Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6804/2010

Urteil vom 24. März 2011

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Marc Hunziker.

Parteien

Z._____,
vertreten durch Isler & Pedrazzini AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

E._____,
vertreten durch E. Blum & Co. AG,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 10400 zero (fig.) / ZERO35 EMMEBI (fig.).

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdegegnerin ist Inhaberin der am 28. Oktober 2008 gestützt auf ein in Italien gestelltes Markeneintragungsgesuch erfolgten internationalen Registrierung Nr. 987928 ZERO35 EMMEBI (fig.). Das Zeichen präsentiert sich wie folgt:

Die internationale Registrierung beansprucht in der Schweiz Schutz für die folgenden Waren der Klasse 3:

> Préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver; préparations pour nettoyer, polir, dégraisser et abraser; savons; mousses pour le bain; articles de parfumerie, huiles essentielles, produits cosmétiques, lotions capillaires et, en particulier, tous les produits pour les soins et le renforcement des cheveux; préparations, lotions et shampoings pour soins capillaires, laques pour les cheveux, produits pour la friction et la teinture des cheveux, de la barbe, des cils et des sourcils; brillantines et produits semblables, teintures cosmétiques, tous produits de parfumerie et de beauté; eaux et savons de toilette, huiles pour le soin des cheveux, crèmes, vernis à ongles, lotions capillaires à base d'alcool, produits pour le rinçage des cheveux, produits pour la teinture et la décoloration des cheveux, produits coiffants, produits pour onduler les cheveux de manière permanente ou non, produits pour enlever la permanente, sprays capillaires, produits pour friser les cheveux, produits révélateurs de couleur pour les cheveux, produits pour enlever la couleur, produits de maquillage, poudres, rouges à lèvres, laits de beauté, pommades en tous genres, produits épilatoires, tous ces produits étant destinés au soin et à l'amélioration des cheveux et du cuir chevelu, de la barbe, de la moustache, des cils et des sourcils, de la peau, du corps, du visage et des ongles.

B.
Gegen die oben genannte, am 22. Januar 2009 publizierte Marke reichte die Beschwerdeführerin am 28. April 2009 beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz), soweit nicht *préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver; préparations pour nettoyer, polir, dégraisser et abraser* in Klasse 3 betreffend, Widerspruch ein. Sie beruft sich dabei auf ihre am 29. September 2006 gestützt auf einer deutschen Basismarke eingetragenen internationalen Registrierung Nr. 908375 zero (fig.), welche unter anderem für *savons cosmétiques;*

produits de parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques in Klasse 3 Schutz geniesst und wie folgt aussieht:

C.
Mit Stellungnahme vom 6. Oktober 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin, den Widerspruch infolge schwacher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie fehlender Zeichenähnlichkeit abzuweisen.

D.
Mit Schreiben vom 2. November 2009 bestritt die Beschwerdeführerin, dass es sich bei ihrem Zeichen um eine kennzeichnungsschwache Marke handle, sei sie doch in Bezug auf Waren der Klasse 3 in keiner Weise beschreibend. Im Übrigen seien aufgrund ihrer Marke bereits rund zwanzig Widerspruchsverfahren oder Konflikte ausgetragen worden, die entweder zu einer zwischenparteilichen Einigung oder zu einer Gutheissung des Widerspruchs geführt hätten.

E.
Mit Eingabe vom 4. Januar 2010 führte die Beschwerdegegnerin aus, dass der Begriff "Zero" in Verbindung mit Kosmetika und Pflegeprodukte vom Konsumenten dahingehend verstanden werde, dass die damit gekennzeichneten Produkte frei von schädlichen Inhaltsstoffen seien. Auch sei der Gesamteindruck der beiden sich gegenüberstehenden Zeichen ein anderer, weshalb eine Übereinstimmung hinsichtlich des Wortelementes "Zero" nicht genüge, um eine Verwechslungsgefahr herbeizurufen. Im Übrigen handle es sich bei den geltend gemachten, in Zusammenhang mit der Widerspruchsmarke ausgetragenen Widerspruchsverfahren sowie Konflikten um eine reine Parteibehauptung und spreche der Umstand, dass ausseramtliche Lösungen angestrebt worden seien, prinzipiell eher dagegen als dafür, dass die Erfolgsaussichten der Beschwerdeführerin in den betroffenen Streitigkeiten vielversprechend gewesen seien.

