



## **Urteil vom 8. April 2015**

---

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiber Adrian Gautschi.

---

Parteien

**WHEELS Logistics GmbH & Co. KG,**  
Hansestrasse 6, DE-48165 Münster,  
vertreten durch Patentanwalt Dr. Erich Hasler,  
Riederer Hasler & Partner Patentanwälte AG,  
Elestastrasse 8, 7310 Bad Ragaz,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wheely AG,**  
Fraumünsterstrasse 9, 8001 Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwälte Oliver Kunz und Kim Leuch,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

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

---

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 12209,  
IR 686'867 WHEELS / CH 622'158 WHEELY.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdegegnerin meldete am 14. Oktober 2011 die Wortmarke CH 622'158 WHEELY bei der Vorinstanz an, welche die Eintragung des für Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 38, 39 und 42 beanspruchten Zeichens am 7. November 2011 auf der Publikationsplattform < <http://www.swissreg.ch> > bekannt gab.

**B.**

Am 7. Februar 2012 erhob die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz, gestützt auf ihre internationale Wortmarke IR 686'867 WHEELS, gegen diese Eintragung vollumfänglich Widerspruch. Die Widerspruchsmarke war am 22. Oktober 1997 für folgende Waren und Dienstleistungen eingetragen worden:

- 9 Supports de données de tout genre, avec des programmes d'ordinateurs enregistrés (information en code machine).
- 39 Services et travaux d'entreprise de logistique, en particulier en ce qui concerne la logistique de transport, de distribution et de dépôt; services et travaux d'entreprise de transport.
- 42 Établissement de programmes pour le traitement d'information.

Die Marke beruht auf einer deutschen Basiseintragung und wurde am 23. Februar 1999 nachträglich für das Gebiet der Schweiz benannt. Der Widerspruch wird mit dem Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen den Marken begründet.

**C.**

Mit Widerspruchsantwort vom 11. Juni 2012 bestritt die Beschwerdegegnerin das Bestehen einer Verwechslungsgefahr und erhob die Einrede, die Widerspruchsmarke sei für die eingetragenen Waren und Dienstleistungen nicht rechtserhaltend gebraucht worden. Zum Beispiel fehle die Schweiz bei den europäischen Niederlassungen der Beschwerdeführerin auf deren Webseite.

**D.**

Mit Replik vom 17. Dezember 2012 bekräftigte die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen mit dem Hinweis auf ihre gleichnamige Schweizer Tochtergesellschaft, ihre in der Schweiz verkehrenden Lastwagen mit der Widerspruchsmarke, hierher versandte Rechnungen, die Verteilung von Daten-

trägern sowie auf ihre Webseite mit besonderem Kundenzugriff < <http://wheelslogistics.com> >.

**E.**

Die Beschwerdegegnerin widersetzte sich dieser Darstellung mit Duplik vom 17. Juni 2013. Sie bestritt den Beweiswert der eingereichten Gebrauchsbelege und die rechtserhaltende Wirkung des Logos "Wheels Logistics" mit stilisierter Schreibweise für die Widerspruchsmarke.

**F.**

Die Vorinstanz wies den Widerspruch mit Verfügung vom 17. September 2013 vollumfänglich ab und führte zur Begründung aus, die eingereichten Belege machten einen markenmässigen Gebrauch der Widerspruchsmarke im relevanten Zeitraum nicht glaubhaft. Entweder seien die Belege undatiert, stammten nicht aus dem relevanten Gebrauchszeitraum oder zeigten die Widerspruchsmarke ohne funktionellen Zusammenhang mit den eingetragenen Waren. Auch die eidesstattliche Erklärung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin habe nicht genügend Beweiskraft. Auf eine Beurteilung relativer Ausschlussgründe könne verzichtet werden.

**G.**

Gegen diese Verfügung führte die Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2013 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag:

"Der Entscheid des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum im Widerspruchsverfahren Nr. 12209 vom 17. September 2013 sei aufzuheben und der Widerspruch gegen die schweizerische Marke Nr. 622 158 'WHEELY' sei vollumfänglich gutzuheissen.

Eventualiter: Der Entscheid des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum im Widerspruchsverfahren Nr. 12209 vom 17. September 2013 sei aufzuheben und die Streitsache sei zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts an die Vorinstanz zurückzuweisen

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –"

Zur Begründung machte sie geltend, der Gebrauch der Widerspruchsmarke sei in der Gesamtwürdigung der Beweismittel für alle eingetragenen Waren und Dienstleistungen glaubhaft. Ihr Firmenbuchauszug und der Handelsregisterauszug ihrer Schweizer Schwestergesellschaft, deren Bilanz und Erfolgsrechnung und eine zweite eidesstattliche Erklärung ihres Geschäftsführers seien dafür ebenso zu berücksichtigen wie der belegte Gebrauch in der Wortkombination "Wheels logistics" als Wort-/Bild-

zeichen auf Lieferscheinen, Rechnungen, Geschäftspapieren, Geschäftsunterlagen und im Firmenauftritt, da das Zeichen dadurch in seinem kennzeichenmässigen Kern nicht verändert werde. Ergänzend äusserte sie sich zur Frage der Verwechslungsgefahr zwischen den Marken.

