke; Webstoffe (elastisch); Wollstoffe; sämtliche vorgenannten Waren soweit in Klasse 24 enthalten.

B.

Mit Verfügung vom 28. Juli 2022 wies die Vorinstanz die Eintragung der Marke für sämtliche beanspruchten Waren der Klasse 20 definitiv ab. "CoolFlex" werde als "kühl flexibel" bzw. "toll flexibel" verstanden und beschreibe Eigenschaften dieser Waren und wirke anpreisend.

Demgegenüber wurde für alle beanspruchten Waren in Klasse 24 der Markenschutz gewährt.

C.

Am 23. August 2022 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine auf den 22. August 2022 datierte Beschwerde per Fax ein. Aufgrund eines Übermittlungsfehlers war diese unvollständig. Nach telefonischer Rückfrage bei der Beschwerdeführerin am 24. August 2022 teilte diese mit, die Beschwerde sei auch auf dem Postweg versandt worden und sollte bald eintreffen. Die Beschwerdeführerin kündigte zudem an, die Beschwerde auch per E-Mail zuzusenden. Gleichentags ging auch die vollständige, mit eigenhändiger Unterschrift versehene Beschwerde postalisch ein.

Die Beschwerde enthält folgende Rechtsbegehren:

"1. die Verfügung der Vorinstanz vom 02.03.2017 (**Anlage B 1**) betreffend das Markeneintragungsgesuch CH Nr. 64918/2015 „Swissclusiv“ aufzuheben, soweit die das Eintragungsgesuch zurückgewiesen wurde und die Vorinstanz anzuweisen, die Schweizer Marke gemäß Eintragungsgesuch Nr. CH Nr. 11734/2020 - „CoolFlex“ auch für folgende Waren zum Schutz in der Schweiz zuzulassen:

Klasse 20

Matratzen (einschliesslich Auflagematratzen); Betten (einschliesslich Wasserbetten); Kissen; Kopfkissen; Kopfpolster; Nackenrollen; Luftmatratzen; Luftkissen; sämtliche vorgenannte Waren für nicht medizinische Zwecke; Bettzeug (soweit in Klasse 20 enthalten); Lattenroste für Betten; Bettgestelle; Unterbetten; Matratzenauflagen.

2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

D.

Mit Zwischenverfügung vom 30. August 2022 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde und erwog, die aufzuhebende Verfügung sei in den Rechtsbegehren nicht eindeutig bezeichnet. Die Beschwerdeführerin wurde deshalb dazu aufgefordert, ihre Rechtsbegehren bis am 7. September 2022 zu präzisieren. Im Anschluss daran präziserte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren innert der angesetzten Frist dahingehend, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 28. Juli 2022 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben sei, insofern die Eintragung für die Waren der Klasse 20 verweigert worden sei.

E.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 11. Januar 2023 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge für die Beschwerdeführerin.

F.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2023 wies der eingangs rubrizierte Rechtsvertreter unter Beilage einer Vollmacht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin neu durch ihn vertreten werde.

G.

Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin liessen sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.2 Auch die übrigen Voraussetzungen für ein Eintreten sind erfüllt. So hat die Beschwerdeführerin insbesondere auch die Beschwerdefrist eingehalten. Das Zustelldatum der Verfügung erschliesst sich zwar nicht aus den Akten. Da die Verfügung vom 28. Juli 2022 datiert, kann sie frühestens am darauffolgenden Tag zugegangen sein. Aufgrund des Friststillstandes (Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG) begann die Beschwerdefrist am 16. August 2022 zu laufen. Mit der Eingabe der Beschwerde am 24. August 2022 hat die Beschwerdeführerin die Frist folglich gewahrt. Aufgrund der Präzisierung der Beschwerdeführerin ist sodann klar, wogegen sich ihre Beschwerde richtet.

2.

