

BVGer B-5716/2016 vom 23. Januar 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5716_2016

FR: TAF B-5716/2016 du 23 janvier 2019

IT: TAF B-5716/2016 del 23 gennaio 2019

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Markenmelderin und Adressatin der an-gefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 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 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). 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 139 III 176 E. 2 "You"; 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. A. 2017, Art. 2 N. 34 ff.). Der gedankliche Zusammenhang mit der Ware oder Dienstleistung muss derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand erkennbar ist (Urteil des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"). Bloss entfernte gedankliche Assoziationen zwischen dem Zeichen und den beanspruchten Waren und Dienstleistungen genügen nicht, um den Gemeingutcharakter einer Marke zu begründen (BGE 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas" m.w.H.). Die Unterscheidungskraft beurteilt sich aus Sicht der Abnehmer; neben Endabnehmern zählen zu diesen auch Marktteilnehmer vorgelagerter Stufen (Urteile des BGer 4A.528/2013 vom 21. März 2014 E. 5.1 "ePostSelect", 4A.6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.3 "Wilson"; Urteil des BVGer B-3812/2008 vom 6. Juli 2009 E. 4.2 "Radio Suisse Romande"). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich aus Sicht der aktuellen und potentiellen Konkurrenten

des Markenanmelders, die mindestens ebenfalls ein virtuelles Interesse haben, das Zeichen für entsprechende Waren oder Dienstleistungen zu verwenden (Urteil des BVGer B-3549/2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.]"; Urteil B-4763/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 2.2 "Betonhülse"; Eugen Marbach, Die Verkehrskreise im Markenrecht, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 1/2007, [zit. Marbach, Verkehrskreise], S. 11; ders., Markenrecht in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, [zit. Marbach, SIWR III/1], N. 258).

E. 2.2

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 die Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteil des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"). Im Bereich der Zeichen des Gemeingutes sind Grenzfälle einzutragen und ist die endgültige Entscheidung dem Zivilgericht zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 "Swatch-Uhrband", 129 III 225 E. 5.3 "Masterpiece I"; BVGE 2013/41 E. 3.5 "Die Post"). Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist es für die Beurteilung der Schutzfähigkeit unerheblich, ob ein Wort bereits gebräuchlich ist oder nicht. Dass eine Angabe neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist, schliesst ihren beschreibenden Charakter nicht aus. Entscheidend ist, ob das Zeichen nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz als Aussage über bestimmte Merkmale oder Eigenschaften der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst wird (Urteile des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2 "Gipfeltreffen" und 4A_265/2007 vom 26. September 2007 E. 2.1 "American Beauty"; Urteil des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 mit Hinweis "WingTsun"; Marbach, SIWR III/I, N. 285). Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgebenden Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (Urteil des BVGer B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 2.6 "terroir [fig.]"). Allerdings können auch englische Ausdrücke Gemeingut sein (BGE 129 III 228 E. 5.1 "Masterpiece"; Urteil des BGer 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 3.1-3.2 "Discovery Travel & Adventure Channel"; Urteil des BVGer B-5642/2014 vom 16. Juli 2015 E. 5.6 "EQUIPMENT"), es sei denn sie werden von einem erheblichen Teil der Abnehmerkreise nicht verstanden, was etwa der Fall sein kann, wenn ein Ausdruck nicht zum Grundwortschatz gehört (Urteil des BVGer B-3052/2009 vom 16. Februar 2010 E. 2.3 "DIAMONDS OF THE TSARS"; vgl. Claudia Keller, Do you speak English? - Anmerkungen zum Bundesverwaltungsgerichtsentscheid B-804/2007 "Delight Aromas (fig.)", in sic! 2008, 485). Fachkreise verfügen in ihrem Fachgebiet oft über gute Englischkenntnisse (Urteil des BGer 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4.3 "AdRank"; Urteile des BVGer B-3394/2007 vom 29. September 2008 E. 4.2 "Salesforce.com" und B-7204/2007 vom 1. Dezember 2008 E. 7 "Stencilmaster"). Fremdwörter können sich branchenspezifisch auch als Sachbezeichnungen etabliert haben und im Zusammenhang mit den konkreten Waren oder Dienstleistungen vom breiten Publikum in einem beschreibenden Sinn aufgefasst werden (Urteile des BVGer B-5531/2007 vom 12. Dezember 2008 E. 7 "Apply-Tips" und B-600/2007 vom 21. Juli 2007 E. 2.3.3 "Volume up").

E. 2.3

Freihaltebedürftig sind Zeichen, die mangels gleichwertiger Alternativen im Wirtschaftsverkehr wesentlich oder gar unentbehrlich sind (Städeli/Brauchbar Birkhäuser, Art. 2 N. 48). Das Freihaltebedürfnis an einer Marke ist unter Bezugnahme auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu prüfen (Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"). Ein relatives Freihaltebedürfnis wird bei Zeichen angenommen, die für den Wirtschaftsverkehr wesentlich sind; ist ein Zeichen sogar unentbehrlich, ist das Freihaltebedürfnis absolut (BGE 134 III 314 E. 2.3.2 "M/M-Joy"; Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun", BVGE 2013/41 E. 7.2 "Die Post"). Ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht, wenn das betroffene Zeichen im Wirtschaftsverkehr nicht nur wesentlich, sondern unentbehrlich ist, das heisst, wenn die Mitanbieter ein wesentliches Interesse an der Verwendung des in Frage stehenden Zeichens haben und keine zahlreichen gleichwertigen Alternativen bestehen (Urteil des BGer 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5.1 f. "Post").

E. 2.4

Bei der Beurteilung, ob am Zeichen ein Freihaltebedürfnis besteht, ist auf die Sichtweise von (potentiell) konkurrierenden Unternehmen abzustellen, die gleiche oder ähnliche Waren und Dienstleistungen anbieten (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"). Dabei darf auch der zukünftigen Entwicklung Rechnung getragen werden (BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"; Urteil des BVer B-181/2007 vom 21. Juni 2007 E. 4.5 und 4.7.2 "Vuvuzela"). Fremdsprachige Sachbezeichnungen sind dabei schutzunfähig, sobald im Wirtschaftsverkehr ein legitimes Interesse an deren Mitverwendung besteht (Marbach, SWIR III/1, N. 279). Bei Sachbezeichnungen bestehend aus einem einzigen Wort ist in der Regel von einem absoluten Freihaltebedürfnis auszugehen (Urteil des BGer 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5 "Post"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun").

