Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3036/2011

Urteil vom 5. Dezember 2011

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Marc Hunziker.

Parteien

S._____,
vertreten durch Rechtsanwälte lic. iur. Stefan Kirchhofer und lic. iur. Brigitte Sommer,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung vom 28. April 2011 betreffend die teilweise Zurückweisung des Markeneintragungsgesuchs Nr. 52749/2010 SWISSAIR.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin hinterlegte bei der Vorinstanz am 18. März 2010 die Wortmarke SWISSAIR (Gesuchs-Nr. 52749/2010). Das Zeichen beansprucht Schutz für folgende Waren und Dienstleistungen der Klassen 12, 39 und 43:

> Klasse 12: Fahrzeuge; Flugzeuge, Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser.
>
> Klasse 39: Transportwesen; Veranstaltung von Reisen; Beförderung von Reisenden; Buchung von Reisen; zur Verfügung stellen von Informationen im Bereich des Transportwesens; Vermietung von Fahrzeugen; Vermietung von Flugzeugen; Transport von Waren; Transport von Wertsachen.
>
> Klasse 43: Verpflegung von Gästen; Catering.

B.
Die Vorinstanz beanstandete das Eintragungsgesuch mit Schreiben vom 29. Juli 2010 mit Ausnahme von *Apparate zur Beförderung auf dem Wasser* in Klasse 12 hinsichtlich sämtlicher beanspruchter Waren und Dienstleistungen, weil bei den in Zusammenhang mit Fliegerei stehenden Waren und Dienstleistungen das beschreibende Markenverständnis "Schweizer Fluggesellschaft" eindeutig im Vordergrund stehe.

C.
Mit Schreiben vom 29. September 2010 bestritt die Beschwerdeführerin eine fehlende Unterscheidungskraft sowie eine Freihaltebedürftigkeit ihrer Markenanmeldung, lasse sich das Zeichen doch mit "Schweizer Luft" übersetzen. Auch habe die Rekurskommission für geistiges Eigentum in ihrem Entscheid vom 12. Dezember 2006 *SWISSAIR/SWISS (fig.)* die Marke SWISSAIR einzig für Dienstleistungen einer Fluggesellschaft als beschreibend erachtet und zudem festgestellt, dass zwar die Herkunftsangabe "SWISS", nicht jedoch der kennzeichnende Wortbestandteil "AIR" bzw. die Kombination beider Wörter, freihaltebedürftig sei (sic! 2007, S. 540). Im Übrigen machte die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot geltend, dass die Vorinstanz eine Reihe vergleichbarer Marken eingetragen habe.

D.
Mit Stellungnahme vom 28. Dezember 2010 hielt die Vorinstanz an der

partiellen Zurückweisung des Zeichens fest, sei doch die Kombination einer Herkunftsangabe mit dem Wortbildungselement "AIR" üblich, um auf eine Fluggesellschaft hinzuweisen. In Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen träten die übrigen möglichen Bedeutungsinhalte in den Hintergrund. Insbesondere mache das Verständnis "Schweizer Luft" keinen Sinn. Der zitierte Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum vermöge an ihrer Einschätzung nichts zu ändern, zumal Widerspruchsentscheiden keine präjudizierende Wirkung auf spätere Eintragungsverfahren zukäme. Im Übrigen handle es sich bei den unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot vorgebrachten Marken im Wesentlichen um solche, die über unterscheidungskräftige grafische Ausgestaltungen aufwiesen, für nicht im Zusammenhang mit dem Flugwesen stehende Waren bzw. Dienstleistungen eingetragen worden seien, sich durchgesetzt hätten oder deren Eintragung soweit zurück liege, dass sie nicht die heutige Eintragungspraxis zu widerspiegeln vermöchten.

E.

Nach implizitem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme, verweigerte die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. April 2011 der Marke für sämtliche Waren und Dienstleistungen mit Ausnahme von *Apparate zur Beförderung auf dem Wasser* in Klasse 12 die Eintragung.

F.