2.1 Zeichen, die Gemeingut sind, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, im Verkehr durchgesetzt haben (Art. 2 Bst. a MSchG). Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, denen die für eine Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und andererseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, wobei die beiden Fallgruppen eine gewisse Schnittmenge aufweisen (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Qatar 2022 [fig.], World Cup 2022 [fig.]/Puma World Cup Qatar 2022, Puma World Cup 2022"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"; BVGE 2010/32 E. 7.3 "Pernaton/Pernadol 400"; MATTHIAS STÄDELI/SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: David/Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz/Wappenschutzgesetz Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 2 N. 34 ff.)

2.2 Die Unterscheidungskraft fehlt Sachbezeichnungen sowie Zeichen, die beschreibend sind. Beschreibende Zeichen sind Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Darunter fallen namentlich Wörter, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung oder sonstige Merkmale der beanspruchten Ware oder Dienstleistung

aufgefasst zu werden (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Qatar 2022 [fig.], World Cup 2022 [fig.]/Puma World Cup Qatar 2022, Puma World Cup 2022"; BGE 145 III 178 E. 2.3.1 "Apple"; Urteile des BVGer B-1582/2022 vom 3. Mai 2023 E. 2.3 "United for your success"). Der Gemeingutscharakter gilt für den ganzen registrierten (Ober-)Begriff, auch wenn er nur für einen Teil der darunterfallenden Waren zutrifft (Urteile des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 6.5 "Truedepth"; 4A_618/2016 vom 20. Januar 2017 E. 4.3 "Car-net"; Urteil des BVGer B-953/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 2.4 "Cizello/Scielo").

Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit der Ware oder Dienstleistung muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaaufwand erkennbar ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; BGE 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"; Urteil des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"). Zum Gemeingut zählen damit insbesondere auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (BGE 128 III 447 E. 1.6 "Première"; BGE 129 III 225 E. 5.2 "Masterpiece"; Urteil des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 3.2 "Truedepth").

Auszugehen ist vom (1) *begrifflichen Sinngehalt* jedes Bestandteils, um zu ermitteln, inwieweit er den massgeblichen Verkehrskreisen unabhängig von den eingetragenen Waren und Dienstleistungen geläufig ist. Anschliessend ist der (2) *kontextuelle Sinngehalt* aufgrund des Wissens, Verstehens und Erwartens der Verkehrskreise im eingetragenen Verwendungszusammenhang nach dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Marke festzustellen. Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Ware oder Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteile des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"; B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 3 "After Hours"), wobei sich eine mögliche Mehrdeutigkeit eines Zeichens auf einen eindeutigen Sinn mit beschreibendem Charakter reduzieren kann, sobald dieses mit einer bestimmten Ware oder Dienstleistung in Beziehung tritt (Urteil des BGer 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 3.3 "Firemaster"; Urteil des BVGer B-4112/2020 vom 27. Oktober 2021 E. 3.4 "Hospital Halbprivat"). Soweit sich das Zeichen ohne Weiteres in zwei (oder mehr)

verständliche Wortteile zerlegen lässt, stellt die Zerlegung an sich keinen speziellen Gedankenaufwand dar, welcher der Qualifikation als beschreibendes Zeichen entgegenstehen würde (Urteile des BVGer B-4051/2018 vom 13. Januar 2020 E. 3.2 "Digiline"; B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.3.1 "toppharm Apotheken [fig.]").

2.3 Ein mehrdeutiger Begriff kann abstrakt unbestimmt wirken, im konkreten Marktzusammenhang jedoch an Bestimmtheit gewinnen und dadurch produktspezifisch entweder unterscheidungskräftig oder beschreibend wirken. Die Mehrdeutigkeit eines Zeichens kann nur zur Schutzfähigkeit führen, wenn auch im kontextuellen Sinngehalt nicht auszumachen ist, welche von mehreren Bedeutungen im Zusammenhang mit den gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen überwiegt, und der Aussagegehalt somit unbestimmt bleibt (vgl. BGE 103 Ib 16 E. 3 "Banquet"; Urteil des BGer, in: sic! 1999 S. 29 E. 4 "Swissline"). Entscheidend ist daher das Zusammenspiel von Mehrdeutigkeit, Unbestimmtheit und Produktnähe insgesamt. Dominiert ein beschreibender Sinngehalt im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen, vermag die Möglichkeit weiterer, weniger naheliegender Deutungen den Gemeingutcharakter nicht aufzuheben (Urteil des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.4 "Gipfeltreffen"; Urteile des BVGer B-4137/2021 vom 1. Februar 2023 E. 4.5 "Truedepth"; B-6390/2020 vom 4. Oktober 2022 E. 2.9 "AI Brain"). Die Markeneintragung ist auch zu verweigern, wenn mehrere mögliche Sinnvarianten des Zeichens letztlich auf dieselbe beschreibende Bedeutung hinauslaufen (BVGE 2013/41 E. 3.3 "Die Post"; B-5642/2014 vom 16. Juli 2015 E. 5.8 "Equipment"; B-4053/2009 vom 11. November 2009 E. 4.2 "easyweiss").