E. 3

Vorab hat das Gericht die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (Marbach, Verkehrskreise, S. 3). Das Warenverzeichnis lautet vorliegend "ophthalmo-medizinische und -chirurgische Instrumente" in Klasse 10. Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich diese Waren vorwiegend an Fachkreise wie Chirurgen, Augenärzte und Optiker sowie an Zwischenhändler, aber auch an den Endabnehmer richten (angefochtene Verfügung, Ziff. 9; Vernehmlassung, Ziff. 3). Im Einklang mit der Beschwerdeführerin ist dieser Ansicht insofern zu widersprechen, als dass sich diese Waren nicht vorwiegend sondern ausschliesslich an medizinische Fachpersonen der Ophthalmologie richten (Beschwerde, Rz. 11; Replik, Rz. 16), und zwar an Ophthalmologen wie auch an Ophthalmochirurgen (Beschwerde, Rz. 11). Die Tatsache, dass ein solches Instrument an einem Patienten angewendet wird, führt nicht dazu, dass dieser Patient zum Abnehmerkreis der Ware gehört. Indessen kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht davon ausgegangen werden, die Waren seien einzig an Ophthalmochirurgen gerichtet (Replik, Rz. 19). Es mag zwar sein, dass die Beschwerdeführerin im Endeffekt ihre Waren einzig an Chirurgen vertreibt, doch muss sie sich entgegenhalten lassen, dass das Warenverzeichnis sich zum einen klar sowohl an operativ wie auch nicht-operativtätige Ophthalmologen richtet und zum anderen auch ein Ophthalmochirurg ein Ophthalmologe ist (vgl. Ziff. 2.3.1 des Beschriebs des Facharztstitels Ophthalmochirurgie der FMH, abrufbar unter:

https://www.fmh.ch/files/pdf18/ophthalmochirurgie_version_internet_d.pdf [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]). Entsprechend ist auf das Verständnis der Fachpersonen, d.h. der chirurgisch und nicht-chirurgisch tätigen Ophthalmologen, abzustellen.

E. 4.1

Das strittige Zeichen lautet "AutonoMe". Die Gross- und Kleinschreibung deutet in einem ersten Schritt auf eine Aufteilung von "autono" und "me" hin. Diesfalls wird "me" als englisches Personalpronomen gelesen, was wiederum dazu führt, dass das gesamte Zeichen auf Englisch und damit phonetisch wie "autonomy" gelesen wird. Gleichzeitig erkennt der Leser, wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt (Beschwerde, Rz. 43), auch das schriftbildliche Wortspiel von "autonom(ous) me" - autonomes ich - ohne grosse Gedankenarbeit. Ebenso kann das Zeichen aber auch trotz Grossschreibung des Buchstaben "m" in einem Wort und damit als das französische Adjektiv "autonome" gelesen werden. Jedenfalls kann die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass der Begriff "autonome" mit Majuskeln aufgeteilt wird, nicht automatisch auf die Unverständlichkeit oder eine dessen beschreibenden Charakter ausschliessende Mehrdeutigkeit des Zeichens schliessen. Die Gross-/Kleinschreibung führt nicht dazu, dass ein Sinngehalt nicht erkennbar wäre (Urteil des BGer 4A_266/2013 vom 23. September 2013 E. 2.2 "Ce'Real").

E. 4.2.1

Der englische Begriff "autonomy" bezeichnet sowohl persönliche als auch staatliche Unabhängigkeit (vgl. Definition von "autonomy", in: Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/autonomy>; Definition von "autonomy", in: Merriam Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/autonomy>; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Einfach erklärt, wird mit "autonomy" "the state or condition of self-governance, or leading one's life according to reasons, values, or desires that are authentically one's own" sowie "the state of existing or acting separately from others" bezeichnet. Phonetisch und sinngemäss ist diese Lesart des Zeichens "AutonoMe" damit gleichbedeutend mit dem deutschen Begriff "Autonomie", mit welchem ebenfalls verwaltungstechnische Unabhängigkeit sowie Willensfreiheit bezeichnet wird (vgl. Eintrag zu "Autonomie", in: DUDEN Online, abrufbar unter <https://www.duden.de/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]).

E. 4.2.2

Das französische Adjektiv "autonome" bezeichnet das gleiche, nämlich "un territoire qui s'administre librement, se gouverne par ses propres lois; un organisme qui gère lui-même les affaires qui lui sont propres; quelqu'un qui a une certaine indépendance, qui est capable d'agir sans avoir recours à autrui ; dont l'évolution est réglée par des facteurs qui lui sont propres; une variable économique exerçant une influence sur d'autres sans que, en retour, elle soit influencée par elles" (vgl. Eintrag zu "autonome", in: Larousse Dictionnaire de français, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonome/6777> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]). Mit diesem Adjektiv wird also die Eigenständigkeit bzw. Selbstbestimmtheit des damit Gekennzeichneten beschrieben.

E. 4.2.3

Im heutigen Alltag werden die Begriffe "Autonomie" und "autonom" - egal in welcher Sprache - ausserdem vermehrt als Synonym von "automatisch" sowie in einem weitaus weniger philosophischen Sinne "selbständig" oder "von alleine" verwendet. Zum einen spricht man immer mehr von autonomen Geräten und Vehikeln (vgl. <https://www.mobility>).