Mit Beschwerde vom 27. Mai 2011 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 28. April 2011 aufzuheben und die Vorinstanz unter Kostenfolge anzuweisen, die Markenanmeldung für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 12, 39 und 43 einzutragen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die Marke SWISSAIR weder beschreibend noch freihaltebedürftig sei. So weise der Markenbestandteil "AIR" einzig in Verbindung mit anderen Wörtern, wie etwa "line", "port" oder "mail" auf einen Zusammenhang mit dem Flugwesen hin. Dagegen würden Kombinationen aus einer Herkunftsangabe und dem Wortbildungselement "AIR" von den Verkehrskreisen nicht als Sachbezeichnungen, sondern vielmehr als Hinweis auf bestimmte Unternehmen verstanden. In Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen komme der Marke SWISSAIR höchstens eine assoziative Bedeutung zu. Des Weiteren mache die Tatsache, dass unter einer gleichnamigen Wortmarke früher eine Fluggesellschaft betrieben

worden sei, das Zeichen nicht zu einer Sachbezeichnung für Flugunternehmen, zumal relative Ausschlussgründe im vorliegenden Eintragungsverfahren nicht zu prüfen seien. Im Übrigen verwies die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf eine Reihe von Schweizer Marken auf das Gleichbehandlungsgebot.

G.
Mit Vernehmlassung vom 16. September 2011 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung verwies sie auf ihre bisherigen Ausführungen und brachte ergänzend vor, dass ein Zeichen bereits dann vom Markenschutz ausgeschlossen sei, wenn es nur für einen Teil der unter einen beanspruchten Oberbegriff fallenden Waren und Dienstleistungen beschreibend sei. In den letzten Jahren hätten die Fluggesellschaften ihr Dienstleistungsangebot deutlich diversifiziert. So gehöre die Buchung eines Gesamtferienpakets mittlerweile zum klassischen Leistungsangebot einer Fluggesellschaft. Auch würden Fluglinien Konkurrenzunternehmen mit Fertigmahlzeiten beliefern. Im Übrigen beschreibe das Zeichen SWISSAIR hinsichtlich *"Fahrzeuge; Flugzeuge, Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft"*, worunter auch Spezialfahrzeuge im Zusammenhang mit der Wartung, Überprüfung und Instandhaltung von Flugzeugen fielen, einzig den Destinatär bzw. Zweck.

H.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz im Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Es liegt kein Ausnahmefall nach Art. 32 VGG vor. Die Beschwerde wurde innert der gesetzlichen Frist von Art. 50 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) eingereicht, und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig

geleistet. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und beschwert (Art. 48 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

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

2.1.

Ein Zeichen ist im Sinne dieser Bestimmungen irreführend, wenn es geeignet ist, falsche Erwartungen bei den angesprochenen Abnehmerinnen und Abnehmern zu wecken (BGE 125 III 204 E. 1e *Budweiser*, BGE 93 I 675 E. 2 *Diamalt*; JÜRG MÜLLER, Zum Begriff der täuschenden Marke, Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1981, S. 8; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, S. 94). Von Registerzeichen geweckte Erwartungen sind nicht erst falsch, wenn das gekennzeichnete Angebot gänzlich von ihnen abweicht. Es genügt, dass die Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke eingetragen ist, in einem für den Kaufentscheid wesentlichen Punkt hinter den geweckten Erwartungen zurückbleiben, also nur eine Irreführungsgefahr oder Verwirrung und weder eine manifeste Täuschung noch einen Vermögensschaden bewirken (MÜLLER, a.a.O., S. 9; LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/ Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2, N 51; CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2, N 216, 218; MICHAEL NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin, Stämpflis Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), Bern 2009, Art. 2 Bst. c, N 28 ff.). Im ehemaligen Markenschutzgesetz vom 26. September 1890 (aMSchG) war das Verbot irreführender Zeichen im Schutzausschluss sittenwidriger Zeichen enthalten (Art. 3 Abs. 4 aMSchG; vgl. ERWIN MATTER, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939, S. 80 ff.). Auch im heutigen Gesetz bezweckt es, angesprochene Abnehmerkreise im Interesse eines sittlichen und anständigen Geschäftsgebahrens vor Täuschung zu

bewahren oder einer solchen Täuschung zumindest nicht Vorschub zu leisten.

2.2.

