

BVGer B-1493/2013 vom 2. Dezember 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1493_2013

FR: TAF B-1493/2013 du 2 décembre 2013

IT: TAF B-1493/2013 del 2 dicembre 2013

Regeste

Widerspruchssachen

Erwägungen

E. 2.1

Der Inhaber einer älteren Marke kann Widerspruch gegen eine jüngere Markeneintragung erheben, wenn sie seiner Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen registriert ist, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 31 Abs. 1 Markenschutzgesetz [MSchG, SR 232.11]).

E. 2.2

Die Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen beurteilt sich aufgrund der Registereinträge (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 137/2009 vom 30. September 2009 E. 5.1.1 Diapason Rogers Commodity Index, B-8105/2007 vom 17. November 2008 E. 4.2.2 Activia und B-7437/2006 vom 5. Oktober 2007 E. 6 Old Navy), soweit der Schutzzumfang nicht wie vorliegend aufgrund einer Nichtgebrauchseinrede eingeschränkt wurde (Gallus Joller, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 3 Rz. 235; Christoph Willi, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 3 Rz. 37). Wenn sich Waren unter den gleichen Oberbegriff der Nizza-Klassifikation subsumieren lassen, spricht dies als Indiz für ihre Gleichartigkeit (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1398/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2.2 Etavis/Estavis [fig.], mit Hinweis auf Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 246). Weitere Indizien sind eine einheitliche Wertschöpfungskette, ein sinnvolles Leistungspaket als marktlogische Folge der zu vergleichenden Waren sowie deren marktübliche Verknüpfung oder enge Zusammengehörigkeit mit gleichen Abnehmerkreisen und Vertriebsstätten (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2269/2011 vom 9. März 2012 E. 6.5.1 Bonewelding [fig.], B-758/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1 G-mode/Gmode; Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 300).

E. 2.3

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit verbaler Zeichen sind der Wortklang, das Schriftbild und gegebenenfalls der Sinngehalt massgebend (BGE 127 III 160 E. 2b/cc Securitas, BGE 121 III 377 E. 2b Boss/Boks; Eugen Marbach in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel 2009 [hiernach: Markenrecht], Rz. 872 ff.; Willi, a.a.O., Art. 3 Rz. 69 ff.), wobei eine Ähnlichkeit im Wortklang oder Schriftbild allein genügt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] in sic! 2006 S. 761 E. 4 McDonald's/McLake; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 875; Willi, a.a.O., Art. 3 Rz. 69).

Der Wortklang wird im Wesentlichen durch die Silbenzahl, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale bestimmt, das Schriftbild durch die Anordnung, die Wortlänge und die optische Wirkung der Buchstaben (BGE 122 III 382 E. 5a Kamillosan, BGE 119 II 473 E. 2c Radion). Die Zeichenähnlichkeit ist nach dem Gesamteindruck der Marken auf die massgebenden Verkehrskreise zu beurteilen (BGE 128 III 446 E. 3.2 Appenzeller, BGE 121 III 377 E. 2a Boss/Boks, BGE 98 II 141 E. 1 Luwa/Lumatic; Lucas David, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, Art. 3 Rz. 11; Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 121; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 864). Weil zwei Zeichen meist nicht gleichzeitig wahrgenommen werden, beurteilt sie sich in deren Erinnerungsbild (BGE 121 III 378 E. 2a Boss/Boks, BGE 119 II 476 E. 2d Radion/Radiomat; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 867; David, a.a.O., Art. 3 Rz. 15). Dabei kommt dem Wortanfang in der Regel eine erhöhte Bedeutung zu, weil er besser im Gedächtnis haften bleibt (BGE 127 III 160 E. 2b/cc Securitas/Securicall, BGE 122 III 382 E. 5 Kamillosan; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3325/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 4.5 Bally/Tally, B-6012/2008 vom 25. November 2009 E. 4.9 Stenflex/Star Flex [fig.] und B-7934/2007 vom 26. August 2009 E. 6.3 Fructa/Fructaid). Die Gross- und Kleinschreibung prägt hingegen das Erinnerungsbild im Gesamteindruck in der Regel nicht (BGE 96 II 405 E. 3c Men's Club/Eden Club, Entscheid des Bundesgerichts 4A_266/2013 vom 23. September 2013 E. 2.2 f. Ce'Real; Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 132).