#### **H.**

Mit Schreiben vom 6. Januar 2014 verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung und beantragte unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde abzuweisen.

#### **I.**

Die Beschwerdegegnerin bestritt mit Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2014 teils die Zulässigkeit und teils den Tatsachengehalt, die Relevanz oder die Beweiskraft der vorgelegten Beweismittel. Zu Unrecht berufe sich die Beschwerdeführerin auf angebliche Gebrauchshandlungen von Drittfirmen. Ihren Gebrauch des Zeichens belege sie nur als Geschäftsbezeichnung und Firma, aber nicht als produktidentifizierendes Unterscheidungsmerkmal im Zusammenhang mit den eingetragenen Waren und Dienstleistungen. Zudem verfremdeten der Zusatz "logistics" und die Schreibweise "≡≡" für "EE" den Gesamteindruck der geltend gemachten Zeichen und verhinderten deren rechtserhaltende Wirkung. Zusätzlich verneinte sie das Bestehen einer Verwechslungsgefahr.

#### **J.**

Mit Replik vom 28. März 2014 rechtfertigte die Beschwerdeführerin die Einreichung ergänzender Beweismittel im Beschwerdeverfahren und entgegnete, spätestens damit sei der rechtserhaltende Gebrauch ihrer Marke für alle eingetragenen Waren und Dienstleistungen glaubhaft gemacht. Namentlich sei auch der stellvertretende Markengebrauch durch das Schweizer Unternehmen Wheels Logistics GmbH ihr anzurechnen und wirke das auf Lieferscheinen, Rechnungen und Geschäftspapieren verwendete Logo "Wheels logistics" rechtserhaltend für ihre Marke. Sie hielt am Bestehen einer Verwechslungsgefahr fest.

#### **K.**

Die Beschwerdegegnerin hielt mit Duplik vom 10. Juni 2014 an ihren bisherigen Anträgen und Ausführungen fest.

#### **L.**

Auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

**M.**

Auf die weiteren Vorbringen ist in den folgenden Erwägungen einzugehen, soweit sie rechtserheblich sind.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchssachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Widersprechende hat die Beschwerdeführerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, als Adressatin ist sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-b des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde wurde innert Frist und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.2** Die Vorinstanz hat ihre Prüfung auf die Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs der Widerspruchsmarke beschränkt, sie verneint und den Widerspruch darum ohne Prüfung der Frage der Verwechslungsgefahr abgewiesen. Ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin ist damit nach ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur für die Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs zu bejahen und die Sache bei Gutheissung der Beschwerde zur Prüfung der Verwechslungsgefahr an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; Urteile des BVGer B-3547/2013 vom 1. April 2014 E. 2 "Koala/Koala"; B-6378/2011 vom 15. August 2013 E. 2 "Fuciderm/Fusiderm").

**1.3** Die Beschwerdegegnerin rügt, durch nachträglich im Beschwerdeverfahren eingereichte Gebrauchsbelege, mehr als das Vierfache dessen, was sie der Vorinstanz eingereicht habe, verkürze die Beschwerdeführerin den Rechtsmittelweg und sei das Bundesverwaltungsgericht gezwungen, sozusagen als erste Instanz darüber zu entscheiden. Deshalb sollte kein reformatorischer Entscheid gefällt werden können. Sofern die Beschwerdegegnerin damit sinngemäss die Legitimation der Beschwerdeführerin auf ein reformatorisches Urteil infrage stellt, ist ihr allerdings entgegen zu halten, dass die Beschwerde dennoch an der Beweiskraft der ursprünglich eingereichten Belege festhält und dass die Beweiswür-

digung sich vor allem an der Qualität und nicht der Anzahl der Belege orientiert. Ob über die Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs, sollte sich die angefochtene Verfügung als unzutreffend erweisen, in reformatorischem oder kassatorischem Sinn zu entscheiden ist, vermag die Legitimation der Beschwerdeführerin darum nicht zu beeinflussen.

Auf die Beschwerde, beschränkt auf die Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs der Widerspruchsmarke im Eventualstandpunkt der Beschwerde, ist damit teilweise einzutreten.

## 2.

**2.1** Eine Widerspruchsmarke ist geschützt, soweit sie im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, für die sie beansprucht wird (Art. 11 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). Hat der Inhaber die Marke hingegen während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gebraucht, kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, ausser wenn wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Der fehlende Gebrauch einer Marke wird allerdings nicht von Amtes wegen berücksichtigt (Urteile des BVGer B-246/2008 vom 26. September 2008 E. 2 "Red Bull/Dancing Bull"; B-5325/2007 vom 12. November 2007 E. 4 "Adwista/Advista"; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz. Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, 2002, Art. 32 N. 2). Widersprechende haben den Gebrauch der Widerspruchsmarke vielmehr glaubhaft zu machen, falls die Gegenseite den Nichtgebrauch der älteren Marke behauptet (Art. 32 MSchG). Die Nichtgebrauchseinrede muss formell in der ersten Stellungnahme der Widerspruchsgegnerin an die Vorinstanz erhoben werden (Art. 22 Abs. 3 der Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992 [MSchV, SR 232.111]; Urteil des BVGer B-40/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.2 "Egatrol/Egatrol"; vgl. LUCAS DAVID, Markenschutzgesetz. Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 32 N. 6). Der Zeitraum, für den der Gebrauch der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen ist, bestimmt sich rückwärts gerechnet ab dem Zeitpunkt dieser Einrede (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.2 "Life"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2012 E. 3.1 "Life/MyLife"; MARKUS WANG, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2009, Art. 12 N. 9; KARIN BÜRGI LOCATELLI, Der rechtserhaltende Markengebrauch in der Schweiz, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht [SMI] Bd. 85, 2008, S. 116 mit Hinweisen). Bei der Glaubhaftmachung des Markenge-