ch/de/news/mobility-journal/mobility-journal-02-2017/selbstfahrende-fahrzeuge/; Olga Rietz, "Autonome Fahrzeuge brauchen keine Ethik-Software", Neue Zürcher Zeitung vom 30. August 2017, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/meinung/autonome-fahrzeuge-brauchen-keine-ethik-software-ld.1308201>; Die fünf Stufen bis zum autonomen Fahren, BMW, abrufbar unter: <https://www.bmw.com/de/automotive-life/autonomes-fahren.html>; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019) und zum anderen gelten diverse Alltagsgeräte immer mehr als autonom, wie z.B. Staubsaugerroboter (vgl. "Saugroboter: Die mechanischen Helfer vermessen die Wohnung", Beitrag in Sendung Digital vom 4. März 2016 von SRF 3, abrufbar unter: <https://www.srf.ch/radio-srf-3/digital/saugroboter-die-mechanischen-helfer-vermessen-die-wohnung>; Beispiel eines Staubsaugerroboter für Industriezwecke: <https://www.kemaro.ch/> ; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Damit wird die Charakterisierung von Geräten, Instrumenten und Vehikeln als "autonom" stets alltäglicher. Auch im Bereich der Medizin und Chirurgie sind "autonome" Geräte und Instrumente nicht mehr fremd. So ist der Einsatz von autonomen Geräten im Gesundheitswesen sowohl in der Behandlung als auch in der Patientenbetreuung auf dem Vormarsch (vgl. S. 5 der Studie "Robotik in Betreuung und Gesundheitsversorgung", abrufbar unter: https://www.ta-swiss.ch/2012_KF_Robocare_de.pdf; vgl. auch Überblick zur Studie "Robotik in Betreuung und Gesundheitsversorgung", abrufbar unter: <https://www.ta-swiss.ch/robotik/> ; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Weiter werden in der Chirurgie bereits jetzt chirurgische Roboter eingesetzt, welche zumindest in der Presse mit "autonom" (bzw. "autonomous" auf Englisch) beschrieben werden (angefochtene Verfügung, Ziff. 14 ff., Vernehmlassung, Ziff. 20; Stefanie Keiser, Robotik in der Chirurgie, UZH News vom 9. Juni 2017, abrufbar unter: <https://www.news.uzh.ch/de/articles/2017/Robotik-Chirurgie.html>; Felix Straumann, Operations-Roboter nützen Schweizer Patienten wenig, in: Tages-Anzeiger vom 13. Oktober 2016, online abrufbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/rueckschlag-fuer-roboter-im-operationssaal/story/12370945> ; jeweilige Google-Recherche zu "surgical robot", "autonomous surgical robot" und "autonomer chirurgischer Roboter", abrufbar unter <http://www.google.ch>; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Jedenfalls zeigen all diese Beispiele aus den verschiedensten Lebensbereichen, dass "autonom" nicht nur im philosophischen Sinne von selbstbestimmt gebräuchlich ist, sondern auch im Sinne von zumindest teilweise automatisch. Dabei wird deutlich, dass im so verwendeten Kontext der Autonomie-Aspekt eines Gerätes bzw. Vehikels eine vorgängige Interaktion bzw. Bedienung nicht ausschliesst. Das autonome Fahrzeug fährt nicht an ein selbstbestimmtes Ziel, sondern steuert das Ziel nach einer Zieleingabe selbständig an. Gleiches gilt für ein autonomes Gerät: Je nach Entwicklungsstand kann ein Gerät lernen und seine Handlungen tatsächlich weiterentwickeln. Doch in erster Linie führt es jene Aufgabe aus, für die es programmiert wurde. Am Beschrieb des von der Vorinstanz vorgebrachten chirurgischen Roboters "Da Vinci ®" bestätigt sich dies: Mittels diesem Gerät wird ein roboter-assistiertes operieren möglich. Der Roboter handelt nicht von alleine, sondern erlaubt dem Chirurgen eine präzise Führung der Operationsinstrumente im Innern des Patienten (Keiser, a.a.O.; vgl. auch Beschrieb des "Da Vinci®"-Systems vom Kompetenzzentrum Roboterchirurgie am Kantonsspital Luzern <https://www.luks.ch/standorte/standort-luzern/klinik-fuer-urologie/leistungsangebot/zentrum-fuer-roboterchirurgie> , vom Kantonsspital Baselland <https://www.ksbl.ch/da-vinci-operationsroboter>, vom Kantonsspital Baden

Operationsroboter/index.html , und vom Spital Uster https://www.spitaluster.ch/resources/spu_davinci_a4_rz.pdf; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Als quasi verlängerter Arm des Chirurgen, führt der Roboter aus, was ihm dieser vorgibt zu tun. Es ist also nicht so, dass ein autonomes Gerät zwingend für sich selbst entscheidet, was es ausführt. Insofern wird der Begriff "autonom" teils tatsächlich sprachlich ungenau und nicht im philosophischsten Sinne gebraucht. Gleichwohl gilt es festzustellen, dass "autonom" im Zusammenhang mit diversen Geräten im täglichen Sprachgebrauch vermehrt im Sinne von "automatisch" oder "selbständig" verwendet und demnach auch so verstanden wird.

E. 4.2.4

Das strittige Zeichen ist damit sowohl für französischsprachige, wie auch für deutsch- und englischsprachige Abnehmer ohne Gedankenaufwand im Sinne von autonom bzw. Autonomie verständlich. Das in E. 4.1 beschriebene Wortspiel ist ebenfalls ohne Gedankenarbeit erkennbar. Das Zeichen ist daher für die schweizerischen Verkehrskreise der Ophthalmologen (vgl. E. 3 hiervor) ohne weiteres in den soeben beschriebenen Varianten verständlich.

E. 5.1

Setzt man das Adjektiv "autonome" oder das Substantiv "Autonomie" in Verbindung mit den beanspruchten ophthalmo-medizinischen und ophthalmo-chirurgischen Instrumenten wird das Zeichen grundsätzlich dahingehend verstanden, dass die so bezeichneten Waren autonom sind oder dem Nutzenden Autonomie verleihen. Dieses Verständnis rührt bereits vom lexikalischen Sinngehalt des hinterlegten Zeichens her. Zudem erkennt der Abnehmer dank des Wortspiels "autono" "me" einen Bezug auf sich selbst, also auf seine Autonomie. All dies wird im Grunde von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Strittig ist einzig, dass dieser Sinngehalt im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren direkt beschreibend sei.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin führt aus, die beanspruchten Instrumente seien einzig und allein manuelle Werkzeuge, worunter Geräte und Apparate sowie Roboter gerade nicht fallen würden (Beschwerde, Rz. 24 f., 29 und 47). Entsprechend könne ein solches Instrument, wie z.B. ein Skalpell, nicht autonom und damit nicht ohne manueller Antrieb des Chirurgen bedient werden (Beschwerde, Rz. 42 und 47): Ein Messer schneide nicht von selbst, sondern müsse bedient werden. Folglich könne ein medizinisches bzw. chirurgisches Instrument nicht "autonom" sein (Beschwerde, Rz. 29 und 47; Replik, Rz. 40), sodass der beschreibende Sinngehalt des Adjektivs im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren ausgeschlossen sei. Die Vorinstanz beurteilt dies anders. Zur Frage, ob Instrumente der Klasse 10 auch Geräte und/oder Apparate umfassen, führt sie aus, dass der Begriff "Instrumente" nicht nur einfache Geräte abdecke (Vernehmlassung, Ziff. 6). Die lexikalischen Definitionen von Instrument, Apparat und Gerät würden deutlich zeigen, dass diese Begriffe sich inhaltlich überschneiden (Vernehmlassung, Ziff. 6). So würden auch komplexere Geräte als Instrument bezeichnet (Vernehmlassung, Ziff. 8 f.). Entsprechend ist sie der Ansicht, die beanspruchten Waren könnten autonom sein sowie dem Benutzer Autonomie verleihen. Ihrer Meinung nach ist das Zeichen auch dahingehend direkt beschreibend, dass ein Patient mittels dieser Waren Autonomie erreicht.