E. 2.4

Eine starke Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke erhöht die Wahrscheinlichkeit von Assoziationen und damit die Gefahr, dass die Konsumenten ähnliche Drittmarken missdeuten (BGE 128 III 445 E. 3.1 Appenzeller, BGE 128 III 97 E. 2a Orfina, BGE 127 III 165 f. E. 2a Securiton/Securicall). Als stark gelten Marken, die entweder aufgrund ihres fantasiehaften Gehalts auffallen oder aber aufgrund ihres intensiven Gebrauchs überdurchschnittliche Bekanntheit geniessen (BGE 122 III 385 E. 2a Kamillon/Kamillosan; Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.2 Yello; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7452/2006 vom 17. April 2007 E.2 Martini/martini [fig.], B-7447/2006 vom 17. April 2007 Martini baby/martini [fig.]; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 979), denn die Ausstrahlung der starken Marke erhöht die Wahrscheinlichkeit von Assoziationen und damit die Gefahr, dass die Konsumenten ähnliche Drittmarken als Kennzeichen gleichwertiger, austauschbarer Ersatzprodukte auffassen (BGE 122 III 382 S. 386 E.2a Kamillosan/Kamillon, Kamillan). Macht der Markeninhaber eine nachträglich gesteigerte Kennzeichnungskraft geltend, hat er das Wiedererkennen der Marke durch das massgebliche Publikum glaubhaft zu machen, was er insbesondere durch einen intensiven Gebrauch glaubhaft machen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.2 Post; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.2 Aus der Region. Für die Region, B-5786/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 7.1 Qatar Airways; Adrian P. Wyss, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, Bern 2013, S. 46 und 165). Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an das Gemeingut anlehnen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 5440/2008 vom 24. Juli 2009 E. 6.2 Jump [fig.]/Jumpman, B-5477/2007 vom 28. Februar 2008, E. 6 Regulat/H2O3 pH/Regulat [fig.] und B 7492/2006 vom 12. Juli 2007 E. 6, Aromata/Aromathera; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 981). Zum Gemeingut gehören Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie die Beschaffenheit, die Bestimmung, den Verwendungszweck, die Zeit der Erzeugung oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, für welche das Zeichen hinterlegt wurde,

sofern dies von den Verkehrskreisen ohne besondere Denkarbeit oder Fantasiaufwand verstanden wird und sich nicht in blossen Anspielungen erschöpft (BGE 135 II 359 E. 2.5.5 akustische Marke; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 4.1 Noblewood, B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.1 Ironwood und B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 2 Bioscience Accelerator). Weiter kommt allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen Gemeingutcharakter zu (BGE 129 III 225 E. 5.1 Masterpiece; Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 we make ideas work; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 4.1 Noblewood). Der reduzierte Schutzbereich gilt für den ganzen registrierten Oberbegriff, auch wenn der beschreibende Charakter nur für einen Teil der darunter fallenden Waren zutrifft (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 7.1.2 Noblewood, B-7272/2008 vom 11. Dezember 2009 E. 5.3.5 Snowsport [fig.] und B-7204/2007 vom 1. Dezember 2008 E. 6 Stencilmaster).

E. 2.5

Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn aufgrund der Ähnlichkeit der Zeichen und der Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen Fehlzurechnungen zu befürchten sind, so dass die mit dem jüngeren Zeichen versehenen Waren und Dienstleistungen dem falschen Markeninhaber zugerechnet werden. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ist anzunehmen, wenn eines der zu vergleichenden Zeichen für das andere gehalten wird; eine mittelbare Verwechslungsgefahr, wenn die massgeblichen Verkehrskreise die Zeichen zwar auseinanderhalten, dahinter aber wirtschaftliche Zusammenhänge der Markeninhaber vermuten, die in Wirklichkeit nicht bestehen. Dabei hängt der Schutzbereich der Widerspruchsmarke von ihrer Kennzeichnungskraft ab (E. 2.4). Eine Verwechslungsgefahr kann aber im Gesamteindruck entfallen, wenn es sich beim übernommenen Element um einen schwachen Bestandteil handelt, der mit einem kennzeichnungskräftigen Bestandteil verbunden wurde (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-502/2009 vom 3. November 2009 E. 5.2.1 und 6 Premium ingredients, s.l. [fig.]/Premium Ingredients International [fig.], B-1656/2008 vom 31. März 2009 E. 10 F1/F1H2O, B-386/2007 vom 4. Dezember 2009 E. 7 Sky/Skype in und Skype out).