2.4 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; Urteil des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 3.2 "Truedepth").

Englischsprachige Ausdrücke werden im Rahmen der schweizerischen Markenprüfung berücksichtigt, sofern sie für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise verständlich sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 "Masterpiece"). Vom breiten Publikum ist die Kenntnis eines Grundwortschatzes englischer Vokabeln zu erwarten (BGE 125 III 203 E. 1c "Budweiser"; Urteil des BVGer B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.2 "Ironwood").

Für die hypothetische Beurteilung der Englischkenntnisse können weitere Indizien herangezogen werden, etwa die Ähnlichkeit fremdsprachiger Begriffe mit jenen einer Landessprache oder die zunehmende Verbreitung von Anglizismen (Urteile des BVGer B-4137/2021 vom 1. Februar 2023 E. 4.6 "Truedepth"; B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 m.w.H. "Factfulness"). Fachkreise verfügen in ihrem Fachgebiet oft über gute Englischkenntnisse (Urteil des BGer 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4.3 "Ad-Rank"; Urteil des BVGer B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 "Factfulness").

2.5 Besteht die Marke aus Bestandteilen zwei verschiedener Sprachen, kann dies die Unterscheidungskraft fördern (Urteil der RKGE, in: sic! 2007 S. 33 E. 3 "Swissôtel"). Häufig verfremdet die Zweisprachigkeit den Sinngehalt einer Wortkombination aber nicht derart, dass sie unterscheidungskräftig wirkt (EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 309; vgl. Urteile des BVGer B-3555/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 5 "Novaprime"; B-6097/2010 vom 16. März 2011 E. 5.1 "Belladerm"; B-4053/2009 vom 11. November 2009 E. 4 "easyweiss"). Die Verkehrskreise gehen zudem nicht leichterding von einem zwei- oder mehrsprachigen Zeichen aus (Urteile des BVGer B-1942/2017 vom 28. März 2018 E. 5.2.2 "Swissclusiv"; B-4080/2008 vom 8. September 2010 E. 5.1.1 "Aus-sie Dual Personality").

2.6 Die massgeblichen Verkehrskreise der Marke sind vorab anhand der tatsächlichen Abnehmergruppen der Endabnehmer, Fachkreise und des Zwischenhandels zu bestimmen, ohne die Abgrenzung relevanter Sprach- und Fachkenntnisse vorwegzunehmen (Urteil des BVGer B-4493/2022 vom 26. Juli 2023 E. 4.3.1 "[Apfel] [fig.]"; vgl. Urteile des BGer 4A_65/2022 vom 6. Mai 2022 E. 4.3 "Factfulness"; 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.1 und 3.3.3 "Wilson"). Für die Annahme von Gemeingut genügt es, dass nur ein bestimmter Kreis der Adressaten, z.B. der Kreis der Fachleute, das Zeichen als beschreibend erachtet (Urteil des BGer 4A_65/2022 vom 6. Mai 2022 E. 4.3 "Factfulness"; BVGE 2013/41 E. 3.2 "Die Post"; Urteil des BVGer B-684/2016 vom 13. Dezember 2018 E. 2.5 "Postauto").

3.