F.
Mit Verfügung vom 1. September 2010 wies die Vorinstanz den Widerspruch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass sich das angefochtene Zeichen genügend von der Widerspruchsmarke

unterscheide, erkenne der normal aufmerksame Abnehmer in ihm doch einzig die Bezeichnung "EMMEBI" und nehme das darüber stehende Markenelement als eine Folge unbestimmter Zeichen und dementsprechend als ein rein grafisches Element wahr.

G.

Mit Eingabe vom 20. September 2010 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragt, den Entscheid der Vorinstanz vom 1. September 2010 unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben und die Eintragung der angefochtenen Marke bezüglich der durch den Widerspruch in Klasse 3 angegriffenen Waren zu widerrufen. Zur Begründung macht sie geltend, dass es sich bei "ZERO35" um den wesentlichen und einzig wirklich lesbaren Bestandteil des angefochtenen Zeichens handle, zumal beim Wortelement "EMMEBI" die drei letzten Buchstaben durch eine unlesbare Komponente überschrieben seien. Auch sprächen die Grössenverhältnisse und die Markenlogik für ein solches Verständnis. Beim unten stehenden Element handle es sich lediglich um das Firmenlogo der Beschwerdegegnerin, dessen Anfügen eine Täuschungsgefahr nicht beseitigen könne. Die Verwechselbarkeit des Hauptbestandteils "ZERO35" mit dem Widerspruchszeichen ZERO sei offensichtlich, reichten die hinzugefügten Ziffern "35" doch nicht aus, um eine solche zu verneinen.

H.

Mit Beschwerdeantwort vom 1. November 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen und den Entscheid der Vorinstanz vom 1. September 2010 zu bestätigen. Zur Begründung bringt sie vor, dass die angefochtene Marke eine sehr starke und entsprechend einprägsame grafische Ausgestaltung aufweise, weshalb es, vom untenstehenden, umrandeten Wortelement "EMMEBI" abgesehen, praktisch unmöglich sei, auf Anhieb eine Buchstaben bzw. Zahlenkombination zu erkennen. Die Ausgestaltung erinnere an eine vertikale Ansammlung von Ornamenten, wie sie auf Totems oft zu finden seien, wobei der leicht oberhalb der Mitte platzierte Kreis, welcher mit dem Buchstaben O und der Zahl 0 übereinstimme, besonders organisch wirke und den Blick des Betrachters auf sich fokussiere. Soweit dieser im turmartigen Element überhaupt eine Zahlen- und Buchstabenkombination ausmachen könne, würden vertikale Schriftzüge doch gewöhnlich von oben nach unten gelesen, wäre ihm nicht klar, ob es sich dabei um die Zeichenfolge "ZERO 35" oder "ZER

035" handle. Ausserdem spreche der Umstand, dass der untenstehende, von der Beschwerdeführerin als Firmenlogo bezeichnete Teil des angefochtenen Zeichens als eigenständige Marke hinterlegt sei, dafür und nicht dagegen, dass diesem Zeichenbestandteil eine eigene Kennzeichnungskraft zukomme. Zwischen der allerhöchstens über einen normalen Schutzumfang verfügenden Widerspruchsmarke und dem in seiner Ganzheit als Fantasiezeichen wahrgenommenen angefochtenen Zeichen müsse selbst bei Warengleichartigkeit eine Verwechslungsgefahr verneint werden.

I.
Mit Vernehmlassung vom 1. November 2010 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Stellungnahme und beantragte, unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen.

J.
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 Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchsverfahren zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Die Beschwerde wurde in der gesetzlichen Frist von Art. 50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) am 20. September 2010 eingereicht. Der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und durch den Entscheid beschwert (Art. 48 VwVG). Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Vom Markenschutz sind Zeichen ausgeschlossen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder

Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11]).