Zeichen können in verschiedener Hinsicht irreführend sein. Herkömmlicherweise werden die Irreführungstatbestände in die drei in der Praxis wichtigsten Fallgruppen eingeteilt, nämlich in die Irreführung über (1) geografische Herkunft der Produkte, (2) sachliche Eigenschaften der Produkte und (3) die Geschäftsverhältnisse des Markenanmelders. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, sind die möglichen Bezugspunkte zur Irreführung doch grundsätzlich unbeschränkt (NOTH, a.a.O., Art. 2 Bst. c, N 32, 76). Unerheblich ist ebenfalls, ob die Irreführung durch Angaben erfolgt, die nicht den Tatsachen entsprechen oder wahr, aber irreführend sind. Entscheidend ist, dass die Angabe geeignet ist, falsche Vorstellungen hervorzurufen, wobei die blosse Möglichkeit der Irreführung genügt (WILLI, a.a.O., Art. 2, N 216; BGE 77 I 79 Kübler Rad). Unter Irreführung über die Geschäftsverhältnisse des Markenanmelders werden insbesondere die Verwendung gefälschter Auszeichnungen wie die Hervorhebung nicht erlangter Preise oder eines übertriebenen Alters subsumiert (DAVID, a.a.O., Art. 2 N.59). Dagegen stellt die Kollision eines jüngeren mit einem älteren Kennzeichen einen relativen Ausschlussgrund dar. Diese unterscheiden sich von den absoluten Ausschlussgründen dadurch, dass sie nicht von Amtes wegen geprüft werden, sondern nur vom Rechtsinhaber der älteren Marke geltend gemacht werden können (WILLI, a.a.O., Art. 2, N 255; Art. 3 Abs. 3 MSchG). Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Markenverletzung keine Irreführungsgefahr zu begründen vermag. In der Annahme, dass der ältere Markeninhaber sein Zeichen aus eigenem Antrieb verteidigen werde, entlastete der Gesetzgeber beim Eintragungsverfahren die Vorinstanz und die Gerichte von der Überprüfung der relativen Ausschlussgründe. Müssen diese Behörden jedoch im konkreten Fall davon ausgehen, dass der Markeninhaber sein Zeichen aus einem wie auch immer gelagerten Grund nicht verteidigen kann oder will, so muss es ihnen zumindest hinsichtlich notorisch bekannter Marken erlaubt sein, deren Verletzung zu überprüfen. Dabei steht nicht der Bestandsschutz des älteren, möglicherweise bereits verfallenen bzw. gelöschten Zeichens, sondern einzig der Schutz des Publikums vor einer allfälligen Täuschung in Frage. Denn selbst nach dem Untergang einer älteren Marke kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine mit ihr verknüpfte Irreführungsgefahr fortbesteht.

2.3. Die Täuschungsgefahr beurteilt sich aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise, weshalb diese vorweg zu bestimmen sind. Dabei hat sich die Beurteilung grundsätzlich nach der Wahrnehmung der schwächsten und irreführungsanfälligsten Gruppe von Marktteilnehmern zu richten, ohne die besser geschulten Kreise aus den Augen zu verlieren (Urteil des Bundesveraltungsgerichts B-6222/2009 vom 30. November 2010 E. 3 *LOUIS BOSTON* mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin beansprucht für ihre Registrierung im Wesentlichen Schutz für sämtliche Arten von Fortbewegungsmittel in Klasse 12, für eine Vielzahl von Transport- und Reisedienstleistungen in Klasse 39 sowie für Verpflegungs- bzw. Bewirtungsdienstleistungen in Klasse 43. Die Waren und Dienstleistungen richten sich nicht nur an Fachpersonen, wie etwa die Betreiber von Airlines, Reedereien und anderen Transportunternehmen, sondern im hohen Masse auch an den Endkonsumenten. So sind heutzutage nicht nur Automobile und Boote, sondern auch Kleinflugzeuge sowie Fluggeräte zu sportlichen Zwecken für weite Kreise erschwinglich. Dasselbe gilt auch bezüglich der Flugzeugmiete. Insgesamt beschränken sich daher die relevanten Verkehrskreise nicht nur auf Fachkreise, wie dies etwa bei rezeptpflichtigen Medikamenten und Schulbüchern der Fall wäre, die ausschliesslich von Ärzten bzw. Lehrern ausgewählt werden (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 11). Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft des Zeichens als beschreibend ist deshalb vom Verständnis des Endkonsumenten auszugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich, von einem Teil der Verpflegungs- und Beförderungsdienstleistungen abgesehen, grundsätzlich nicht um alltägliche Waren und Dienstleistungen handelt, weshalb dem massgebenden Endabnehmer eine erhöhte Aufmerksamkeit attestiert werden muss.

2.4. Die frühere nationale Fluggesellschaft der Schweiz, die Schweizerische Luftverkehrs AG "Swissair" wurde am 26. März 1931 gegründet. Sie war jahrzehntelang der Inbegriff der Premium-Airline schlechthin und genoss weltweit einen hervorragenden Ruf. Die einst auch fliegende Bank genannte Fluggesellschaft durchlief viele Höhen und Tiefen; die allerletzte, das finanzielle Fiasko, hervorgerufen durch eine ungesunde und falsche Expansionspolitik, überlebte die Airline nicht und ging im Oktober 2001 in Nachlassstundung (http://www.luftfahrt.ch/airlines/historic/swissair /index.html). Die am 23. September 1994 in das schweizerische Markenregister unter anderem für Waren und Dienstleistungen der Klassen 12, 39 und 42 eingetragene Marke Nr. P-412474 SWISSAIR fiel daher in die Nachlass-

bzw. Liquidationsmasse, wo sie am 24. August 2009 von der Swiss International Air Lines AG erworben wurde. Ob das Zeichen seit Eintritt der Nachlassstundung in rechtserhaltender Weise gebraucht worden ist, kann in casu dahingestellt bleiben, gilt es doch nicht dessen Bestand, sondern das Vorhandensein einer Irreführungsgefahr seitens der streitigen Markenanmeldung zu prüfen.