E. 5.3

Strittig ist vorliegend also, ob ein "Instrument" der Klasse 10 ein manuelles Werkzeug oder gar ein Gerät bzw. ein Apparat sein kann. Wie die Vorinstanz ausführt (Vernehmlassung, Ziff. 12), ist das chirurgische bzw. medizinische Instrument ein Oberbegriff der Klasse 10. Die gesamte Formulierung lautet "Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate" (Nizza Klassifikation, 11. Aufl., Stand 1.1.2018, abrufbar auf Deutsch unter: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/MA_F_WD_L_D_012018.pdf). Weiter führt die WIPO in ihren Erläuterungen zur Klasse 10 aus, dass diese "comprend essentiellement les appareils, instruments et articles chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires généralement utilisés pour le diagnostic, le traitement ou l'amélioration des fonctions ou de l'état de santé d'individus et d'animaux" (vgl. Classification de Nice, 11ème édition, version 2018, note explicative pour la classe 10, abrufbar unter: http://www.wipo.int/nice/its4nice/ITSupport_and_download_area/20180101/gs_in_pdf/ncl-20180101-fr-flat.pdf). Bei der Formulierung der Oberbegriffe und in ihren Erläuterungen unterscheidet die Nizza Klassifikation zwischen Instrumenten und Apparaten. Hierzu hält die Vorinstanz fest, dass es sich bei den Oberbegriffen der Nizza-Klassifikation nicht um Begriffe mit einem exakt abgrenzbaren und abschliessend bestimmten Umfang handle (Urteil des BVGer B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.1.1 "LUMINOUS"; Vernehmlassung, Ziff. 12). Es sind generalisierende Begriffe (Lara Dorigo, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl., 2017, Art. 28 Rz. 74 f.). Die Oberbegriffe schliessen sich nicht gegenseitig aus (Vernehmlassung, Ziff. 12) und eine Einzelware kann unter Umständen unter mehrere Oberbegriffe subsumiert werden (Urteil des BVGer B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.1.1 "LUMINOUS"). Bei der Prüfung, ob ein Produkt unter einen verwendeten Oberbegriff subsumiert werden kann, ist daher insbesondere der allgemeine Sprachgebrauch zu berücksichtigen (Urteil des BGer 4A_444/2013 vom 05. Februar 2014 E. 5.4.2 "G5/G5"). Einträge in Wörterbüchern oder auf Websites können Indizien dafür sein, wie ein Begriff vom Markt respektive im Sprachgebrauch aufgefasst wird (Urteil des BVGer B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.1.1 "Luminous").

E. 5.3.1

Gemäss Duden ist ein Instrument "ein meist fein gearbeitetes, oft kompliziert gebautes (kleines) Gerät für wissenschaftliche oder technische Arbeiten wie z.B. optische, medizinische Instrumente" (vgl. Eintrag zu "Instrument", in: Duden Das Bedeutungswörterbuch, 4. Auflage, Duden Band 10, Mannheim, S. 520; vgl. auch Eintrag zu "Instrument", in: Duden Online, Beschwerdebeilage 10). Als Synonym gibt Duden die Begriffe Apparat, Mittel und Werkzeug an (vgl. Eintrag zu "Instrument", in: Duden Das Bedeutungswörterbuch, a.a.O.). Als ein Gerät wiederum wird "ein (beweglicher) Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet, bewirkt oder hergestellt wird" bezeichnet (vgl. Eintrag zu "Gerät", in: Duden Das Bedeutungswörterbuch, a.a.O., S. 430). Als Synonym gibt Duden die Begriffe "Apparat, Apparatur" an (vgl. Eintrag zu "Gerät", in: Duden Das Bedeutungswörterbuch, a.a.O.). Als Apparat gilt ein "technisches Gerät, das aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist und bestimmte Funktionen erfüllt" (vgl. Eintrag zu "Apparat", in: Duden Das Bedeutungswörterbuch, a.a.O., S. 112; vgl. auch Eintrag zu "Apparat", in: Duden Online, Beschwerdebeilage 12). Aus dem allgemeinen Duden geht damit klar hervor, dass unter einem Instrument, ein meist (aber nicht nur) kleines Gerät für wissenschaftliche oder technische Arbeiten - wie z.B. ein medizinisches Instrument - zu verstehen ist. Es scheint so, dass ein Instrument tendenziell handlicher ist als ein Apparat. Sowohl Instrument als auch Apparat können strombetrieben sein. Jedenfalls ist es so, dass

ein Instrument ein (wissenschaftlicher bzw. technischer) Gegenstand ist, mit dessen Hilfe etwas bewirkt wird: Anders als ein Apparat, hat das Instrument nicht eine Ausführungsfunktion. Der Apparat setzt sich aus mehreren Teilen zusammen und erfüllt Funktionen: Er ist also nicht zwingend Mittel zum Zweck - dies ein weiterer Unterschied zum Instrument. Beim Vergleich dieser Oberbegriffe kann daher festgestellt werden, dass zwischen Instrument und Apparat kleinere Überschneidungen existieren, doch allgemein davon ausgegangen werden kann, dass ein Instrument in erster Linie ein handliches Werkzeug darstellt, welches als Mittel für eine Handlung benutzt wird. Berücksichtigt man - wie von der Beschwerdeführerin gefordert (Replik, Rz. 26) - die medizinische Definition von "Instrument", folgt aus dem Duden Medizinischer Fachbegriffe, dass als Instrumentarium "die Gesamtheit der zu einer ärztlichen Einrichtung gehörenden oder für eine diagnostische oder therapeutische Massnahme erforderlichen medizinischen Instrumente" bezeichnet wird (vgl. Eintrag zu "Instrumentarium", in: Duden Wörterbuch medizinischer Fachbegriffe, 8. Auflage, Mannheim 2017, S. 397).

E. 5.3.2

Als chirurgische Instrumente werden gemäss Pschyrembel "die für operative Eingriffe erforderlichen Geräte" bezeichnet (vgl. Eintrag zu "Instrumente, chirurgische", in: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 264. Aufl., 2013, S. 1010). Dabei wird zwischen Standardinstrumente (z.B. Skalpell, Diethermiesmesser, Pinzetten, Klammern, Zangen, Wundsperrer, Haken, Nadeln) sowie Spezialinstrumente der jeweiligen Chirurgie (wie z.B. der Knochenchirurgie [Elevatoren, Hämmer, Meissel, Sägen, Bohrer]) unterschieden (vgl. Eintrag zu "Instrumente, chirurgische", in: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, a.a.O.). Dies zeigt im Übrigen auch den von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Eintrag zu "Instrumentenkunde" aus dem DocCheck Flexikon, einem offenen medizinischen online-Lexikon (Beschwerdebeilage 4), wonach die Instrumente dem Arzt bei der Behandlung helfen (Replik, Rz. 20 f.). Anders als die Vorinstanz und das Bundesverwaltungsgericht, schliesst die Beschwerdeführerin allerdings, dass es sich bei Instrumenten einzig um Werkzeuge wie Pinzetten oder Scheren, also um von der Hand des Mediziners geführten Werkzeuge handle (Replik, Rz. 21). In diesem Sinn legt die Beschwerdeführerin das Skript "Instrumentenkunde" des Fachkundeflehrgang 1 der Österreichischen Gesellschaft für Sterilgutversorgung ÖGSV für das Jahr 2015 ins Recht (Beschwerdebeilage 14), in welchem unter Ziffer 4.6.2 Instrumente für die Augenchirurgie aufgezählt werden (Beschwerdebeilage 14, S. 7). Es sind dies diverse Messer und Scheren, Bohrer, Mikroinstrumente, Pinzetten, Klammern und Häkchen - also chirurgische Standardinstrumente. Allerdings übersieht die Beschwerdeführerin, dass diese Quelle aufgrund des "usw." eine exemplarische Aufzählung enthält (vgl. Beschwerdebeilage 14, S. 7). Damit wird deutlich, dass chirurgische Instrumente nicht nur Standardinstrumente umfassen und zudem durchaus auch strombetrieben sein können (z.B. eine batteriebetriebene Corneafräse, vgl.