2.1.
Art. 3 Abs. 1 MSchG schliesst jüngere Zeichen vom Markenschutz aus, wenn sie einer älteren Marke derart ähnlich sind, dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt. Die Gefahr der Verwechslung bedeutet, dass ein Kennzeichen in seinem Schutzbereich durch gleiche oder ähnliche Zeichen in seiner Funktion der Individualisierung bestimmter Personen oder Gegenstände gefährdet wird. Dabei können schlechter berechtigte, gleiche oder ähnliche Zeichen Fehlzurechnungen derart verursachen, dass die Adressaten die gekennzeichneten Gegenstände für jene halten, die mit den besser berechtigten Zeichen individualisiert werden (unmittelbare Verwechslungsgefahr). Ferner können die schlechter berechtigten Zeichen eine mittelbare Verwechslungsgefahr schaffen, indem die Adressaten die Zeichen zwar auseinander zu halten vermögen, aber auf Grund der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermuten, insbesondere an Serienmarken denken, die verschiedene Produktelinien des gleichen Unternehmens oder von mehreren, wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen kennzeichnen (BGE 128 III 146 E. 2a *VW*; BGE 128 III 441 E. 3.1 *Appenzeller*; BGE 127 III 160 E. 2a *Securitas*).

Ob zwei Marken sich hinreichend deutlich unterscheiden oder im Gegenteil verwechselbar sind, ist nicht aufgrund eines abstrakten Zeichenvergleichs, sondern stets vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Der Massstab, der an die Unterscheidbarkeit anzulegen ist, hängt einerseits vom Umfang des Ähnlichkeitsbereichs ab, dessen Schutz der Inhaber der älteren Marke beanspruchen kann, und anderseits von den Waren und Dienstleistungen, für welche die sich gegenüberstehenden Marken hinterlegt sind (BGE 122 III 382 E. 1 *Kamillosan*).

2.2. Der Schutzumfang einer Marke bestimmt sich nach ihrer Kennzeichnungskraft. Für schwache Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Bei schwachen Marken genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen. Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an

Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anlehnen. Stark sind demgegenüber Marken, die entweder aufgrund ihres fantasiehaften Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (BGE 122 III 382 E. 2a *Kamillosan*, mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.2 *Yello*).

2.3. Je näher sich die Waren und Dienstleistungen sind, für welche die Marken registriert sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben, um die Verwechslungsgefahr zu bannen. Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für weitgehend identische Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind (BGE 126 III 315 E. 6b/bb *apiella*; BGE 122 III 382 E. 3a *Kamillosan*). Im Weiteren ist von Bedeutung, an welche Abnehmerkreise sich die Waren richten und unter welchen Umständen sie gehandelt zu werden pflegen. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, wie beispielsweise Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (BGE 126 III 315 E. 6b/bb *apiella*; BGE 122 III 382 E. 3a *Kamillosan*; Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3 *Yello*).

3.
In einem ersten Schritt ist zu überprüfen, ob die beanspruchten Waren der sich gegenüberstehenden Marken aus Sicht der Abnehmerkreise gleichartig sind.

3.1. Gleichartigkeit bedeutet, dass die massgeblichen Abnehmerkreise auf den Gedanken kommen können, die unter Verwendung ähnlicher Marken angebotenen Waren würden angesichts ihrer üblichen Herstellungs- und Vertriebsstätten aus demselben Unternehmen stammen oder doch wenigstens unter der Kontrolle eines gemeinsamen Markeninhabers hergestellt (LUCAS DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, Art. 3, N. 35). Für das Bestehen gleichartiger Waren sprechen Übereinstimmungen zwischen den Herstellungsstätten der Waren, dem fabrikationsspezifisch erforderlichen Know-how, den Vertriebskanälen, den Abnehmerkreisen und dem Verwendungszweck der Waren, deren Substituierbarkeit, verwandte oder gleiche technologische

Indikationsbereiche sowie das Verhältnis von Hauptware und Zubehör (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7447/2006 vom 17. April 2007 E. 5 *Martini Baby*; RKGE in sic! 2004, S. 863 *Harry/Harry's Bar*; RKGE in sic! 2006, S. 36 *Käserosette*). Gegen das Vorliegen von Gleichartigkeit sprechen getrennte Vertriebskanäle innerhalb derselben Käuferschicht sowie das Verhältnis von Hilfsware oder Rohstoff zu Haupt-, Zwischen- oder Fertigware (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7447/2006 vom 17. April 2007 E. 5 *Martini Baby*; RKGE in sic! 2004 S. 863 *Harry/Harry's Bar*; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 817 ff.).