3.1 Nach den Ausführungen der Vorinstanz werden die vorliegenden Waren der Klasse 20 sowohl von Durchschnittskonsumenten und Zwischenhändlern als auch von Fachkreisen wie Schlafberatern oder Orthopäden

und Osteopathen nachgefragt. Das Zeichen "CoolFlex" werde in die Bestandteile "cool" und "flex" unterteilt. "Cool" bedeute "kühl", aber auch "toll". "Flex" sei nach der Institutspraxis die Abkürzung für "flexibel". In der Kombination und in Bezug zu den strittigen Waren werde das Zeichen als "toll flexibel, toll anpassungsfähig" bzw. "kühl flexibel" verstanden. Andere abstrakt mögliche Bedeutungen seien nicht naheliegend. Beide Wörter seien auch in der deutschen Sprache vorhanden, weshalb im Ergebnis unbeachtlich sei, ob nur die (medizinischen) Fachkreise die englischen Begriffe verstehen würden. Nach Ansicht der Vorinstanz würde auch die bloße Zweisprachigkeit dem Zeichen keine Unterscheidungskraft verleihen.

Da die kühlende Wirkung und die Flexibilität bei den einschlägigen Waren wichtige Eigenschaften und ein Verkaufsargument darstellen würden, sei das Zeichen dem Gemeingut zuzuordnen. Dementsprechend sei die Beschwerde abzuweisen.

3.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellt das Zeichen kein Gemeingut dar und ist als Marke einzutragen. "CoolFlex" weise keinen lexikalischen Sinngehalt auf und gehöre – selbst unter Einbezug medizinischer Fachkreise, was bereits zweifelhaft sei – nicht zum Grundwortschatz. Eine Aufteilung in "Cool" und "Flex" sei nicht vorgesehen und werde von den Verkehrskreisen nicht ohne weiteres vorgenommen. Selbst wenn man die Aufteilung vornehmen würde gehöre "Cool" zum englischen Wortschatz, und "flex" habe mehrere Bedeutungen, wie z.B. "Netzkabel, Anschlusskabel, Anschlussleitung, Litze" oder aber "Winkelschleifer, Trennschleifer". Die von der Vorinstanz angenommene gebräuchliche Abkürzung "flexibel" sei nicht einschlägig. Jedenfalls in Kombination fehle es vorliegend am lexikalischen Sinngehalt.

Auch wenn man davon ausgehe, "CoolFlex" weise einen lexikalischen Sinngehalt auf, so ändere dies nichts, da dieser keinen Bezug zu den Waren habe. Höchstens unter Zuhilfenahme von Fantasie könne von einem Sinngehalt "kühl flexibel" bzw. "toll flexibel", den die Vorinstanz annehme, ausgehen. Die Vorinstanz belege ferner nur für einen Teil der Waren, dass diese als kühl/kühlend beschrieben werden könnten und für einen anderen Teil der Waren deren Flexibilität. "CoolFlex" sei folglich nicht dem Gemeingut zuzurechnen und das Zeichen für alle Waren der Klasse 20 zum Markenschutz zuzulassen.

4.

Die Abnehmer der beanspruchten Waren (Matratzen, Betten, Kissen, Decken und Bettwaren) sind einerseits erwachsene Personen und andererseits Fachkreise wie Bettwarenhändler, Inneneinrichtungsgeschäfte sowie Hotels und Spitäler, die diese Waren für ihre Gäste und Patienten nachfragen. Die beanspruchten Waren werden vor dem Erwerb üblicherweise getestet respektive genauer begutachtet und daher mit einer leicht erhöhten Aufmerksamkeit gekauft (Urteile des BVGer B-1942/2017 vom 23. März 2018 E. 4 "Swissclusiv"; B-3660/2016 vom 30. Januar 2018 E. 4.2 "Sibirica").

5.

Gestützt darauf ist die Unterscheidungskraft des Zeichens zu prüfen.