brauchs im Sinne von Art. 32 MSchG kommt den Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 13 Abs. 1 VwVG) eine so erhebliche Bedeutung zu, dass in Abweichung vom Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) von der Anwendbarkeit der Verhandlungsmaxime auszugehen ist (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.8 "Life"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2012 E. 3.1 "Life/MyLife"; B-246/2008 vom 26. September 2008 E. 2 "Red Bull/Dancing Bull").

**2.2** Das Zeichen muss in markenmässiger Art und Weise gebraucht worden sein. Ein solcher Gebrauch liegt vor, wenn die Marke einerseits vom Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung von Dritten angebracht wurde (Art. 11 Abs. 3 MSchG) und andererseits von den Abnehmern als Mittel zur Unterscheidung verschiedener Produkte im Sinne eines Hinweises auf deren betriebliche Herkunft erkannt werden kann (WANG, a.a.O., Art. 11 N. 7; WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 14). Der funktionsgerechte, markenmässige, nämlich waren- oder dienstleistungsbezogene Gebrauch ist dabei vom bloss unternehmensbezogenen Gebrauch zu unterscheiden, aufgrund dessen das Zeichen zwar als Unternehmenshinweis, aber nicht als Kennzeichen bestimmter Waren oder Dienstleistungen verstanden wird (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.4 "Life"; B-2683/2007 vom 30. Mai 2008 E. 5.2 "Solvay/Solvexx"; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 1316 f.).

**2.3** Kein markenmässiger Gebrauch sind zudem Vorbereitungshandlungen wie die Herstellung von Kennzeichnungsmitteln und Werbematerialien, sofern die Verkaufstätigkeit nicht tatsächlich aufgenommen wird (Urteil des BVGer B-763/2007 vom 5. November 2007 E. 4 "K.Swiss/K Swiss"; WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 28; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 36 f.; vgl. MARBACH, a.a.O., Rz. 1327; WANG, a.a.O., Art. 11 N. 49). Massstab für den erforderlichen, ernsthaften Markengebrauch sind die branchenüblichen Gepflogenheiten eines wirtschaftlich sinnvollen Handelns. Zu berücksichtigen sind Art, Umfang und Dauer des Gebrauchs sowie die besonderen Umstände des Einzelfalls wie Grösse und Struktur des in Frage stehenden Unternehmens (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.5 "Life"; B-5830/2009 vom 15. Juli 2010 E. 3.2.1 "Fünf Streifen/Fünf Streifen"; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 38 ff.; ERIC MEIER, L'obligation d'usage en droit des marques, Recherches juridiques lausannoises Vol. 22, 2005, S. 50 ff.; WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 38). Kein ernsthafter Markengebrauch ist etwa die bloss geringfügige oder nur kurzfristige Mar-

kennzeichnung für Produkte des Massenkonsums (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.5 "Life"; B-892/2009 vom 19. Juli 2009 E. 6.9 "Heidiland/Heidi-Alpen"; WANG, a.a.O., Art. 11 N. 67, 72; s.a. MARBACH, a.a.O., Rz. 1343 ff. mit Hinweisen).

**2.4** Rechtserhaltend ist der Gebrauch einer Marke, wie sie im Register eingetragen ist (BGE 130 III 267 E. 2.4 "Tripp Trapp"; DAVID, a.a.O., Art. 11 N. 13; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 61; MARBACH, a.a.O., Rz. 1368). Abweichungen vom Registereintrag können durch Konkretisierungen, Weglassungen, grafische Umgestaltung oder das Hinzufügen von Elementen bewirkt werden (s.a. WANG, a.a.O., Art. 11 N. 78 ff.; WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 52 ff.; vgl. Urteil des BVGer B-648/2008 vom 27. Januar 2009 E. 5 mit Hinweisen "Hirsch/Hirsch"). Sind sie nicht "wesentlich", gilt der Gebrauch trotzdem als rechtserhaltend (Art. 11 Abs. 2 MSchG; Urteile des BVGer B-7487/2010 vom 28. Juni 2011 E. 2.1 "Sparco/Sparq"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2011 E. 4.4 "Life/MyLife"). Als unwesentlich gilt die Abweichung, wenn sie die Unterscheidungskraft der Marke in ihrem Gesamteindruck nicht verändert (Art. 5 C Abs. 2 der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 14. Juli 1967 [PVÜ, SR 0.232.04]). Entscheidend ist dabei, dass der kennzeichnungskräftige Kern der Marke, der das markenspezifische Gesamtbild prägt, seiner Identität nicht beraubt wird (BGE 130 III 267 E. 2.4 "Tripp Trapp"; MARBACH, a.a.O., Rz. 1371; vgl. Urteil des BVGer B-7508/2006 vom 18. Oktober 2007 E. 8 "Ice/Ice Cream"). Der von Art. 11 Abs. 2 MSchG angestrebte Spielraum des Markeninhabers, die Schreib- und Darstellungshinweise seiner Marke an veränderte Marktgewohnheiten anzupassen, ist dabei umso grösser, je kennzeichnungskräftiger die Marke ist, da ihr erinnerungsfähiger Kern sich behutsamen Anpassungen gegenüber länger bewahrt (Urteil des BVGer B-4536/2007 vom 27. November 2007 E. 3.3 mit Hinweisen "Salamander/Salamander").