3.2. Die Widerspruchsmarke geniesst in der Schweiz unter anderem Schutz für *savons cosmétiques; produits de parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques* in Klasse 3. Kosmetika sind Mittel der Schönheitspflege (Duden Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2006, S. 1007). Bei den vorliegend beanstandeten Waren des jüngeren Zeichens handelt es sich neben Seifen, Badezusätzen, essentiellen Ölen, Parfümen und kosmetischen Produkten um eine Reihe von Pflegepräparaten für Haut, Haar sowie Nägel. Sämtliche Waren stellen Kosmetika dar. Sie sind aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise, welche sich neben Fachpersonen, wie Kosmetikerinnen, Drogistinnen und Verkaufspersonal, auch aus Durchschnittsabnehmern zusammensetzen, offensichtlich gleichartig und teilweise identisch, was von der Beschwerdegegnerin denn auch nicht bestritten wird.

4.
Ausgehend von dieser Warengleichartigkeit gilt es nun in einem zweiten Schritt die beiden Marken auf ihre Zeichenähnlichkeit hin zu überprüfen.

4.1.
Die Markenähnlichkeit beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrskreise hinterlassen (BGE 121 III 377 E. 2a *Boss*; MARBACH, a.a.O., N. 864 ff.; DAVID, a.a.O., Art. 3 N. 11 und 15; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 3 N. 63 und 67). Beim Zeichenvergleich ist von den Eintragungen im Register auszugehen (BGE 119 II 475 E. 2b *Radion*), doch gilt es zu berücksichtigen, dass das angesprochene Publikum die Marken in der Regel nicht gleichzeitig vor sich hat. Deshalb

ist auf das Erinnerungsbild abzustellen, das die Abnehmer von den eingetragenen Marken bewahren (RKGE in sic! 2006, S. 673 *O* [fig.]). Diesem Erinnerungsbild haftet zwangsläufig eine gewisse Verschwommenheit an (MARBACH, a.a.O., N. 867 f.), wobei es wesentlich durch die kennzeichnungskräftigen Markenelemente geprägt wird (BGE 122 III 386 E. 2a *Kamillosan*). Schwache oder gemeinfreie Markenbestandteile dürfen jedoch bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit nicht einfach weggestrichen werden (WILLI, a.a.O., Art. 3, N. 65; vgl. Entscheid der RKGE vom 20. Oktober 2005 E. 6 f. *Mictonorm*, veröffentlicht in sic! 2006, S. 90). Massgebend für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Wortklang, das Erscheinungsbild und gegebenenfalls der Sinngehalt; dabei genügt für die Annahme einer Ähnlichkeit, wenn diese in Bezug auf nur eines dieser drei Kriterien vorliegt (RKGE in sic! 2006, S. 270 *Michel (fig.) / Michel Comte Waters* mit Hinweisen). Der anwendbare Massstab hängt vom Schutzbereich der älteren Marke ab, der sich nach ihrer Kennzeichnungskraft bestimmt. Demnach ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich für schwache Zeichen kleiner als für starke. Während die Beschwerdeführerin den Schutzumfang einer zumindest durchschnittlichen Marke beansprucht, spricht die Beschwerdegegnerin von einem schwachen Zeichen mit geringer Schutzfähigkeit. Es gilt daher vorweg den Schutzumfang der Widerspruchsmarke zu prüfen.