5.1 Das angemeldete Zeichen lautet "CoolFlex" und findet sich in keinem Wörterbuch. Die Verkehrskreise werden daher versucht sein, das Zeichen gedanklich in allfällige inhaltlich sinngebende Bestandteile zu zergliedern (Urteil des BVGer B-3555/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 5.1 m.H. "Nova-prime"). Das Wort "cool" wird vorliegend sofort erkannt, weshalb sich eine gedankliche Aufteilung in "cool" und "flex" für die Verkehrskreise ohne weiteres aufdrängt. Eine andere Aufteilung würde keinen Sinn ergeben (vgl. Urteil des BVGer B-4137/2021 vom 1. Februar 2023 E. 6.1 "Truedepth").

5.2

5.2.1 Das Wort "cool" kommt aus dem englischen Sprachraum und leitet sich aus der englischen Bezeichnung für "kühl" ab (<https://www.dwds.de/wb/cool>, abgerufen am 10. November 2023). Im deutschen Sprachraum handelt es sich um einen jugendsprachlichen Anglizismus, der in die Umgangssprache Einzug erhalten hat. Seit den 1980er-Jahren ist das Wort auch in deutschen Wörterbüchern zu finden und im Laufe der 1990er-Jahre stieg seine Popularität im deutschsprachigen Raum stark (<https://de.wikipedia.org/wiki/Cool>, abgerufen am 10. November 2023). Gemäss dem Duden hat es folgende Bedeutungen: (1) [stets] die Ruhe bewahrend, keine Angst habend, nicht nervös [werdend], sich nicht aus der Fassung bringen lassend; kühl und lässig, gelassen; (2) in hohem Masse gefallend, der Idealvorstellung entsprechend; (3) keinen, kaum Anlass zur Klage gebend, durchaus annehmbar, in Ordnung; (4) keine Gefahren bergend, risikolos, sicher (<https://www.duden.de/recht-schreibung/cool>, abgerufen am 10. November 2023). In der englisch-deutschen Übersetzung von "cool" werden etwa die folgenden Bedeutungen

genannt: kühl, unterkühlt, kalt, leicht, luftig, ruhig, gelassen, cool, geil (<https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/cool>, abgerufen am 10. November 2023). Neben den Bedeutungen "kühl, kalt", weist "cool" demnach auch den anpreisenden Sinngelhalt "toll" auf. "Cool" gehört zum englischen Grundwortschatz und wird von den Verkehrskreisen verstanden (vgl. Urteil der RKGE, in: sic! 2003 S. 134 E. 3 "Cool Action").

5.2.2 Der zweite Zeichenbestandteil lautet "flex". In der deutschen Sprache existiert das Wort "Flex" als Substantiv und hat die Bedeutung "tragbares, mit einer Trennscheibe ausgestattetes und mit einem Elektromotor betriebenes Gerät, mit dem harte Materialien (wie Stein, Beton, Metall) zersägt werden können" (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Flex>, abgerufen am 10. November 2023). Daraus leitet sich auch das Verb "flexen" mit der Bedeutung "trennschleifen" ab (<https://www.duden.de/rechtschreibung/flexen>, abgerufen am 10. November 2023). Die Bezeichnung "Flex" geht auf das Unternehmen Ackermann & Schmitt (heute: Flex-Elektrowerkzeuge GmbH) zurück, welches in den 1930er-Jahren Erstanbieter von Winkelschleifmaschinen war (<https://de.wikipedia.org/wiki/Flex-Elektrowerkzeuge>, abgerufen am 10. November 2023). Diese Firma ist bis heute Inhaberin der Wortmarke "Flex", welche unter anderem für Schleifmaschinen in Klasse 7 auch in der Schweiz geschützt ist (IR Marken Nr. 1504733 und 192159).

In der englischen Sprache existiert weiter das Verb "to flex", welches übersetzt "beugen, biegen, anspannen, protzen, angeben" bedeutet (<https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/flex>, abgerufen am 10. November 2023). Aufgrund der letzten zwei Sinngelhalte hat sich in der deutschen Jugendsprache in den letzten Jahren zudem das Wort "flexen" für "prahlen, angeben" etabliert (<https://www.giga.de/extra/netzkultur/specials/flex-flexen-bedeutung-in-der-netzsprache/>; <https://www.netzwelt.de/abkuerzung/176240-wofuer-steht-flexen-erklaerung-verwendung.html>, beide abgerufen am 10. November 2023). Auf Englisch bedeutet "flex" weiter "Netzkabel, Litze, Anschlusskabel" (<https://dict.leo.org/englisch-deutsch/flex>, abgerufen am 10. November 2023).