E. 3.1

Die massgeblichen Verkehrskreise sind vorab aufgrund der für die Beurteilung relevanten Waren und Dienstleistungen zu bestimmen (Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 180; derselbe, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 7). Die Bestimmung der Verkehrskreise ist eine Rechtsfrage (BGE 133 III 347 E. 4 Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D], BGE 126 III 317 E. 4b Apiella; Marbach, Markenrecht, a.a.O., Rz. 183). Eine erhöhte Aufmerksamkeit der Verkehrskreise wird in der Regel angenommen, wenn sich eine Marke nur an Fachleute wendet (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3 Yello/Yellow Access AG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1398/2011 vom 25. September 2012 E. 5.4 Etavis/Estavis 1993; David, a.a.O., Art. 3 Rz. 14) oder es sich um Dienstleistungen handelt, die nicht zum täglichen Bedarf gehören (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-38/2011 vom 29. April 2011 E. 7 ff. IKB/ICB, ICB [fig.]). Auch bei Medikamenten ist davon auszugehen, dass die Verkehrskreise beim Kauf aufmerksamer sind als beim Kauf anderer Produkte (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1760/2012 vom 11. März 2013 E. 4.2 Zurcal/Zorcala, B-4070/2007 vom 8. April 2008 E. 5.2 und 9 Levane/Levact; RKGE in sic! 2000 S. 608 E. 3 Tasmor/Tasocar; Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 55), während bei Massenartikeln des täglichen

Bedarfs mit einer geringeren Aufmerksamkeit zu rechnen ist (BGE 133 III 347 E. 4.1 Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]; Joller, a.a.O., Art. 3 Rz. 52).

E. 3.2

Die Widerspruchsmarke ist für pharmazeutische, tiermedizinische und hygienische Produkte für Zahnärzte und Zahntechniker, insbesondere Scheuerpulver zur Plaqueentfernung und Kariesprophylaxe der Klasse 5 und elektro-medizinische Apparate, nämlich Pulverstrahlgeräte, in Klasse 10, eingetragen, die angefochtene Marke für elektrische Zahnbürsten, Mundduschen (nicht für die Zähne), Zahnhygienegeräte, Geräte mit Zahnseide sowie Geräte mit Wasser und Luft für die Zahnreinigung in Klasse 21. Die Patienten haben keinen Einfluss darauf, welche Geräte und Verbrauchsmaterialien die sie behandelnden Fachleute der Zahnmedizin beschaffen und verwenden. Wie die Beschwerdeführerin nachvollziehbar darlegt, sind für solche Produkte zum Teil erhebliche Investitionen notwendig. Auch Verbrauchsmaterialien zum Pulverstrahlgerät und zur Behandlungsmethode werden fachkundig ausgewählt. Dabei ist eine vergleichbare Sorgfalt und Aufmerksamkeit wie bei Medikamenten notwendig. Die Kaufentscheidungen werden somit regelmässig von Fachleuten und mit erhöhter Sorgfalt gefällt. Für die Widerspruchsmarke ist von einer hohen Aufmerksamkeit der fachkundigen Nachfrager auszugehen. Demgegenüber werden die Waren der angefochtene Marke vor allem von Endverbrauchern nachgefragt. Hier handelt es sich um preisgünstige, privat verwendete Zahnpflegegeräte, die vor allem von Erwachsenen erworben werden. In zweiter Linie sind allerdings auch hierfür Fachleute der Zahnmedizin verantwortlich, die Zahnpflegegeräte für den persönlichen Gebrauch und/oder zur Abgabe an Patienten kaufen und diesen zum Kauf empfehlen. Als Gegenstände des täglichen Gebrauchs werden solche Waren mit durchschnittlicher, beziehungsweise eher flüchtiger, Aufmerksamkeit erworben.