**2.5** Nach dem Territorialitätsprinzip muss der rechtserhaltende Gebrauch einer Marke in der Schweiz erfolgt sein (Urteil des BGer 4A.253/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 2.1 "Gallup"; BGE 107 II 360 E. 1.c "La San Marco"; WANG, a.a.O., Art. 11 N. 50; WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 31; DAVID, a.a.O., Art. 11 N. 18). Eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip ergibt sich aus Art. 5 des Übereinkommens vom 13. April 1892 zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz (SR 0.232.149.136); diese Bestimmung stellt den Markengebrauch in Deutschland demjenigen in der Schweiz gleich (Urteil des BVGer B-40/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.4 "Egatrol/Egatrol");

WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 33 ff.; MEIER, a.a.O., S. 109 ff.; PHILIPPE GILLIÉRON, L'usage à titre de marque en droit suisse, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2005 [Sonderheft], S. 108; MARBACH, a.a.O., Rz. 1349 ff.). Welche Handlungen in Deutschland als Markengebrauch zu qualifizieren sind, beurteilt sich nicht nach deutschem, sondern nach schweizerischem Recht (BGE 100 II 230 E. 1 mit Hinweisen "Mirocor"; DAVID, a.a.O., Art. 11 N. 20).

**2.6** Glaubhaftmachen bedeutet, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck zu vermitteln, dass die fraglichen Tatsachen nicht bloss möglich, sondern wahrscheinlich sind (BGE 130 III 328 E. 3.2 "Uhrenarmband [3D]"; 120 II 393 E. 4.c; 88 I 12 E. 5.a; Urteil des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.8 "Life"; WILLI, a.a.O., Art. 32 N. 7; CHRISTOPH GASSER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2009, Art. 32 N. 21; WANG, a.a.O., Art. 12 N. 62). Es braucht keine volle Überzeugung des Gerichts, doch muss dieses zumindest die Möglichkeit, dass die behaupteten Tatsachen stimmen, höher einschätzen als das Gegenteil (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.8 "Life"; B-4540/2007 vom 15. September 2008 E. 4 "Exit/Exit one"; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 482; DAVID, a.a.O., Art. 12 N. 16; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 191). Alle relevanten Beweise sind umfassend nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; Urteil des BVGer B-6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 3.3.2; PHILIPP J. DANNACHER, Beweisrechtliche Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, sic! 2014, S. 276; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 483; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. X, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.140). Wesentlich ist dabei eine Gesamtwürdigung; diese kann auch durch Beweismittel beeinflusst werden, die bei isolierter Betrachtung ungenügend sind (MARBACH, a.a.O., Rz. 1363; vgl. Urteil des BVGer B-7500/2006 vom 19. Dezember 2007 E. 5.1 "Diva Cravatte/DD Divo Diva").

Als mögliche Belege für den rechtserhaltenden Gebrauch dienen Urkunden (Rechnungen, Lieferscheine) und Augenscheinobjekte (Etikettenmuster, Verpackungen, Kataloge, Prospekte). Alle Belege müssen sich auf den massgeblichen Zeitraum vor der Einrede des Nichtgebrauchs beziehen, was deren einwandfreie Datierbarkeit voraussetzt. Undatierbare Be-

lege können aber unter Umständen in Kombination mit anderen, datierbaren berücksichtigt werden (Urteile des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.9 "Life"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.2 "Life/MyLife"; B-4540/2007 vom 15. September 2008 E. 4 "Exit/Exit one"; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 192; vgl. MARBACH, a.a.O., Rz. 1365).

Keine erhöhte Beweiskraft kommt "eidesstattlichen Versicherungen" ausländischen Rechts zu (Urteile des BVGer B-3294/2013 vom 1. April 2013 E. 5.2 "Koala/Koala's March"; s.a. THOMAS RITSCHER, Affidavits und andere Erklärungen [zu Artikel 117 (1) g und Regel 72 (3) EPÜ], sic! 2001, S. 693). Unter solchen "Versicherungen" sind schriftliche Erklärungen von Tatsachen zu verstehen, die unter strafrechtlich sanktionierter Bekräftigung der Wahrheit in einer bestimmten Form abgegeben werden (MARK SCHWEIZER/CHRISTIAN EICHENBERGER, Schriftliche Zeugenaussagen, Jusletter vom 28. Februar 2011, Rz. 21 mit Hinweisen; vgl. für das deutsche Recht etwa DIETER KALLERHOFF, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 27 N. 1). Das schweizerische Recht kennt ein entsprechendes Rechtsinstitut nicht (s. Urteil des BVGer B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 5.4.6 "Life"). Solche "Versicherungen" sind somit als blosser Parteibehauptungen zu würdigen (Urteile des BGer 5A.507/2010, 5A.508/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 4.2; Urteile des BVGer B-3294/2013 vom 1. April 2014 E. 5.2 "Koala/Koala's March"; B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 5.4.6 "Life"; B-7191/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3.3 mit Hinweisen "Yo/Yog"), auch wenn sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind und in Verbindung mit anderen Belegen zur Rechtsfindung beitragen können (vgl. Urteil des BVGer B-3294/2013 vom 1. April 2014 E. 5.2 "Koala/Koala's March").