https://block-optic.com/wp-content/uploads/Produktkatalog_Block_Optic_2017.pdf, S. 59 [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]). Kommt hinzu, dass diese Belege die technische Entwicklung nicht berücksichtigen. Bereits heute werden in der Ophtho-Chirurgie Laserskalpelle und weitere optische chirurgische Instrumente eingesetzt (zum Beispiel die Laserskalpelle des Unternehmens Zeiss [<https://www.zeiss.ch/meditec/produkte/ophthalmologie/cornea-refraktiv.html>] und des Unternehmens LightScalpel [<https://www.lightscalpel.com/laser-surgery/ophthalmology/>]; vgl. auch Joachim Laukenmann, Geniale Partituren aus Licht, in: Tages-Anzeiger vom 3.

Oktober 2018, S. 36; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019). Dies sind genauso "für operative Eingriffe erforderliche Geräte" (vgl. Eintrag zu "Instrumente, chirurgische", in: Psychembel Klinisches Wörterbuch, a.a.O.) wie die von der Beschwerdeführerin als massgebend erachtete Standardinstrumente. Dies zeigt deutlich, dass die technische Entwicklung die von der Vorinstanz angesprochene Verwischung zwischen analogen und komplexeren Instrumenten mit sich bringt (Vernehmlassung, Ziff. 14). Unter den Begriff der chirurgischen Instrumente und der ophthamo-chirurgischen Instrumente fallen also nicht nur Klammern und analoge Skalpelle, was gerade den von der Beschwerdeführerin als massgebend bezeichnete Ophthalmochirurgen, welche auf ihre Ausbildung und ihren Erfahrungshorizont zurückgreifen können (Replik, Rz. 25), bekannt ist. Zu den ophthamo-chirurgischen Instrumente zählen gemäss den Fachlexika und dem Verständnis in der betroffenen Branche demnach chirurgische Standardinstrumente, manuelle Kleinwerkzeuge (vgl. Beschwerdebeilagen 5-7 sowie die ophthamo-chirurgischen Instrumente des Unternehmens Schöneberger Partner <https://www.schoenenberger-partner.ch/online-shop/instrumente/orl-und-ophthalmologie/>, des Unternehmens Geuder AG https://www.geuder.de/fileadmin/documents/Instrumente/69002_Geuder-Hauptkatalog-Instrumente_DE_2018-06.pdf, der Carl Teufel GmbH <https://www.carl-teufel.de/ct/vielfalt/vielfalt.php>; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019) sowie den vorgängig erwähnten Spezialinstrumenten der Ophthalmologie (z.B. Laserskalpelle).

E. 5.3.3

Vergleicht man bezüglich "chirurgischen Instrumenten" die allgemeinen und medizinischen Lexika miteinander, zeigt sich, dass es sich dabei um zumeist kleinere, vielfach handhabbare Werkzeuge handelt, welche - wie es das Wort chirurgisch impliziert - einen operativen Eingriff ermöglichen. Als solche Instrumente gelten zum einen die Standardinstrumente sowie andererseits jene, dem Fachgebiet zugehörnde Spezialinstrumente, in casu der Ophthalmologie. Dieser Befund wird durch die Belege betreffend den als "ophthamo-chirurgischen Instrumente" gehandelten Waren bestätigt. Damit kann mit Blick auf das Verständnis der Abnehmerkreise, nämlich der Ophthalmologen (vgl. E. 3 hiervor), festgestellt werden, dass unter "chirurgische Instrumente" wie auch "ophthamo-chirurgische Instrumente" sowohl standardchirurgische Instrumente als auch entsprechende Spezialinstrumente der Ophthalmologie fallen. In beiden Fällen sind komplexere, strombetriebene Instrumente möglich. Demzufolge ist - in Bestätigung der vorinstanzlichen Beurteilung (angefochtene Verfügung, Ziff. 15 f.; Vernehmlassung, Ziff. 22) - festzustellen, dass das Zeichen "AutonoMe" im Zusammenhang mit "ophthamo-chirurgischen Instrumenten" beschreibend ist, und zwar unabhängig davon, ob das Zeichen als "autonom(ous) me" oder "Autonomie" verstanden wird. Gerade im Zusammenhang mit den komplexeren und durchaus strombetriebenen ophthamo-chirurgischen Instrumenten, beschreibt das strittige Zeichen die mögliche Autonomie dieses Instruments, bzw. dass es dem Chirurgen Autonomie schafft. In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin bezüglich den chirurgischen Instrumenten wie Haken, Klammern und Pinzetten vor, dass diese nicht autonom sein können (Beschwerde, Rz. 29). Diesbezüglich ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen als dass diese Instrumente selber nicht autonom im Sinne von selbstbestimmt bzw. selbstständig sein können. Sie dienen dem Chirurgen allerdings als Hilfsmittel und assistieren ihm quasi. Autonom ist ein Instrument bereits wenn es selbsteffizient ist und damit nicht von einer Stromquelle abhängig ist, wie z.B. ein batteriebetriebenes Instrument.

Dies kann bei diesen Waren der Fall sein. Zudem handelt es sich um Hilfsmittel während dem operativen Eingriff: Sie erleichtern bzw. ermöglichen dem Chirurgen den Eingriff erst, was ihn oder sie in ihrer Arbeit selbständiger macht. Allerdings bedarf es mehrerer Gedankenschritte um - wie von der Vorinstanz vorgebracht (Vernehmlassung, Rz. 22) - im Zeichen des damit gekennzeichneten chirurgischen Instrument einen direkten Beschrieb der Autonomieverschaffung des Patienten (in casu bezüglich seines Sehvermögens) zu erkennen, wenn dieses Instrument in einer Operation eingesetzt wird (vgl. Beschwerde, Rz. 49), welche dem Patienten hernach ein selbständiges sehen wieder ermöglichen kann. Mittels einer Operation kann dem Patienten zwar - zum Beispiel in Bezug auf das Sehen - wieder ein Stück oder gar gänzliche Autonomie ermöglicht werden, doch beschreibt "Autonomie" diesfalls - wenn überhaupt - nicht die Ware selbst direkt, sondern das Ergebnis eines mittels diesem derart gekennzeichneten Instrument durchgeführten Unterfangens. Die Erhöhung der Autonomie des Patienten kann also nicht herangezogen werden, um den beschreibenden Charakter des strittigen Zeichens zu begründen.