E. 4.1

Derselbe Gegensatz einer verwandten zahnhygienischen Funktion, aber einer unterschiedlichen Käuferschaft mit Ausnahme von ärztlichen Ratgebern ist bei den beidseits eingetragenen Waren auch für die Frage der Gleichartigkeit festzustellen. "Appareils électro-médicaux, à savoir jet de poudre" (Elektro-medizinische Geräte, insbesondere Pulverstrahlgeräte), für welche die Beschwerdeführerin ihre Marke beansprucht, sind in Klasse 10 eingeteilt, deren Klassenüberschrift lautet: Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmassen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel und chirurgisches Nahtmaterial. Pulverstrahlgeräte sind zahnmedizinische Apparaturen, die durch einen Luftstrom kleinste Salz- oder Metallpartikel auf den Zahn blasen und damit Beläge auf der Zahnoberfläche, Zahnhartsubstanz und Plaque abtragen (<http://www.zahnwissen.de> > Lexikon > Pn-Pz > Pulverstrahlgeräte, besucht am 15. Oktober 2013). Solche Geräte eignen sich nicht zur privaten Mundhygiene, sondern müssen von Fachleuten bedient werden (vgl. Prof. Dr. Andreas Schulte, Auswirkungen von Wasser-Pulverstrahlgeräten auf Zahnhartgewebe und Restaurationsmaterialien, www.spitta.de/uploads/pdf_download/spitta_1347096656.pdf, besucht am 25. September 2013; <http://de.wikipedia.org/wiki/Mundhygiene#Prventionsebenen> > Ziff. 4, besucht am 25. September 2013). Die Beschwerdegegnerin beansprucht ihre angefochtene Marke demgegenüber für elektrische Zahnbürsten und deren Bestandteile; Mundduschen (nicht für Zähne); Hygienegeräte für Zähne und Zahnfleisch; Zahnseide-Instrumente für die Zähne; Geräte, die Wasser und Luft für die Zahnpflege verwenden. Diese Geräte sind in Klasse 21 eingeteilt, deren Klassenüberschrift "Geräte und

Behälter für Haushalt und Küche; Käämme und Schwämme; Bürsten und Pinsel (ausgenommen für Malzwecke); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlwolle; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind" sie auf Haushaltgeräte zur persönlichen Mundpflege beschränkt, die vor allem vom breiten Kreis der Endnutzer erworben werden, auch wenn sie daneben auch von Fachleuten ausgewählt werden, die sie entweder bei Behandlungen einsetzen oder ihren Patienten den Gebrauch solcher Geräte empfehlen. Die Marketing- und Vertriebswege der zu vergleichenden Waren sind im Wesentlichen unterschiedlich. Funktional berühren sie sich im weiten Sinn der Zahnhygiene, aber nicht in ihrer unmittelbaren Anwendung. Zwischen Pulverstrahl- und Mundpflegegeräten besteht darum keine marktübliche Verknüpfung. Der Verkehr wird sie mehrheitlich, aufgrund ihrer unterschiedlichen Beschaffenheit, nicht als Leistungspaket desselben Unternehmens ansehen. Wie auch die Beschwerdeführerin ausführt, werden Pulverstrahlgeräte vielmehr vom Fachhandel an Fachleute vertrieben, Mundpflegegeräte aber über viele Kanäle an Private gestreut, so dass sich Kleinserien teurer und präziser Qualitätsgeräte aus hochwertigen Materialien in Klasse 10 und Grossserien verhältnismässig preisgünstiger Haushaltsgeräte aus Kunststoff in Klasse 21 gegenüberstehen. Nur Fachkreise, insbesondere Zahnärzte, die Pulverstrahlgeräte kaufen und an ihren Patientinnen und Patienten einsetzen und bei ihrer Beratung über Mundhygiene gleichzeitig auf die Auswahl der von ihren Patientinnen und Patienten erworbenen Mundpflegegeräte Einfluss nehmen und bestimmte Marken für die private Mundpflege empfehlen, sind mit Marken beider Produktgruppen beschäftigt. Eine Gleichartigkeit zwischen den Waren der Klassen 10 und 21 liesse sich deshalb höchstens sehr entfernt bejahen.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass die Vorinstanz es unterlassen habe, die Gleichartigkeit von pharmazeutischen Produkten für Zahnärzte und Zahntechniker der Klasse 5 mit Mundpflegegeräten der Klasse 21 zu prüfen. Die Beschwerdeführerin beansprucht in Klasse 5 pharmazeutische, veterinärmedizinische und der Hygiene dienende Erzeugnisse und Zubereitungen sowie Chemikalien für Zahnärzte und Zahntechniker, insbesondere Pulver und Schleifmittel zur Entfernung von Zahnstein und zur Prophylaxe. Die Nizza-Klasse 5 enthält unter anderem Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Hygieneprodukte für den persönlichen Gebrauch, nicht aber Präparate für die Gesundheitspflege als Mittel zur Körper- und Schönheitspflege (Nizza Klassifikation, 10. Ausgabe [gültig ab 01.01.2012], S. 11). Beispielsweise umfassen die erwähnten Oberbegriffe: Arzneimittel und Medizinprodukte für die Zahn- und Zahnbettbehandlung, Anästhetika, Desinfektions/Sterilisationsmittel, Körperpflegemittel (für den Einsatz bei Kontakt mit Chemikalien) und Waschlotionen, Prophylaxe- und Politurpasten, Spüllösungen, Mundsprays, Strahlmittel, Instrumenten-Pflegemittel, Silikone (Isolier- und Modellmassen), Reinigungsmittel für Zahntechniker, Kunstharze, Füllungszement, Effektmassen, Zahnfleischmassen, Schneidmassen, Transluzenzmassen und Dentin (www.nwdental.de > Shop; www.multident.de > Shop, beide besucht am 26. November 2013). Diese Produkte werden nicht an Privatpersonen, sondern hauptsächlich an Zahnärztinnen und Zahnärzte sowie Zahntechniker/innen vertrieben. Mit elektrischen Zahnbürsten, Mundduschen und Zahnseideninstrumenten der Klasse 21 haben sie, wie die Pulverstrahlgeräte, nur die übergeordnete Funktion der Zahnhygiene gemein. Die Widerspruchsmarke ist insbesondere auch für "Pulver und Schleifmittel zur Entfernung von