### 3.

**3.1** Im vorliegenden Fall wurde die Einrede des Nichtgebrauchs mit Widerspruchsantwort vom 11. Juni 2012 erhoben, weshalb die Beschwerdeführerin den rechtserhaltenden Gebrauch für die Zeit vom 12. Juni 2007 bis 11. Juni 2012 glaubhaft zu machen hat (vgl. E. 2.1). Sie legte der Vorinstanz dafür als Beleg vor: Einen Handelsregisterauszug der Wheels Logistics GmbH, St. Gallen, zwei Abbildungen von Lastwagen, die mit ihrer Marke beschriftet sind, Screenshots ihrer Webseite < <http://www.wheels-logistics.com> >, eine "eidesstattliche Versicherung" (Erklärung) des Geschäftsführers der Wheels Verwaltungs-GmbH, Josef Westermanns, die am gleichen Sitz wie die Beschwerdeführerin domiziliert ist, eine tabellari-

sche Aufstellung ihrer Ladungen von 2006-2011, Screenshots interner Computerprogramme (Kalkulation und Spedition), 15 Kopien von an Kunden gerichteten Rechnungen aus den Jahren 2009-2011, das Bild einer USB-Karte und das Ergebnis einer Recherche auf der Webseite der schweizerischen Handelsregister < <http://www.zefix.ch> >.

**3.2** Die Vorinstanz befand, der Handelsregisterauszug, die Abbildungen von Lastwagen, die Screenshots, die Aufstellung von Ladungen und die Abbildung der USB-Karte seien nicht datiert, ohne ersichtlichen Bezug zu den eingetragenen Waren und/oder Dienstleistungen und deshalb nicht aussagekräftig. Die im Bild des Speditionsprogramms aufgeführten Ladungen lägen nach dem relevanten Zeitraum und die Verwendung des stilisierten Logos "Wheels logistics" auf den eingereichten Rechnungen sei firmen- und nicht markenmässig erfolgt. Insbesondere erscheine die Marke nie in den Rechnungspositionen. Auch der eidesstattlichen Versicherung könne als solcher keine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Gebrauchs der Widerspruchsmarke entnommen werden. Die Glaubhaftmachung sei damit misslungen.

**3.3** Mit der Beschwerde und der Beschwerdereplik hat die Beschwerdeführerin zusätzliche Belege eingereicht: Ausdrucke ihres aktuellen Webauftritts < <http://www.wheelslogistics.com> > und der im öffentlichen Internetarchiv < <http://www.archive.org> > abgelegten, früheren Versionen der Einstiegsseite vom 23. Februar 2010 sowie vom 8. Februar, 22. November und 22. Dezember 2011, eine "Webanalytics"-Statistik der Zugriffe von 2009-2013 auf diese Webseite, Bilder von Lastwagen mit Logos wie "WHEELS LOGISTICS" oder "WHEELS Road Rail" und Datumsangaben vom Fotoapparat oder Computer, auf dem sie gespeichert sind; Kopien von Offerten, Rechnungen für Transporte, Begleitschreiben, weiterer Korrespondenz und von Lieferscheinen, von Bestellungen von Auto- und Planenbeschriftungen, Folien-Präsentationen bei Kunden, ihrem Rechnungsabschluss 2008/2009, Abbildungen von Briefpapier, einem Flugblatt, einer Schreibtischunterlage und anderer Waren mit dem Logo "WHEELS LOGISTICS", Screenshots aus internen Softwaresystemen der Beschwerdeführerin, Screenshots der Internetseite eines Kunden und eidesstattliche Erklärungen der Geschäftsführer zweier Kunden, Flugaufnahmen vom Sitz der Beschwerdeführerin sowie zwei weitere eidesstattliche Versicherungen des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin vom 17. Oktober 2013 und 26. März 2014, welche die Versicherung vom 25. Oktober 2012 ergänzen.

**3.4** Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, Gebrauchshandlungen der schweizerischen Wheels Logistics GmbH liessen sich nicht der Beschwerdeführerin zurechnen. Am oberen Rand der Rechnungskopien, Lieferscheine, Frachtbriefe und Flugblätter sei der Gebrauch zudem nicht markenmässig erfolgt; die Abbildungen von Lastwagen liessen sich zeitlich nicht einordnen, und die ausserhalb des relevanten Zeitraums liegenden Screenshots, die Merchandising-Artikel und die neue eidesstattliche Versicherung hätten keine Beweiswirkung. Dass die Präsentationen tatsächlich gehalten worden seien, erscheine zweifelhaft. Ergänzend, als Eventualbegründung, komme hinzu, dass das von der schweizerischen Wheels Logistics GmbH verwendete Logo "WHEELS LOGISTICS" wesentlich vom eingetragenen Wortzeichen abweiche, nämlich die Marke nicht in Alleinstellung gebrauche und sie auch darum nicht rechtserhaltend verwende.