Schliesslich stellt "flex" die Abkürzung des Adjektivs "flexibel" dar (Urteil des BVGer B-6012/2008 vom 25. November 2009 E. 4.9 "Stenflex/Starflex [fig.]; <https://abkuerzungen.woxikon.de/abkuerzung/flex.php>, abgerufen am 10. November 2023). In den anderen Landessprachen bestehen die Wörter "flexible" und "flessible" (<https://de.pons.com/übersetzung/deutsch-französisch/flexibel>; [Seite 10](https://de.pons.com/übersetzung/deutsch-</p>
</div>
<div data-bbox=)

italienisch/flexibel, beide abgerufen am 10. November 2023). Im Englischen existiert zudem das Wort "flexible" (<https://de.pons.com/übersetzung/deutsch-englisch/flexibel>, abgerufen am 10. November 2023).

5.3 In einem nächsten Schritt ist zu klären, welche Bedeutung dem Zeichen "CoolFlex" im Gesamtzusammenhang und in Bezug zu den beanspruchten Waren zukommt.

5.3.1 Die Vorinstanz erbringt mittels zahlreicher Belege den Nachweis, dass eine kühlende Wirkung bei den Waren Matratzen, Kissen und Matratzenauflagen eine wichtige Eigenschaft ist (Verfügungsbeilagen 11–21). Andererseits werden im Hinblick auf die Bettgestelle und Lattenroste keine Belege ins Recht gelegt. Ob bei allen beanspruchten Waren eine kühlende Wirkung eine Eigenschaft darstellt bzw. aufgrund ihrer Nähe zu einer anderen Ware, bei welcher die kühlende Wirkung eine Rolle spielt, dennoch von einer Eigenschaft auszugehen ist, kann offenbleiben. Denn wie so gleich aufzuzeigen sein wird, ist zumindest die Flexibilität bei allen strittigen Waren eine wichtige Eigenschaft.

Hinsichtlich (Luft-)Matratzen, Matratzenauflagen, Unterbetten und Lattenroste ist die Flexibilität bzw. Anpassungsfähigkeit regelmässig eine relevante Eigenschaft, die auch entsprechend beworben wird (Verfügungsbeilagen 23–30). Namentlich verschiedene Härtegrade, welche etwa auf die Postur, Körpergewicht und Schlafposition der Person abgestimmt werden können, sind beim Erwerb dieser Waren ein wichtiger Faktor (vgl. <https://www.philrouge.ch/blog/haertegrad-der-matratze-ein-wichtiges-kriterium-bei-der-auswahl/>; https://www.t-online.de/heim-garten/haushaltstipps/id_74985184/hart-oder-weich-welche-matratze-ist-die-beste-.html, beide abgerufen am 10. November 2023). Betreffend (Luft-)Kissen und Bettzeug, worunter Erstere fallen, gilt nichts anderes. Auch diese sind letztlich je nach Material und Zusammensetzung unterschiedlich anpassungsfähig (Verfügungsbeilagen 36–37). Auch Kopfpolster und Nackenrollen weisen funktionsbedingt eine Anpassungsfähigkeit auf.

Bei Betten insgesamt und Bettgestellen ist ebenfalls die Flexibilität eine wichtige Eigenschaft. Diese ergibt sich hier etwa durch die verschiedenen, anpassungsfähigen Einsatzmöglichkeiten (<https://www.superba-ateliersuisse.com/ch-de/bettgestelle>; <https://flexaworld.com/de-de/collections/beds/products/daybed-with-guest-bed-and-2-drawers-white-oak-1>; <https://www.swissflex.com/ch-de/betten>, alle abgerufen am 10. November 2023). Darüber hinaus erfolgt der Verkauf und die Warenpräsentation meistens

in Kombination mit Lattenrosten und Matratzen im Rahmen des Gesamtangebotes "Bett", sodass die Flexibilität als Eigenschaft auch unter diesem Gesichtspunkt zu bejahen wäre. Somit ist klar, dass die Flexibilität bei allen beanspruchten Waren eine wichtige und oft beworbene Eigenschaft darstellt.