Zahnstein und zur Prophylaxe" geschützt. Dieses zahnärztliche Scheuerpulver besteht vor allem aus Glycin, Natriumbikarbonat oder Aluminiumoxyd und ist nicht ähnlich mit Putzkörpern einer Zahnpasta, die eher aus Silikatverbindungen, Schlämmkreide oder Marmorpulver hergestellt wird (<http://de.wikipedia.org/wiki/Zahnpasta>, besucht am 7. November 2013). Scheuerpulver ist abrasiv, während Mundpflegegeräte der Klasse 21, die für breite Verkehrskreise bestimmt sind, jede Gefahr einer Zahnschädigung vermeiden. Scheuerpulver ist trocken und kann nur mittels geeigneter Geräte verwendet werden, während Zahnpasta mit vielen Geräten der Klasse 21, zum Beispiel mit elektrischen Zahnbürsten, eingesetzt werden kann. Auch zahnärztliches Pulver und Schleifmittel ist daher mit den elektrischen Zahnbürsten und übrigen Geräten der angefochtenen Marke kaum gleichartig. Pharmazeutische Produkte für Zahnärzte und Zahntechniker und Mundpflegegeräte werden nicht nur von völlig unterschiedlichen Verkehrskreisen nachgefragt, sie sind auch nicht substituierbar, ergänzen sich nicht oder sind Teil einer einheitlichen Wertschöpfungskette. Die einzige Gemeinsamkeit der sich gegenüberstehenden Waren besteht darin, dass beide im weitesten Sinne zur Mundpflege eingesetzt werden. Zwischen "Produits et préparations pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; produits chimiques pour dentistes et techniciens-dentistes, en particulier poudres et produits abrasifs pour enlever le tartre et pour la prophylaxie des dents" der Klasse 5 und "Brosses à dents et à prothèses dentaires électriques et leurs parties; hydropulseurs à usage oral, autres qu'à usage dentaire; appareils pour l'hygiène des dents et des gencives; instruments à base de soie dentaire à usage dentaire; appareils utilisant l'eau et l'air pour soins dentaires" der Klasse 21 besteht damit höchstens aufgrund ihrer allgemeinen Funktion eine entfernte Gleichartigkeit.