2.5. Swissair war zweifellos eine berühmte Fluggesellschaft und dürfte nahezu jedem Schweizer bekannt gewesen sein. Auch rund zehn Jahre nach Einstellung des Flugbetriebes dürfte sie von ihrer Bekanntheit nur wenig eingebüsst haben, wofür unter anderem die filmische Aufarbeitung der Gegebenheiten rund um die Einstellung des Flugbetriebes sowie die mediale Auseinandersetzung mit den Verantwortlichkeitsklagen und der Vermögensliquidation sorgten. Die Berühmtheit der Bezeichnung SWISSAIR als Gesellschaftsnamen sowie als Marke für die vorliegend in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen darf deshalb auch zum heutigen Zeitpunkt noch als gerichtsnotorisch angesehen werden. Es besteht folglich eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Verkehrskreise im jüngeren Zeichen die Marke der berühmten Fluggesellschaft erblicken. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie davon ausgehen, dass es sich um den Markengebrauch durch eine aus der Liquidationsmasse hervorgegangenen Nachfolgegesellschaft oder durch eine vorbestehende Gesellschaft, welche die Marke aus der Liquidationsmasse erworben hat, handelt. Entscheidend ist, dass der überwiegende Teil der Marktteilnehmer in der Markenanmeldung fälschlicherweise einen Zusammenhang mit der früheren nationalen Fluggesellschaft erkennen dürfte. Selbst Fachleute und andere besonders aufmerksame Konsumenten könnten diesem Irrtum unterliegen, dürften sie das Zeichen doch kaum im Schweizer Markenregister überprüfen. Die Markenanmeldung würde folglich von einem über Jahrzehnte aufgebauten Goodwill sowie allenfalls auch vom Anschein eines kapitalkräftigen Unternehmens profitieren, dürfte es doch einzig einem solchen möglich sein, die immer noch als sehr wertvoll betrachtete Marke des berühmten Flugunternehmens zu erwerben. Es besteht daher eine grosse Gefahr, dass die betroffenen Verkehrskreise über die Geschäftsverhältnisse der Beschwerdeführerin in die Irre geführt würden, zumal das suggerierte Verhältnis zur früheren Swissair insbesondere aus schweizerischer Sicht für geschäftliche Beziehungen von Relevanz sein dürfte. Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass das angemeldete Zeichen hinsichtlich der streitigen Waren und

Dienstleistungen infolge Irreführungsgefahr gemäss Art. 2 Bst. c MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen ist.

3.

Die Vorinstanz verweigerte dem Zeichen die Eintragung, da dieses zum Gemeingut zähle. Gemäss Art. 2 lit. a MSchG sind Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben. Als Gemeingut gelten nach ständiger Praxis Hinweise auf Eigenschaften, die Beschaffenheit, die Zusammensetzung, die Zweckbestimmung oder die Wirkung der Ware oder Dienstleistung, welche die Marke kennzeichnet. Dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Ware oder Dienstleistung hindeuten, reicht freilich nicht aus, sie zur Beschaffenheitsangabe werden zu lassen. Der gedankliche Zusammenhang mit der Ware oder Dienstleistung muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke ohne besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 127 III 160 E. 2b aa *Securitas/Securicall*). Auch wenn für das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall der Irreführungsaspekt im Vordergrund steht, kann es den Ausführungen der Vorinstanz im Wesentlichen zustimmen. So wird nicht nur die Kombination einer Herkunftsangabe mit dem Wortbildungselement AIR häufig zur Bezeichnung einer Fluggesellschaft des betreffenden Landes verwendet, wie dies etwa bei Bulgaria Air, Finnair, Korean Air, Tunisair, Air Canada, Air China, Air France sowie Air Malta der Fall ist, sondern handelt es sich bei den in casu beanspruchten Waren und Dienstleistungen um solche, die typischerweise mit einer Fluggesellschaft in Verbindung gebracht werden. Darüber hinaus stellt das angemeldete Zeichen keine Wortneuschöpfung, sondern die Bezeichnung der früheren nationalen Fluggesellschaft dar (vgl. E. 2.4), deren Marke Nr. P-412474 SWISSAIR für nahezu übereinstimmende Waren und Dienstleistungen im Schweizer Markenregister eingetragen ist, weshalb sich den Marktteilnehmern auch bezüglich vorliegender Markenanmeldung das Verständnis Schweizer Fluggesellschaft geradezu aufdrängt. Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass das angemeldete Zeichen hinsichtlich der streitigen Waren und Dienstleistungen auch infolge Gemeinguts gemäss Art. 2 Bst. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen ist.