**3.5** Die Vorinstanz hat trotz der neuen Beweismittel auf Gegenbemerkungen verzichtet.

#### **4.**

**4.1** Die Widerspruchsmarke ist für

- Datenträger aller Art mit darauf abgespeicherter Software (in Maschinen-code) in Klasse 9,
- Geschäftsdienstleistungen und -arbeiten der Logistik, namentlich Transport-, Vertriebs- und Lagerlogistik; Geschäftsdienstleistungen und -arbeiten des Transports in Klasse 39,
- Softwareentwicklung für die Bearbeitung von Daten in Klasse 42

eingetragen. Für die Schweiz ist dabei der französische Text der Waren- und Dienstleistungsliste massgeblich (Regel 6.1]a] der Gemeinsamen Ausführungsordnung zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken und zum Protokoll zu diesem Abkommen vom 18. Januar 1996 [GAFO; SR 0.232.112.21]; Art. 47 Abs. 3 MSchV; Richtlinien in Markensachen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGE], 2014, Teil 3 Ziff. 1.2.2).

**4.2** "Logistik" im wirtschaftlichen Sinn bezeichnet die Gesamtheit an Prozessen, die für die (Produktions-)Organisation eines Unternehmens notwendig sind (Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 955). Nach der betriebswirtschaftlichen Terminologie wird darunter die zielgerichtete

Gestaltung und Steuerung des physischen Warenflusses eines Unternehmens verstanden, die sich aus dem Nachschub von Input-Faktoren (physisches Versorgungssystem), der Versorgung des Transformationsprozesses (innerbetriebliche Logistik) und dem Output des Unternehmens (Distributionslogistik) zusammensetzt (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Aufl. 2008, S. 407). Als Geschäftsdienstleistung bezeichnet Logistik damit entweder die Organisation und Abwicklung der Versorgung als Ganzes oder zumindest eine mehrteilige und blossen Auftragstransporten gegenüber mehrwertschaffende Dienstleistung, die blossen Lieferungen durch zusätzliche Leistungen wie Verzollung, Entladung, Warenmanipulation, Gestellung an der Endbestimmung, Warenkennzeichnung, Preisbeschilderung, Bereitstellung zum Verkauf, Montage, Fertigstellung bzw. Endmontage von Halbfertigprodukten, Fertigungsservice, Wiederverpacken, Um- oder Zupacken oder Verteilung ergänzt und erweitert (CHRISTIAN E. BENZ, Kontralogistik, typische Probleme mit Logistik-Rahmenverträgen, in: Europäische Anwaltsvereinigung [Hrsg.], Transportrecht. 46. Tagung der DACH in Lissabon vom 17. bis 19. Mai 2012, DACH Schriftenreihe Bd. 38, 2012, S. 72).

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz hat zurecht erwogen, dass der Handelsregisterauszug der schweizerischen Wheels Logistics GmbH, Widnau, kein Beispiel eines markenmässigen Gebrauchs des Zeichens WHEELS zeigt und keine marktrelevante Verwendungshandlung der Marke daraus erkennbar wird. Dasselbe gilt für den Ausdruck der Web-Übersicht über die internationalen Standorte der Beschwerdeführerin, die Zusammenstellung ihrer Ladungen von 2006-2011, Ausdrucke aus dem internen Kalkulationsprogramm der Frachtpreise und des internen Speditionsprogramms, Bilanz, Erfolgsrechnung und Verwendung des Bilanzgewinns der Beschwerdeführerin im Geschäftsjahr 2008/2009, Registerauszüge der im Streit liegenden Marken und die eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin.

**5.2** Allerdings hat es die Vorinstanz in diesem Zusammenhang unterlassen, diese Belege auch in anderer Hinsicht und insbesondere in Kombination mit anderen Belegen zu würdigen. So ist festzustellen, dass der Handelsregisterauszug als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift einen Josef Robert Westermann nennt, wie er der Vorinstanz gegenüber bereits als Geschäftsführer und Vollmachtgeber der Beschwerdeführerin aufgetreten ist. In Kombination mit der eidesstattlichen Versicherung der gleich-

namigen Person vom 25. Oktober 2012, den Ausführungen der Beschwerdeführerin und den Angaben im Webauftritt der Wheels Logistics GmbH erscheint durchaus glaubhaft, dass es sich dabei um dieselbe Person und bei jener GmbH um eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin handelt, so dass ihr markenmässiger Gebrauch grundsätzlich mit deren Zustimmung erfolgt und ihr zugerechnet werden kann.