E. 5.1

Der Begriff "Airflow" bedeutet Luftstrom, Luftführung, Fahrtwind (<http://www.dict.cc/?s=airflow>, besucht am 25. September 2013). Er bezeichnet das zentrale Thema der Aerodynamik: "Simply put, aerodynamics is the study of airflow and its principles" (<http://www.answers.com/topic/aerodynamics#ixzz2ft6ZENGP> oder <http://en.wikipedia.org/wiki/Aerodynamics>, beide besucht am 25. September 2013). Weiter bezeichnet er das Kernelement der Lüftungstechnik (http://www.engineering-toolbox.com/natural-draught-ventilation-d_122.html, besucht am 25. September 2013), die Wirkungsweise eines Ventilators oder Gebläses (<http://en.wikipedia.org/wiki/Fan>, besucht am 25. September 2013) und wird in weiteren Fachgebieten intensiv genutzt. Zahlreiche Produkte benutzen "Airflow" als Typenbezeichnung, um damit auf Luftströme hinzuweisen. Bereits 1934 wurde eine stromlinienförmigen Automobilreihe von De Soto und Chrysler mit "Airflow" bezeichnet (http://de.wikipedia.org/wiki/DeSoto_Airflow und http://de.wikipedia.org/wiki/Chrysler_Airflow, beide besucht am 25. September 2013). Zahlreiche moderne Produkte werden mit "Airflow" bezeichnet, wie beispielsweise Lüftungsgeräte (<http://www.airflow.de>, besucht am 25. September 2013), Skateboards (<http://www.airflow-skateboards.com>, besucht am 25. September 2013), Matratzen (<http://www.happy-schlafen.ch/matratzen/airflow.html>, besucht am 25. September 2013) oder Lüfter für Computerspeicher (<http://www.corsair.com/de/memory-by-product-family/corsair-memory-accessories/airflow-pro.html>, besucht am 25. September 2013). Die beiden Wortteile "Air" und "Flow" sind auch den schweizerischen Verkehrskreisen verständlich. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist nicht nur "Air", sondern auch "Flow" Teil des Grundwortschatzes (Pons Basiswörterbuch Schule Englisch, Stuttgart 2006, Stichwort "Flow"). Beide Wörter werden überdies von nicht englischkundigen