E. 5.3.4

Bezüglich der Definition von medizinischen Instrumenten lässt sich ableiten, dass es sich hierbei um Instrumente handelt mittels welchen nebst chirurgischen auch diagnostische oder therapeutische Massnahmen durchgeführt werden können (vgl. Eintrag zu "Instrumentarium", in: Duden Wörterbuch medizinischer Fachbegriffe, a.a.O.; e contrario Eintrag zu "Instrumente, chirurgische", in: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, a.a.O.). Entsprechend gehören auch chirurgische Instrumente, also jene die für einen operativen Eingriff nötig sind, zu den medizinischen Instrumenten, da "medizinisch" quasi der "Oberbegriff" aller medizinischen Disziplinen darstellt (vgl. Eintrag zu "Medizin", in: Duden Online, <http://www.duden.de>). Damit umfassen die medizinischen Instrumente der Ophthalmologie sowohl chirurgische als auch diagnostische und therapeutische Instrumente. Es sind dies zum Beispiel ein Ophthalmoskop (<http://www.riester.de/de/produkte/l/ophthalmologische-instrumente/> ; <https://www.heine.com/de/anwendungsgebiete/ophthalmologie/produkt/produkt-detail/31548-heine-mini3000R-led-ophthalmoskop/>; alle vorgenannten Links zuletzt besucht am 09. Januar 2019), ein Tonometer (<http://www.riester.de/de/produktdetails/d/ophthalmologische-instrumente/schiotz-tonometer/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]), ein Retinoskop (<http://www.riester.de/de/produktdetails/d/ophthalmologische-instrumente/ri-scoper-l-retinoskop/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]), Binokularlupen (<http://www.riester.de/de/produktdetails/d/ophthalmologische-instrumente/supervu-galilean-binokularlupen/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]), eine Handspaltlampe (<https://www.heine.com/de/anwendungsgebiete/ophthalmologie/produkt/produkt-detail/31285-heineR-hsl150-handspaltlampe-35-v/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]), ein Siaskop (<https://www.heine.com/de/anwendungsgebiete/ophthalmologie/produkt/produkt-detail/35672-heine-beta200-led-skiaskop/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]), ein Durchleuchter (<https://www.heine.com/de/anwendungsgebiete/ophthalmologie/produkt/produkt-detail/31291-heine-finoff-durchleuchter-35-v/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]) oder auch Messbrillen (<https://www.oculus.de/de/produkte/messbrillen-und-zubehoer/messbrillen-und-zubehoer/> [zuletzt besucht am 09. Januar 2019]). Dies sind mehrheitlich Handinstrumente, welche dem Ophthalmologen bei der Diagnostik helfen (vgl. die jeweiligen Produktebeschreibungen a.a.O.).

E. 5.3.5

Stellt sich also die Frage, ob "AutonoMe" im Zusammenhang mit "ophtho-mo-medizinischen Instrumenten" unterscheidungskräftig ist. Wie soeben festgestellt, fallen nicht nur chirurgische sondern auch diagnostische und therapeutische Instrumente der Ophthalmologie darunter. Gerade bei den Diagnoseinstrumenten handelt es sich häufig um kleinere Handinstrumente, die vom Arzt gehalten werden und elektrisch etwas messen oder durchleuchten (vgl. E. 5.3.4 hiervor). Ein ausführendes Instrument kann als autonom gelten, da es die ihm zugeordnete Aufgabe selbständig ausführt (vgl. E. 4.2.3 hiervor). Entsprechend kann ein ophtho-mo-medizinisches Instrument autonom sein und im Endeffekt dem Benutzer Autonomie ermöglichen. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, können gewisse medizinische Instrumente je nach Ausführung eher unter den Oberbegriff Apparat subsumiert werden (wie zum Beispiel ein Tonometer, welcher entweder als Handgerät [vgl. E. 5.3.4 hiervor] wie auch als kontaktloser, automatisch messender Apparat erhältlich ist [vgl. z. B. ein kontaktloser Tonometer, https://www.zeiss.ch/meditec/produkte/ophthalmologie/essential-line-_-basisdiagnostik/tonometrie-und-netzhautuntersuchung/non-contact-tonometer-visuplan-500.html]). Diesfalls stellt sich die Frage, ob diese Nähe zum Apparat ausreicht, um einen beschreibenden Sinngehalt bereits für das Handinstrument, also die "analogere" Version anzunehmen. Die Vorinstanz bejaht dies mit dem Hinweis auf die Überlegungen, dass eine Ware durchaus unter zwei Oberbegriffe subsumierbar sein kann und sich Oberbegriffe auch nicht gegenseitig ausschliessen (Vernehmlassung, Ziff. 12). Auch wenn dieser Einschätzung entgegen zu halten ist, dass es sich bei den Oberbegriffen auch nicht um Synonyme für einander handelt, und sie trotz allfälliger Überschneidungen doch eine Einteilung und Aufteilung von Waren und Dienstleistungen ermöglichen sollen, ist vorliegend festzuhalten, dass ein Gerät sowohl unter den Begriff des Instruments als auch des Apparates fallen kann. Analog einem chirurgischen Instrument, ist auch im Falle von medizinischen Instrumenten davon auszugehen, dass komplexere, technischere Gerät - wie z. B. ein kontaktloser Tonometer - als Instrument einzuteilen ist. Demnach weist das Zeichen "AutonoMe" im Sinne von "autonome" oder "Autonomie" im Zusammenhang mit ophtho-mo-medizinischen Instrumenten einen direkt beschreibenden Sinngehalt auf, nämlich, dass die damit gekennzeichneten Waren entweder im Sinne des in E. 4.2.3 Gesagten autonom funktionieren oder dem Benutzer (mehr) Autonomie verleihen. Dieser Hinweis ist schliesslich auch im in der Gestaltung des Zeichens enthaltenen Wortspiel von "autono" und "me" enthalten. Das Wortspiel zielt gerade darauf ab beim Abnehmer einen Ich-Bezug herzustellen. Es ist der Vorinstanz demnach beizupflichten (Vernehmlassung, Ziff. 21), dass im Zeichen der direkte Beschrieb, wonach das Instrument dem Ophthalmologen "Autonomie" verleiht, enthalten ist.