**5.3** Nicht auf den vorgegebenen Zeitraum vom 12. Juni 2007 bis 11. Juni 2012 bezogen oder nicht erkennbar datiert (vgl. E. 3.1) sind mehrere Belege: Abbildungen markierter Lastwagen, aktueller Screenshots der Webseite der Beschwerdeführerin oder ihrer internen Computerprogramme, einer USB-Karte, einer Zefix-Recherche, einer nichtdatierten Präsentation bei der Lear Corporation und der EuroComfort Group, von markiertem Briefpapier, eines Flugblatts oder einer Schreibtischunterlage, eines Notizblocks und Kugelschreibers ohne Datum, aber auch von Lieferscheinen und Rechnungen für Notizblöcke, Schreibtischunterlagen, Kugelschreiber, Sauna-, Badetücher und USB-Karten, die keinen Vertrieb dieser Waren im entsprechenden Zeitraum an Dritte belegen. Keine Beweiskraft vermögen hierbei die Einblendung des Kameradatums auf einer Fotografie oder des Dateieigenschaftsfensters im Screenshot der Abbildung zu schaffen, da die Zeiteinstellung des Fotoapparats und des Computers frei geändert beziehungsweise gewählt werden kann.

**5.4** Nicht alle Belege beziehen sich erkennbar auf einen Gebrauch im Gebiet der Schweiz oder Deutschlands (vgl. E. 2.5). Weder lassen sich die angeblich im st. gallischen Rheintal, in Widnau und an weiteren bezeichneten Orten aufgenommenen Abbildungen von Lastwagen geografisch liquid zuordnen, noch können aus der Webanalytics-Statistikauswertung der Online-Zugriffe mit 91 % nichtspezifizierten, "anderen" Ländern und aus den Screenshots des B2B-Onlinesystems der Beschwerdeführerin Indizien für hinreichende Zugriffe aus der Schweiz oder aus Deutschland auf deren Webseite bzw. auf das System abgeleitet werden.

**5.5** Ein direkter Bezug der gezeigten Logos zu den registrierten Waren und Dienstleistungen (vgl. vorstehend E. 2.2 f.) ist durch die abgebildeten Lastwagen wie durch die vorliegenden Kopien von Frachtrechnungen und Lieferscheinen an Kunden einzig für Geschäftsdienstleistungen und -arbeiten des Transports in Klasse 39 erkennbar. Für zusätzliche Dienste im Sinne einer umfassenden Logistikdienstleistung (vgl. E. 4.2) bestehen weder in den aufgeführten Rechnungspositionen noch im Webauftritt der Beschwerdeführerin spezifische Hinweise. Auch die Erwähnung des Ge-

schäftsführers der Kundin TLH GmbH & Co. KG, über den Login-Bereich der Beschwerdeführerin könne er seine Gutschriften einsehen sowie den Transportverlauf der LKW nachverfolgen, rechtfertigt noch keinen Rückschluss auf ein Dienstleistungspaket im Sinne einer umfassenden Logistik. In den Präsentationen für Lozorno vom 10. Januar 2012, Alphacan Omniplast vom 16. November 2010, Krüger vom 24. Juni 2010 und Nestlé Frankfurt vom 28. November 2011 kommen zwar nebenbei auch entsprechende Kombinationsangebote zur Sprache. Doch erscheint zweifelhaft und lässt sich den Akten nicht entnehmen, dass auf diese Präsentationen auch Bestellungen gefolgt sind, die innerhalb des relevanten Zeitraums ausgeführt wurden. Ein quantitativ hinreichender, ernsthafter Gebrauch kann in diesen vereinzelt Präsentations-Angeboten vor ausgewählter Kundschaft ebenfalls nicht gesehen werden. Nur der Gebrauch des Logos "WHEELS LOGISTICS", insbesondere auf Lastwagen, Rechnungen, Lieferscheinen und weiterer Korrespondenz der Beschwerdeführerin, der zusätzlich durch Bestätigungen von Grosskunden erhärtet wird, und ihrer Schweizer Tochtergesellschaft ist in hinreichender Zahl Gegenstand der eingereichten Belege.

**5.6** Bezüglich der Verwendung des Firmenlogos "WHEELS LOGISTICS" auf Lieferscheinen und Rechnungen verweist die Vorinstanz auf die Rechtsprechung, die ein Firmenlogo im Briefkopf im Regelfall nicht als funktionsgerechten, markenmässigen Gebrauch für die gelieferte oder fakturierte Ware anerkennt, sondern bloss als firmenmässigen Gebrauch für das Rechnung stellende Unternehmen einstuft (Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] MA-WI 52/00 vom 15. Mai 2000 E. 3.3 "Heidi/Heidi-Wii", sic! 2001, S. 428; MA-WI 23/04 vom 28. Juni 2005 E. 5 "Gabel/Kabel 1", sic! 2005, S. 755; Urteil des BVGer B-7449/2006 vom 20. August 2007 E. 7.2 "Exit/Exit One"). Anderes gilt, wenn die mit dem Firmennamen übereinstimmende Marke in konkreten Rechnungspositionen, auf dem Kassenbeleg oder einem Werbeflyer in einen direkten, sinngemässen Bezug zur Ware gesetzt wird (Urteile des BVGer B-2683/2007 vom 30. Mai 2008 E. 6.1.4 "Solvay/Solvexx"; B-5543/2012 vom 12. Juni 2013 E. 7.1.2 "Six/Sixx"; B-5530/2013 vom 6. August 2014 E. 3.3 "Millesima/Millezimus"; WANG, a.a.O., Art. 11 N. 23; MARBACH, a.a.O., Rz. 1317). Diese Praxis beruht auf dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 MSchG, der die Marke nur soweit schützt, als sie "im Zusammenhang" mit den Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, für die sie beansprucht wird. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der notwendige Zusammenhang für die kognitive Verknüpfung von Angebot und Marke in der Wahrnehmung der Verkehrskrei-