Personen verstanden, weil sie auch in geläufigen deutschen Fremdwörtern erscheinen (Renate Wahrig-Burfeind, Wahrig Deutsches Wörterbuch, Gütersloh/München 2011, Stichworte "Air...", "Airbag", "Airforce", "Airline", "Flow"; Duden Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., Mannheim 2007, Stichworte "Airbag", "Airbrush", "Airbus", "Flowchart"). In der französischsprachigen Schweiz kommt "Air" die gleiche Bedeutung wie im Englischen zu (Josette Rey-Debove, Alain Rey [Hrsg.], Le Petit Robert, Paris 2012, Stichwort "Air" [nachfolgend: Le Petit Robert]), während "Flow" aufgrund seiner Nähe zu den entsprechenden französischen Wörtern "Flot" und "Flux" (Le Petit Robert, a.a.O., Stichworte "Flot", "Flux"), die zudem ähnlich ausgesprochen werden, ohne Weiteres verstanden wird. Dazu kommt, dass das Wort "Flow" auch in der französischen Sprache Eingang in Fremdwörter gefunden hat, so zum Beispiel in "Cash-Flow" (Le Petit Robert, a.a.O., Stichwort "Cash-Flow"). In der italienischen Sprache kommt der Wortteil "Air" in Fremdwörtern wie "airbag", "airbus" oder "air terminal" vor (Nicola Zingarelli [Hrsg.], lo Zingarelli, Vocabolario della lingua italiana, Bologna 2004, Stichworte "airbag", "airbus", "air terminal" [nachfolgend: lo Zingarelli]). Zudem liegt eine nahe phonetische und schriftbildliche Verwandtschaft mit seinem italienischen Synonym "aria" vor (lo Zingarelli, a.a.O., Stichwort "aria"). Das Wort "Flow" ist aufgrund seiner nahen Verwandtschaft mit dem gleichbedeutenden "fluire" (lo Zingarelli, a.a.O., Stichwort "fluire") und seinem Gebrauch in Fremdwörtern wie "Flow Chart" (lo Zingarelli, a.a.O., Stichwort "Flow Chart") auch für die Italienisch sprechenden Schweizer leicht verständlich. Aufgrund des breiten Verständnisses der beschreibenden Eigenschaften wird der Begriff "Airflow" oder "Air-Flow" von den Verkehrskreisen als Synonym für eine Luftströmung erkannt. Nachdem die Widerspruchsmarke für Pulverstrahlgeräte eingetragen und der Luftstrom, mit dem das Scheuerpulver transportiert, mit Wasser gemischt und auf den Zahn geblasen wird, das typisierende Konstruktionselement dieser Apparate ist, erscheint sie stark beschreibend, weshalb ihr nur eine geringe Kennzeichnungskraft zukommt.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Bekanntheit ihrer Marke, die diese ursprüngliche Schwäche überwunden habe. Durch Gebrauch habe sie eine hohe Kennzeichnungskraft, mindestens aber einen normalen Schutzzumfang erlangt. Ein grosser Teil der zur Glaubhaftmachung dieser Bekanntheit ins Recht gelegten Belege, namentlich Produktbeschreibungen, Kataloge, Promotionsbroschüren, Produktfotos, Rechnungen, Häufigkeitslisten von Wörtern, Bildschirm- und Websiteausdrucke, Prospekte von Wiederverkäufern sowie eine Literaturliste, eine Schulungsliste und die Ausstellerliste der "Dental 2012", enthalten indessen keine Angaben zur Wahrnehmung der Marke durch die Verkehrskreise und indizieren eine Bekanntheit der Widerspruchsmarke darum nur teilweise. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Statistik der Zahl der Zahnarztpraxen der Schweiz zeigt 4'123 Zahnarztpraxen für das Jahr 2011. Der schweizerische Markt für Zahnarztgeräte ist damit verhältnismässig klein. Nach der Zusammenstellung "Turnover EMS Nyon with Air-Flow Products (CHF)" hat die Beschwerdeführerin bis 2013 insgesamt 1'865 Geräte in der Schweiz verkauft. Angesichts des kleinen Marktes ist das eine beachtliche Anzahl von Geräten, wobei aber aus der Statistik nicht hervorgeht, ob allenfalls in Schweizer Franken verkaufte Geräte exportiert oder bestehende Geräte ersetzt wurden. Die Anzahl in der Schweiz verkaufter Geräte lässt sich somit nicht ohne Weiteres ins Verhältnis mit der Anzahl Schweizer Zahnarztpraxen stellen. Weiter ist nicht erstellt, ob die Käufer "Air-Flow" als Marke wiedererkennen oder ob sie den Ausdruck zum Beispiel als Warnhinweis verstehen und auch zur Bezeichnung

von Pulverstrahlgeräten anderer Hersteller verwenden. Auch die Broschüre "EMS Klinische Studien" der Beschwerdeführerin enthält keine Anhaltspunkte über den Wiedererkennungseffekt der Marke bei den relevanten Verkehrskreisen. Der Pressespiegel 2007-2011 lässt offen, ob die dort erwähnten ausländischen Zeitschriften in der Schweiz eine relevante Verbreitung erfahren. Überdies beziehen sich von den 666 aufgelisteten Beiträgen nur 265 auf die Widerspruchsmarke. Die Beschwerdeführerin führt zur Bekanntheit der Marke überdies an, dass die damit versehenen Erzeugnisse in den Jahren 2003, 2004, 2007 und 2008 mit Designpreisen ausgezeichnet worden seien. Dazu legt sie den Red Dot Award (2003) und den Good Design Award (2004) ins Recht. Die Auszeichnung mit Designpreisen führt jedoch allenfalls zur Erhöhung der Bekanntheit bei Designern, jedoch nicht bei den relevanten Verkehrskreisen. In Würdigung all dieser Tatsachen ist der Widerspruchsmarke somit eine gewisse Bekanntheit zuzugestehen, welche die von Hause aus stark reduzierte Kennzeichnungskraft der Marke allerdings nicht wesentlich zu heben vermag.