E. 6

Die Beschwerdeführerin stützt ihr Hauptbegehren auch auf das in Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte Gleichbehandlungsgebot. Mit Verweis auf die internationalen Registrierungen IR 1058577 "INDEPENDENCE" und IR 1260826 "AUTONOM HEALTH" sowie diversen anderen, ihrer Ansicht nach mit dem strittigen Zeichen vergleichbaren Marken, macht die Beschwerdeführerin dessen Verletzung geltend. Mit der Begründung, es fehle allen Voreintragungen an der Vergleichbarkeit, verneint die Vorinstanz einen solchen Anspruch.

E. 6.1

Das Gleichbehandlungsgebot besagt, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind (Art. 8 Abs. 1 BV). Dieselbe Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte in all ihren tatsächlichen Elementen identisch sind; es genügt, dass relevante Tatsachen im Hinblick auf die anzuwendenden Normen gleich sind (BGE 112 Ia 193 E. 2b). Demgegenüber besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, insbesondere dann, wenn nur in vereinzelten Fällen vom Gesetz abgewichen wurde. Frühere - allenfalls fehlerhafte - Entscheide sollen nicht als Richtschnur für alle Zeiten Geltung haben müssen (BGE 139 II 49 E. 7.1, 122 II 446 E. 4a; Urteil des BGer 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3 "Doppelhelix [fig.]"; BVGE 2010/47 E. 10.1 "Madonna", Urteil des BVGer B-4848/2013 vom 15. August 2014 E. 5.1 "COURONNÉ"). Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des BGer 4A_250/2009 vom 10. September 2009 E. 4 "UNOX [fig.]"; Urteile des BVGer B-1165/2012 vom 5. Februar 2014 E. 8.1 "Mischgeräte [3D]", B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 9.1 "Chocolat Pavot [fig.]"). Im Markenrecht wird das Gleichbehandlungsgebot äusserst zurückhaltend angewendet, da die Eintragungspraxis naturgemäss kasuistisch ist. So müssen die Marken hinsichtlich Zeichenbildung und beanspruchter Waren vergleichbar sein, wobei bereits geringfügige Unterschiede ins Gewicht fallen können (Marbach, SIWR III/1, N. 232 f.; Urteile des BGer 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 "Firemaster", 4A_261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 5.1 "V"; BVGE 2016/21 E. 6.2 mit Hinweis "Goldbären"). Werden die Voraussetzungen der Gleichbehandlung im Unrecht ausnahmsweise bejaht, ist zu prüfen, ob deren Anwendung nicht vorrangige öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (BGE 139 II 49 E. 7.1; 126 V 390 E. 6a; 123 II 248 E. 3c; Philipp Dannacher, Der allgemeine Gleichheitssatz im Markenprüfungsverfahren bei Gemeinschaftsmarken der EU sowie im deutschen und im schweizerischen Markenprüfungsverfahren, Diss. 2012, S. 39). Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots müssen im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich gerügt werden, was auch die Obliegenheit einschliesst, entsprechende Vergleichsfälle anzugeben (BVGE 2016/21 E. 6.2 "Goldbären"; Urteile des BVGer B-1456/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 4 "Schweiz Aktuell", B-2609/2012 vom 28. August 2013 E. 8.1 "Schweizer Fernsehen").

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin stützt ihren Anspruch unter anderem auf die Schweizerischen Marken Nr. P-462531, Nr. P-430193, Nr. 523122, Nr. 640908 und die internationalen Registrierungen IR 644633, IR 1016526, IR 1115565, IR 955330. Es sind dies diverse Eintragungen, welche die Begriffe "autonom", "autonomy" oder "autonomic" in Alleinstellung oder mit Zusätzen enthalten. Abgesehen davon, dass die internationale Registrierung IR 644633 in der Schweiz keinen Markenschutz genießt und die Schweizerische Marke Nr. 523122 inzwischen gelöscht ist, sind all die vorgenannten Voreintragungen weder für chirurgische und medizinischen Instrumente noch für andere Waren der Klasse 10 eingetragen. Damit ist keine Vergleichbarkeit mit diesen Voreintragungen gegeben (Urteil des BVGer B-1408/2015 vom 25. Oktober 2017 E. 5.4 "INFORMA").

E. 6.3

Weiter bringt die Beschwerdeführerin die 2016 in der Schweiz zum Markenschutz zugelassene internationale Registrierung IR 1260826 "AUTONOM HEALTH" vor. Diese ist in Klasse 10 u.a. für "instruments chirurgicaux" und "instruments médicaux" registriert. Entgegen der vorinstanzlichen Beurteilung (Vernehmlassung, Ziff. 26) handelt es sich bei den vorliegend beanspruchten "ophthalmo-chirurgischen und ophthalmo-medizinischen Instrumenten" um vergleichbare Waren, denn diese sind ja gerade chirurgische bzw. medizinische Instrumente. Hingegen ist der Vorinstanz dahingehend zuzustimmen, dass die Sinngehalte beider Zeichen nicht vollständig vergleichbar sind. Der Sinngehalt der Voreintragung lautet "autonome Gesundheit". Was unter "autonomer Gesundheit" zu verstehen ist, bleibt unklar. Damit ist die Voreintragung wortwörtlich zwar verständlich, doch führt die Kombination beider Begriffe, weil sich die Gesundheit auch auf den Patienten beziehen kann (vgl. E. 5.3.3 hiervor), eher zu einem unterscheidungskräftigen - da unbestimmten - Ganzen. Im Vergleich dazu fehlt dem strittigen Zeichen ein solcher Zusatz. Damit enthält die Voreintragung mit "autonom" zwar ein mit dem strittigen Zeichen vergleichbaren Bestandteil, doch unterscheiden sich die Sinngehalte beider Zeichen, sodass die Beschwerdeführerin aus dieser Eintragung nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

E. 6.4

Schliesslich stützt die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf Gleichbehandlung auch auf die 2012 in der Schweiz zum Markenschutz zugelassene internationale Registrierung IR 1058577 "INDEPENDENCE". Diese ist in Klasse 10 u.a. für "instruments pour la chirurgie orthopédique" registriert. Im Zusammenhang mit dieser Voreintragung hält die Vorinstanz fest, es könne offen gelassen werden, inwiefern der Sinngehalt des strittigen Zeichens jenem der Voreintragung entspreche, da diese einzig Schutz für chirurgische und nicht auch noch für medizinische Instrumente beanspruche (Vernehmlassung, Ziff. 26). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. "Independence" ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt (Beschwerde, Rz. 58, 60 f.), ein Synonym für "autonomie". Damit ist zwar nicht wortwörtlich das gleiche Zeichen beansprucht, sinngemäss liegt aber eine Übereinstimmung vor. Weiter beanspruchten beide Marken Schutz im Zusammenhang mit chirurgischen Instrumenten. Abgesehen davon, dass chirurgische Instrumente in medizinischen Instrumenten enthalten sind, kann jedenfalls in Bezug auf die Schnittmenge "chirurgische Instrumente" festgestellt werden, dass vergleichbare Sachverhalte vorliegen. Es ist der Beschwerdeführerin daher mindestens bezüglich der chirurgischen Instrumente beizupflichten, dass die Vorinstanz ein vergleichbares Zeichen zum Markenschutz zugelassen hat. Allerdings vermag die Beschwerdeführerin aus diesem Einzelfall nichts zu ihren Gunsten abzuleiten: Eine einzelne Voreintragung vermag, selbst wenn sie vergleichbar ist, keine Praxis zu begründen (Urteil des BVGer B-4848/2013 vom 15. August 2014 E. 5.3 mit Hinweis "COURONNÉ").