se sich nicht bloss aus der Situation der Zeichenverwendung, sondern auch massgeblich aus dem Gestaltungsspielraum des Anbieters und aus den Gewohnheiten des Marktes ergibt, die Marke für dessen Ware oder Dienstleistung einzusetzen. Wie in der Lehre zurecht betont wird, sind die Möglichkeiten, eine Marke im Zusammenhang mit einer im Detailhandel vertriebenen Ware zu verwenden, zahlreicher als bei einer Dienstleistungsmarke (WANG, a.a.O., Art. 11 N. 24; MARBACH, a.a.O., Rz. 1318; MEIER, a.a.O., S. 36 ff.; LOCATELLI, a.a.O., S. 16 f., a.M. IVAN CHERPILLOD, *Le droit suisse des marques*, 2007, S. 188; GILLIÉRON, *sic!* 2005 [Sondernummer], S. 106). Dies gilt insbesondere bei Firmenmarken für Dienstleistungen, die gewöhnlich nicht in Anwesenheit des Dienstleistungsempfängers erbracht werden, wie für Transportdienste im vorliegenden Fall. Dem Dienstleistungserbringer verbleibt hier kaum eine andere Möglichkeit, als dem Kunden sein Logo wenigstens als Briefkopf in Korrespondenz und Werbung zu präsentieren. Von Einfluss auf die geistige Verbindung zwischen Marke und Dienstleistung wird zudem sein, wie nahe die Dienstleistung am Kerngeschäft des Unternehmens liegt. Entsprechend ist der Gebrauch der Widerspruchsmarke in der Kopfzeile von Rechnungen und Lieferscheinen im Zusammenhang mit Transportdienstleistungen, woraus erkennbar zugleich das Kerngeschäft der Beschwerdeführerin besteht, als ausreichender Gebrauch zu werten.

**5.7** Die Vorinstanz hat die Frage offen gelassen, ob es sich beim roten Schriftzug "WHEELS LOGISTICS" um eine zulässige Abweichung von der registrierten Form der Widerspruchsmarke handle. Die eingetragene Marke wird nach den vorliegenden Belegen hauptsächlich in fetten Grossbuchstaben mit stilisierten "E's" in der Wortmitte sowie mit dem daruntergeschriebenen Zusatz "Logistics" in dünneren Buchstaben verwendet. Es kann davon ausgegangen werden, dass die englische Vokabel "logistics" aufgrund ihrer sprachlichen Nähe zum deutschen Wort "Logistik" von den angesprochenen Verkehrskreisen in der Schweiz verstanden wird. Auch ist "Wheels" durch die Voranstellung und Schreibweise als Hauptbestandteil des Logos erkennbar, ohne dass der Zusatz dafür als beschreibende Angabe des Speditionsbereichs erkannt werden muss. Die einheitliche rote Farbgebung beeinflusst die Wahrnehmung der einzelnen Bestandteile nicht unterschiedlich. Die leicht beeinträchtigte Lesbarkeit durch die stilisierten "E's" und der untergeordnete Zusatz beeinflussen den erinnerungsfähigen Kern des Zeichens, das als Wortmarke grundsätzlich jede Schreibweise umfasst, darum nicht (vgl. E. 2.4).

**5.8** Der Gebrauch der Widerspruchsmarke erscheint damit durch die eingereichten Belege glaubhaft gemacht für "Services et travaux d'entreprise de transport" der Klasse 39, für die übrigen eingetragenen Waren und Dienstleistungen hingegen nicht.

**6.**

Die Beschwerde ist somit in ihrem Eventualstandpunkt teilweise gutzuheissen, soweit auf sie einzutreten ist. Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur Beurteilung der Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne dieses Gebrauchsumfangs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**7.**

Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, da die Beschwerdeführerin zwar teilweise obsiegt, das Beschwerdeverfahren aber durch ihre späte Einreichung wesentlicher Gebrauchsbelege zum Teil mitverschuldet hat (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG). Die vorinstanzliche Kostenverlegung ist aus diesem Grund beizubehalten.

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeitsgrad der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 2 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). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich von einem Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– auszugehen ist (BGE 133 III 492 E. 3.3 mit Hinweisen "Turbinenfuss [3D]"; Urteil des BGer 4A\_161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 2 mit Hinweisen "We make ideas work"). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marken.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– sind somit jeder Partei zur Hälfte aufzuerlegen.

Die Parteikosten sind wettzuschlagen.

**8.**

Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es wird daher mit der Eröffnung rechtskräftig.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 1 der Verfügung vom 17. September 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Prüfung der Verwechslungsgefahr im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**3.**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.– werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– wird zur Bezahlung des Anteils der Beschwerdeführerin verwendet und der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird ihr zurückerstattet. Der Anteil der Beschwerdegegnerin von Fr. 2'000.– ist innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**4.**

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerde- und Replikbeilagen zurück; Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdeantwort- und Duplikbeilagen zurück; Einzahlungsschein)
- die Vorinstanz (Widerspruchsverfahren Nr. 12209; Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Adrian Gautschi

Versand: 14. April 2015