5.3.2 Ein Teil der massgebenden Verkehrskreise wird das Zeichen folglich als "kühl [und] flexibel" verstehen (siehe Urteil der RKGE, in: sic! 2003 S. 134 E. 4 "Cool Action"; vgl. auch Urteile des BVGer B-6390/2020 vom 4. Oktober 2022 E. 4.3.3.1 "AI Brain"; B-5716/2016 vom 23. Januar 2019 E. 4.1 "Autonome"). Demgegenüber wird ein anderer Teil der Verkehrskreise die Marke als "toll/cool [und] flexibel" auffassen (vgl. Urteil des BVGer B-4112/2020 vom 27. Oktober 2021 E. 6 "Hospital Halbprivat"). Diese zweite Wahrnehmung würde auch bei jenen Waren im Vordergrund stehen, bei welchen die kühlende Wirkung gegebenenfalls keine Rolle spielen würde, was aber, wie erwähnt, offenbleiben kann. Jedenfalls führen beide Varianten zu einem gleichermassen beschreibenden Ergebnis. "CoolFlex" wird als Verbindung zwei, die Waren direkten beschreibenden Eigenschaften oder als Kombination des anpreisenden Bestandteils "toll" und einer beschreibenden Eigenschaft wahrgenommen.

5.3.3 Die Aufteilung des Zeichens in "cool" und "flex" und die daraus folgende Erkennung der Sinngehalte setzt dabei keinen "komplexen zergliedernden und assoziativen Gedankengang" voraus, der gegen eine Einordnung als Gemeingut sprechen würde (vgl. mutatis mutandis Urteile des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 6 "Truedepth"; 4A_500/2022 vom 28. März 2023 E. 6 "AI Brain"; 4A_65/2022 vom 6. Mai 2022 E. 5.2 "Factfulness"). Auch ist nicht entscheidend, ob das Zusammenfügen der Bestandteile "cool" und "flex" den grammatikalischen Regeln der englischen bzw. in der Kombination der Regeln aus der englischen und deutschen Sprache entspricht, solange die Sinngehalte trotzdem verstanden werden (vgl. Urteile des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 6.4.2 "Truedepth"; 4A_500/2022 vom 28. März 2023 E. 6.3 "AI Brain"). Im Übrigen würde auch die Annahme einer deutsch-englischen oder englisch-deutschen Zeichenkombination nichts ändern. Die Zweisprachigkeit hätte aufgrund der klar auf der Hand liegenden Sinngehalte keine individualisierende Wirkung.

5.3.4 Im Kontext der vorliegenden Waren werden die Verkehrskreise kaum auf den Bedeutungsgehalt "cooles/tolles Schleifgerät" schliessen. Ein Teil der betreffenden Waren (z.B. Betten) können zwar mit einem solchen Gerät

hergestellt werden. Eine entsprechende Deutung des Zeichens "CoolFlex" liegt aber fern. Bei den englischen Bedeutungen von "flex" wie z.B. "Netzkabel, Litze, Anschlusskabel" ist fraglich, ob diese von den einschlägigen Verkehrskreisen überhaupt verstanden werden. Jedenfalls haben sie keinen Bezug zu den vorliegenden Waren. Theoretisch möglich erscheint immerhin, dass insbesondere jüngere Abnehmer dem Zeichen die Bedeutung "cooles/tolles angeben, prahlen" zuschreiben könnten. Unter der Berücksichtigung, dass diese Bedeutung von "flexen" in der Jugendsprache erst seit einigen Jahren verbreitet ist und deshalb ein Grossteil der Verkehrskreise die Bedeutung kaum erkennen wird und zudem in der Gesamtbetrachtung weniger nahe liegt als "kühl [und] flexibel" bzw. "toll/cool [und] flexibel", ist sie nicht zu berücksichtigen.