E. 6

In schriftbildlicher Hinsicht unterscheiden sich die beiden Marken nur gering. Während der letzte Buchstabe der Widerspruchsmarke ein "w" ist, endet die angefochtene Marke auf "-ss". Die ersten fünf Buchstaben sind bis auf den Bindestrich, der nur in der Widerspruchsmarke vorkommt, identisch. Die Unterschiede im Schriftbild der beiden Marken sind nur bei genauem Hinsehen wahrnehmbar. Die Marken sind sich damit schriftbildlich ähnlich. Bezüglich des Wortklangs wird das "ss" am Wortende der angefochtenen Marke scharf ausgesprochen, während die Widerspruchsmarke mit dem stillen Konsonanten "w" endet, der das "o" in einen Diphthong verwandelt, indem er ein leichtes "u" anfügt (Langenscheidt Handwörterbuch Englisch, Berlin/München 2005, Stichworte "Floss" und "Flow"). Dieser Unterschied ist gut hörbar, weshalb eine geringere Ähnlichkeit im Wortklang besteht. Semantisch unterscheidet sich die Widerspruchsmarke mit dem Sinngehalt eines Luftstroms (E. 5.1) vom ebenfalls beschreibenden Sinngehalt "Air Floss": "Air" wird als "Luft", "Floss" als "Zahnseide" übersetzt (Langenscheidt, a.a.O., Stichworte "Air" und "Floss"), womit sie leicht verständlich den Ersatz von Zahnseide durch Luft zur Reinigung von Zahnzwischenräumen illustriert. Die gegenüberstehenden Zeichen sind sich damit bei geringer Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke vor allem im Schriftbild ähnlich, während ihre unterschiedlichen Sinngehalte deutlich voneinander abweichen, was von den Verkehrskreisen erkannt wird.

E. 7

Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist mit zu berücksichtigen, dass die gegenüberstehenden Waren nur sehr entfernt gleichartig sind (E. 4). Der Widerspruchsmarke, die die Funktionsweise der damit versehenen Waren beschreibt, kommt nur eine geringe Kennzeichnungskraft zu (E. 5). Der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke bleibt somit trotz Bekanntheit bescheiden. Angesichts der erhöhten Aufmerksamkeit, mit welcher die mit der Widerspruchsmarke versehenen Waren gemeinhin gekauft werden (E. 3.2), genügen geringe Unterschiede, um einen ausreichenden Markenabstand zu schaffen. Die Ähnlichkeiten der Marken im Schriftbild werden angesichts dieses strengen Massstabs durch die Unterschiede in den Sinngehalten ausgeglichen (E. 6). Zwischen den Marken besteht daher keine Verwechslungsgefahr.

E. 8.1

Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Bei diesem Ausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

E. 8.2

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wobei dafür im Widerspruchsbeschwerdeverfahren das Interesse der Widersprecherin an der Löschung, beziehungsweise der Widerspruchsgegnerin am Bestand der angefochtenen Marke zu veranschlagen ist. Es würde allerdings zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür im Einzelfall stets konkrete Aufwandsnachweise verlangt würden. Bei eher unbedeutenden Zeichen darf von einem Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- ausgegangen werden (BGE 133 III 492 E. 3.3 Turbinenfuss [3D] mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten insgesamt auf Fr. 4'000.- festzulegen. Dieser Betrag ist mit dem in selber Höhe von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

E. 8.3

Im vorinstanzlichen Verfahren ist die Beschwerdeführerin unterlegen. Aufgrund des Verfahrensausgangs vor Bundesverwaltungsgericht hat sie auch mit Bezug auf die vorinstanzlichen Kosten als unterliegend zu gelten und die Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids sind zu bestätigen.

E. 8.4

Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Gemäss Art. 14 VGKE setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund einer detaillierten Kostennote fest, sofern eine solche eingereicht wird. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Die Beschwerdegegnerin hat vorliegend keine Kostennote für das Beschwerdeverfahren eingereicht. In Anbetracht des Umfangs der Rechtsschriften erscheint somit eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- (inkl. MWSt) an die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren als angemessen.

E. 8.5

Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es erwächst mit seiner Eröffnung in Rechtskraft.

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