4.

Die Beschwerdeführerin berief sich im Übrigen unter Hinweis auf eine

Reihe die Wortbestandteile "SWISS" und bzw. oder "AIR" enthaltenden, im Schweizer Markenregister eingetragenen Marken auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt die Gleichbehandlung von Sachverhalten, die ohne weiteres vergleichbar sind und sich nicht in rechtlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Wegen der Problematik einer erneuten Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke, die seit Jahren im Markenregister eingetragen ist, muss das anzuwendende Kriterium, wonach Sachverhalte "ohne weiteres" vergleichbar sein müssen, restriktiv angewendet werden (RKGE in sic! 2003, S. 803 *We keep our promises*), zumal bereits geringfügige Unterschiede im Hinblick auf die Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Zeichens von grosser Bedeutung sein können (RKGE in sic! 1998, S. 303 *Masterbanking*). Die aufgeführten Marken lassen eine uneinheitliche Praxis bezüglich der Eintragung von Zeichen mit dem Bestandteil "AIR" in Verbindung mit geografischen Angaben erkennen. Ebenso heterogen erscheint die Eintragungspraxis bezüglich der Herkunftsbezeichnung "SWISS" in Kombination mit anderen Zeichenelementen. Anmerken lässt sich hierzu namentlich, dass es sich bei einem Teil der Zeichen anders als bei der vorliegenden Markenanmeldung um Wort-/Bildmarken handelt. Des Weiteren dürften sich die Wortmarken Nr. P-411146 AIR FRANCE, Nr. P-412474 SWISSAIR sowie Nr. 502045 FLYSWISS im Verkehr durchgesetzt haben, weshalb bei ihnen kein absoluter Ausschlussgrund gemäss Art. 2 Bst. a MSchG vorlag. Ausserdem dürfte bei der Wortmarke Nr. 509208 SWISSAIR, welche im Wesentlichen Schutz für *Luftreinigungsgeräte, Lüftungsgeräte und Wärmrückgewinnungsgeräte schweizerischer Herkunft* in Klasse 11 geniesst, kein Zusammenhang zur ehemaligen nationalen Fluggesellschaft Swissair vermutet werden, weshalb eine relevante Irreführungsgefahr gemäss Art. 2 Bst. c MSchG bei ihr ausscheidet. Im Übrigen anerkennt das Bundesgericht einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nur, wenn eine Behörde nicht nur in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht, darüber hinaus zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, und keine überwiegenden Interessen an einem gesetzmässigen Entscheid entgegenstehen (BGE 115 Ia 83 E. 2; BGE 116 Ib 235 E. 4; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 164 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Zürich 2006, Rz. 518 ff.). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

5.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch Nr. 52749/2010 für *Fahrzeuge; Flugzeuge, Apparate zur Beförderung auf dem Lande*, in der Luft in Klasse 12 sowie für die beanspruchten Dienstleistungen in den Klassen 39 und 43 zurecht nicht in das Schweizer Markenregister eingetragen hat. Die Beschwerde ist demnach als unbegründet abzuweisen.

6.
Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. 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 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 einem eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.− und Fr. 100'000.− angenommen werden darf (Urteil des Bundesgerichts 4A.116/2007 vom 27. Juni 2007 E. 3.3 mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist im vorliegenden Verfahren auszugehen, scheint es doch dem Bundesverwaltungsgericht aus Billigkeitsgründen hier angebracht, sich am originären Wert der umstrittenen Markenanmeldung und nicht an deren potentiell, gälte es nach einer Eintragung möglicherweise noch in einem Widerspruchs- bzw. Zivilverfahren zu obsiegen, um ein Vielfaches höheren Verkaufswert zu orientieren.

7.
Eine Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 ff. VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.− werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.− verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. MA-Prüf2 Km/52749/2010; Gerichtsurkunde)
– das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Marc Hunziker

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 7. Dezember 2011