4.1.1. Bei der Widerspruchsmarke handelt es sich um eine Wort-/Bildmarke, welche aus dem in einer reduktiven Schriftart mit grossem Zeichenabstand, in Kleinbuchstaben geschriebenen Wort "zero" besteht. Die grafische Ausgestaltung prägt den Gesamteindruck des Zeichens jedoch nur marginal und hat auf die Lesbarkeit des Wortelements kaum einen Einfluss. Zero bzw. zéro bedeutet sowohl in der englischen, französischen als auch in der italienischen Sprache null, was nahezu sämtlichen Marktteilnehmern verständlich sein dürfte. In Alleinstellung kommt der Bezeichnung Zero bzw. dem Sinngehalt null für Waren der Klasse 3, anders als etwa bei Süssgetränken, wo der Konsument darunter einen Hinweis auf das Fehlen von Zucker versteht, keine Bedeutung zu. So dürften die Verkehrskreise entgegen der Auffassung der Beschwerdegegenerin darin ohne präzisierende Angaben kaum die Andeutung, wonach die damit bezeichneten Produkte frei von den in Kosmetika zuweilen enthaltenen, schädlichen Inhaltsstoffen seien, erkennen. Die Widerspruchsmarke ist somit bezüglich der vorliegend relevanten Waren nicht beschreibend, weshalb von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft ausgegangen werden darf. Im

Entscheid 4C.88/2007 vom 17. Juli 2007 kam das Bundesgericht ausgehend von der Wortmarke zero hinsichtlich Waren der Klasse 25 denn auch zum selben Schluss (sic! 2008, S. 46 *zero/zerorh+ [fig.]*).

4.2. Auch beim angefochtenen Zeichen handelt es sich um eine kombinierte Marke. Sein Erscheinungsbild setzt sich aus einem kleinen, eingerahmten, horizontalen und einem grossen, darüber stehenden, vertikalen Schriftzug zusammen, wobei letzterer erst bei genauerem Hinsehen als ein solcher erfasst werden dürfte. Trotz seiner im Verhältnis zum restlichen Zeichen relativ geringen Grösse wird das eingerahmte Wortelement "EMMEBI" aufgrund seiner waagrechten Ausrichtung einigermassen gut erkannt. Einzig die untere Hälfte des vierten und fünften Buchstabens wird durch ein weiteres, auf der Markenanmeldung unlesbares Element überschrieben, was eine etwas längere Betrachtungszeit der beiden Schriftzeichen erfordert, der Lesbarkeit jedoch nur wenig Abbruch tut. Oberhalb des Bestandteils "EMMEBI", der aufgrund seiner Einrahmung wie ein Sockel wirkt, erhebt sich säulenartig das vertikale Wortelement. In letzterem dürfte dem Betrachter im ersten Augenblick – aufgrund seiner zentralen Lage und der infolge seiner Rundungen im Gegensatz zu den anderen Schriftzeichen organischen Erscheinung – das sich an dritt oberster Stelle befindende, mit einem Längsstrich gefüllte Oval ins Auge springen. Darüber dürfte er den Buchstaben "M" sowie an unterster Stelle einen "N" zu erkennen glauben, bevor er möglicherweise realisieren wird, dass der Schriftzug um neunzig Grad im Uhrzeigersinn gedreht werden muss, um entziffert werden zu können. Von unten nach oben gelesen wird der "N" zu einem "Z", auf den die beiden stark abstrahierten Buchstaben "E" und "R" folgen. Bezüglich des – aus dem neuen Betrachtungswinkel nun über einen Querstrich verfügenden – Ovals dürfte Verwirrung herrschen, ob es sich dabei um die Ziffer "0" oder den Buchstaben "O" handelt. Die Breite des Ovals spricht eher für den Buchstaben, der Strich innerhalb des Ovals – existieren doch Schriftarten, bei welchen die Ziffer "0" zur besseren Unterscheidbarkeit vom Buchstaben "O" über einen Punkt im Zentrum verfügt oder von einem umgekehrten Schrägstrich durchzogen ist – dagegen eher für die Zahl. Bei den letzten zwei Schriftzeichen kann sich der Betrachter nicht sicher sein, ob es sich um die Ziffer "3" oder den spiegelverkehrten Buchstaben "E" bzw. um eine "5" oder einen "S" handelt. Daraus ergeben sich zahlreiche mögliche Lesarten, wie etwa "Zero 35", "ZER 035" und "Zeroes".