E. 6.5

Die Beschwerdeführerin kann nach dem Gesagten aus den vorgebrachten Markeneintragungen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ableiten. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das Gleichbehandlungsgebot verletzt, stösst somit ins Leere.

E. 7

In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptantrag nicht durchdringt. Dem Zeichen "AutonoMe" ist in Verbindung mit den in

Klasse 10 beanspruchten Waren "ophthalmo-chirurgischen und -medizinischen Instrumenten" gemäss Art. 2 lit. a MSchG aufgrund mangelnder Unterscheidungskraft der Markenschutz zu verweigern. Verbleibt schliesslich im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren festzuhalten, dass aufgrund der bereits heute ersichtlichen technischen Entwicklung und dem medizinischen Einsatz von Robotik und Künstlicher Intelligenz nicht auszuschliessen ist (vgl. E. 4.2.3 hiervor), dass in Zukunft eine weitere Verschmelzung zwischen Instrument und Apparat stattfinden und den Begriffen "autonom", "autonome" und "Autonomie" ein noch aktuelleres Gewicht zukommen wird. Obschon der dem hinterlegten Zeichen zugrunde liegende Begriff "autonome" kein medizinischer Fachbegriff ist sondern dem allgemeinen Wortschatz angehört, haben Mitanbieter ein Interesse daran, ihre medizinischen und chirurgischen Instrumente als "autonom" zu bezeichnen (BVGE 2018 IV/3 E. 6.2 "WingTsun"). Zu Recht führt die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Abgrenzung von chirurgischen Apparaten und Instrumenten aus (angefochtene Verfügung, Ziff. 14 ff., Vernehmlassung, Ziff. 20), dass bereits heute vermehrt chirurgische Roboter eingesetzt werden und diese in der Presse mit "autonom" (bzw. "autonomous" auf Englisch) beschrieben werden. Wohl ist der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang dahingehend zuzustimmen, dass nicht das effektive Instrument - wie z.B. das Skalpell -, sondern der chirurgische Roboter autonom ist. Allerdings ist der Roboter sprichwörtlich ein "Instrument", ein Mittel bzw. Werkzeug, des Chirurgen. Auch wird dadurch deutlich, dass die Abgrenzungen zwischen Instrumenten und Apparaten in Zukunft noch schwieriger sein wird (Vernehmlassung, Ziff. 12 und 14). Unabhängig davon, ob der Roboter selber als chirurgisches Instrument zu qualifizieren ist oder nicht, zeigt gerade diese Entwicklung, dass der Begriff "Autonomie" im in E. 4.2.3 dargestellten Sinne auch in Zukunft von grosser Wichtigkeit sein wird (vgl. auch Stefanie Keiser, Robotik in der Chirurgie, UZH News vom 9. Juni 2017, abrufbar unter: <https://www.news.uzh.ch/de/articles/2017/Robotik-Chirurgie.html>). Damit ist von einem relativen Freihaltebedürfnis auszugehen (BVGE 2018 IV/3 E. 6.2 "WingTsun").

E. 8.1

Nachdem die Beschwerde im Hauptpunkt abzuweisen ist, gilt es das Eventualbegehren, mit welchem die Eintragung des Zeichens mit dem eingeschränkten Warenverzeichnis "manuell eingesetzte ophthalmo-medizinische und -chirurgische Instrumente" in Klasse 10 beantragt wird, zu prüfen. Die Beschwerdeführerin selber führt aus, bei der von ihr gewählten positiven Einschränkung handle es sich um einen Pleonasmus (Beschwerde, Rz. 72) und sie stelle diesen Antrag einzig aus prozessualer Vorsicht heraus (Beschwerde, Rz. 71). Unabhängig davon, dass der Beschwerdeführerin selber nicht ganz schlüssig erscheint, inwiefern diese Einschränkung dem Zeichen Unterscheidungskraft verleihen soll, steht jedenfalls fest, dass - wie im Hauptantrag behandelt - die manuelle Handhabung eines Geräts nichts am beschreibenden Sinngehalt des Zeichens ändert (vgl. E. 5.3.6 f. hiervor). Im Einklang mit der Vorinstanz (Vernehmlassung, Ziff. 31) ist festzustellen, dass diese Einschränkung dem Zeichen die nötige Unterscheidungskraft nicht zu verleihen vermag. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist damit als unbegründet abzuweisen.

E. 8.2

Verbleibt schliesslich die Prüfung des von der Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 10. Februar 2017 gestellten Subeventualbegehrens. Damit beantragt sie die Eintragung des Zeichens "AutonoMe" lediglich für "ophthalmo-chirurgische Instrumente" in Klasse 10. Unabhängig davon, dass dieser Antrag erst mit der Replik gestellt wurde und damit fraglich

ist, ob darauf überhaupt einzutreten wäre (Urteil des BVGer B-3939/2016 vom 16. Mai 2018 E. 8.2 mit Hinweisen "YONG GLOBAL LEADERS"), ist festzustellen, dass dieses Subeventualbegehren materiell bereits mit dem Hauptantrag abgewiesen wurde. Das Zeichen "AutonoMe" ist im Zusammenhang mit "ophthalgo-chirurgische Instrumente" in Klasse 10 gemäss Art. 2 lit. a MSchG vom Markenschutz auszuschliessen (vgl. E. 5.3.6 hiervor).

E. 9

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch Nr. 58219/2016 "AutonoMe" zu Recht gemäss Art. 2 lit. a MSchG zurückgewiesen hat. Die Beschwerde ist sowohl im Hauptpunkt als auch im Eventual- und Subeventualantrag unbegründet und demnach abzuweisen.

E. 10.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten zulasten der unterliegenden Partei umfassen nebst der Gerichtsgebühr auch allfällige Kanzleigeühren (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). 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 in dieser Höhe einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 10.2

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

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