5.4 Nach dem Gesagten verstehen die Fachkreise das Zeichen als "kühl [und] flexibel" oder "toll/cool [und] flexibel". Im Ergebnis führt dies zu zwei gleichermassen die Waren der Klasse 20 beschreibenden Bedeutungen des Zeichens. Ihm fehlt jegliche Unterscheidungskraft.

6.

Schliesslich argumentiert die Beschwerdeführerin, das Vorgehen der Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar. Sie habe das Zeichen für die hier strittigen Waren der Klasse 20 zurückgewiesen, aber für einige sehr ähnliche Waren in Klasse 24 (Bettzeug [Bettwäsche], Bettdecken, Federbettdecken, Matratzenüberzüge) eingetragen. Die Vorinstanz entgegnet, dass die Erteilung des Markenschutzes für die Waren in Klasse 24 zu Recht erfolgt sei. Die Schutzfähigkeit jeder Ware sei einzeln zu prüfen, weshalb sich Unterschiede ergeben könnten. Aus der Zulassung der Waren in Klasse 24 könne die Beschwerdeführerin folglich nichts für sich ableiten.

6.1 Die Waren der Klasse 24 sind von der Vorinstanz in Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung rechtskräftig zum Markenschutz zugelassen worden. Das Zeichen "CoolFlex" ist für diese Waren vom Bundesverwaltungsgericht nicht mehr zu prüfen und nicht Gegenstand dieses Verfahrens (Urteile des BVGer B-3751/2015 vom 21. September 2016 E. 2 "Car-net"; B-3815/2014 vom 18. Februar 2016 E. 2 "Rapunzel").

6.2 Gegenüber sich selbst, d.h. in Bezug auf eigene Voreintragungen, kann die Beschwerdeführerin keine Gleichbehandlung im Unrecht gemäss Art. 8 Abs. 1 BV geltend machen (Urteile des BGer 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3 "[Doppelhelix] [fig.>"; 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 4 "Discovery Travel & Adventure Channel"; Urteil des BVGer B-6953/2018

vom 7. Juli 2020 E. 6.5 "[Karomuster] [fig.]"). Die Fälle, welche unter die "Gleichbehandlung gegenüber sich selbst" fallen, können aber auf ihre Vereinbarkeit mit dem Willkürverbot geprüft werden (Urteile des BVGer B-6953/2018 vom 7. Juli 2020 E. 6.6 "[Karomuster] [fig.]"; B-2578/2019 vom 16. März 2020 E. 6.3 "Eurojackpot [fig.]"; B-528/2016 vom 17. Mai 2017 E. 7 "Muffin King", alle m.H. auf BGE 129 I 161 E. 3.1).

6.3 Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist bezogen auf die jeweilige Ware oder Dienstleistung einzeln zu prüfen. Dabei kann es sich ergeben, dass das Zeichen für die eine Ware oder Dienstleistung einen eindeutigen, beschreibenden Sinngehalt aufweist, während dies bezogen auf andere Waren und Dienstleistungen nicht der Fall ist (Urteil des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.4 "Gipfeltreffen"). Die von der Vorinstanz eingetragenen Waren sind der Klasse 24 zugeordnet, während die vorliegend strittigen Waren in die Klasse 20 fallen. Die Beschwerdeführerin führt nicht näher aus, inwiefern die unterschiedliche Behandlung dieser Waren willkürlich sein soll (vgl. auch Urteile des BGer 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5 "AdRank"; 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 6 "[Doppelhelix] [fig.]").

Damit erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt unbegründet.

7.

Das Zeichen "CoolFlex" stellt somit für die beanspruchten Waren Gemeingut dar. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, 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.– anzunehmen ist (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das

vorliegende Verfahren auszugehen. Damit sind die Gerichtskosten auf Fr. 3'000.– festzusetzen und angesichts des Verfahrensausgangs der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

8.2 Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem in dieser Höhe von ihr einbezahlten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Martin Kayser

Martin Wilhelm

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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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: 13. Dezember 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 11734/2020; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)