4.3. Die Verkehrskreise, welche sich neben Fachpersonen, wie Kosmetikerinnen, Drogistinnen und Verkaufspersonal, auch aus Durchschnittsabnehmern zusammensetzen, dürften bei der angefochtenen Marke, sollten sie den vertikalen Zeichenbestandteil überhaupt als Wortelement wahrnehmen, sich wie das Bundesverwaltungsgericht bis zuletzt nicht darüber im Klaren sein, wie diese zu lesen ist. In dieser Unsicherheit dürften sie sich an den Markenbestandteil halten, den sie sicher lesen können, nämlich EMMEBI, zumal dieser aufgrund der Schriftrichtung des vertikalen Zeichenelements von unten nach oben auch als Zeichenanfang aufgefasst werden darf. Der Marktteilnehmer wird folglich im angefochtenen Zeichen keine Ähnlichkeit zur Widerspruchsmarke zero (fig.) feststellen.

4.4. Anzumerken bleibt, dass sich der vorliegende Fall von der vom Bundesgericht am 17. Juli 2007 mit Entscheid 4C.88/2007 beurteilten Markenkollision *zero/zerorh+ (fig.)*, in welchem eine Markenähnlichkeit bejaht wurde (sic! 2008, S. 46), wesentlich unterscheidet. Einerseits verfügte jenes angefochtene Zeichen über keine die Lesbarkeit erschwerende grafische Ausgestaltung, stand der übernommene Wortbestandteil "zero" prominent am Zeichenanfang und war vom angefügten Element "rh+" farblich abgegrenzt, weshalb er weder im Gesamteindruck des jüngeren Zeichens aufging noch darin als untergeordneter Bestandteil erschien. Andererseits basierte der damalige Widerspruch, abweichend vom vorliegenden Fall, auf einer reinen Wortmarke. Solchen kommt gegenüber Wort-/Bildmarken prinzipiell ein grösserer Schutzumfang zu, wird der Schutz doch nicht auf eine bestimmte grafische Gestaltung beschränkt, weshalb eine solche im Widerspruchsverfahren auch nicht zum Abweichen des Gesamteindrucks der beiden Marken beitragen kann.

4.5. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zwischen den beiden Zeichen zero (fig.) und ZERO35 EMMEBI (fig.).eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG mangels Zeichenähnlichkeit ausgeschlossen werden kann. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet, womit sie abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig und es steht der Beschwerdegegnerin ein Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

5.

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE; SR 173.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Im Widerspruchsverfahren besteht dieser Streitwert vor allem im Schaden der Widersprechenden im Fall einer Markenverletzung durch die angefochtene Marke. Es würde aber zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür im Einzelfall stets konkrete Aufwandsnachweise verlangt würden. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf einen Betrag zwischen Fr. 50'000.− und Fr. 100'000.− festzulegen (J. ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, sic! 2002, S. 505; L. MEYER, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic! 2001, S. 559 ff., L. DAVID, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, S. 29 f.).

6.

Der obsiegenden Beschwerdegegenerin ist eine Parteientschädigung für ihr erwachsene "notwendige und verhältnismässig hohe Kosten" des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdegegnerin dem Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote eingereicht. Sie enthält jedoch lediglich einen Totalbetrag. Da sich somit weder die Stundenansätze noch der Zeitaufwand überprüfen lassen, mangelt es an einer detaillierten Kostennote im Sinne des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht. Die Parteientschädigung wird deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Gericht festgesetzt. Nach den gegebenen Umständen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.− als angemessen.

7.
Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist deshalb rechtskräftig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.− werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.− verrechnet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.− zu entschädigen

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beschwerdebeilagen zurück)
– die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Widerspruchsverfahren Nr. 10400; Einschreiben; Akten zurück)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Marc Hunziker