Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7466/2006
{T 0/2}

Urteil vom 4. Juli 2007

Mitwirkung: Richter Hans Urech (vorsitzender Richter); Richter David Aschmann; Richter Marc Steiner;
Gerichtsschreiber Marc Hunziker

6._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Adrian Bachmann,
Beschwerdeführerin

gegen

A._____,
vertreten durch Schneider Feldmann AG Patent- und Markenanwälte,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum,
Vorinstanz,

betreffend
Entscheid vom 26. Oktober 2006 im Widerspruchsverfahren Nr. 7557 6AZ (fig.) / AZ

Sachverhalt:

A. Die Marke CH 530'146 "6AZ" (fig.) der Beschwerdeführerin wurde am 16. November 2004 beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (Institut, Vorinstanz) unter anderem für "*Videokassetten; DVD's; Compact-disks"* in Klasse 9, für "*Zeitschriften (Magazine); Zeitschriften"* in Klasse 16 und für "*Zusammenstellung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen; Videoverleih (Kassetten); on-line Publikation von elektronischen Büchern und Zeitschriften"* in Klasse 41 angemeldet. Am 15. Februar 2005 wurde die Marke veröffentlicht. Sie sieht wie folgt aus:



B. Gegen diese Eintragung reichte die Beschwerdegegnerin am 17. Mai 2005, beschränkt auf die Waren bzw. Dienstleistungen der Klassen 9, 16 und 41, einen Widerspruch ein. Dieser stützt sich auf ihre Marke CH 463'507 "AZ", deren Verzeichnis unter anderem *"Wissenschaftliche, elektrische, fotografische, Film-, optische und Unterrichtsapparate und -instrumente; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsgeräte, Schallplatten, CD-ROMS; elektronische Datenträger; Datenverarbeitungsgeräte und Computer"* in Klasse 9, *"Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Buchbindungsartikel, Fotografien, Schreibwaren; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Spielkarten; Drucklettern, Druckstöcke"* in Klasse 16 und *"Erziehung, Ausbildung; Unterhaltung; Radio-, Fernseh- und sonstige Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Herausgabe und Verlag von Büchern, Zeitungen und Publikationen, inklusive Online-Publishing"* in Klasse 41 umfasst.

C. Mit Stellungnahme vom 25. August 2005 beantragte die Beschwerdeführerin auf den Widerspruch nicht einzutreten bzw. ihn abzuweisen. Dabei erhob sie für die Waren der Klasse 9 die Einrede des Nichtgebrauchs des Widerspruchszeichens.

D. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2006 trat die Vorinstanz auf den Widerspruch ein und hiess ihn gut. Zur Begründung führte sie aus, die Sachurteilsvoraussetzungen seien gegeben. Obwohl die Widerspruchsmarke sich

bezüglich der Waren der Klasse 9 mangels Gebrauchs auf kein durchsetzbares Markenrecht stützen könne, müsse, da zahlreiche Verlage ihre Publikationen ebenfalls in elektronischer Form anbieten würden, auch betreffend diese Waren von einer Gleichartigkeit ausgegangen werden. "AZ" stelle ein Akronym dar, das sich nicht zu einer gängigen Sachbezeichnung entwickelt habe, weshalb ihm entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ein normaler Schutzumfang zukomme. Die vollständige Übernahme dieser Marke lasse aufgrund der Produktnähe falsche Zusammenhänge vermuten und begründe somit eine Verwechslungsgefahr.

E. Mit Eingabe vom 27. November 2006 reichte die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum ein. Sie beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Oktober 2007 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und den Widerspruch der Beschwerdegegnerin abzuweisen. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Beschwerdegegnerin die Frist für die Anmeldung des Widerspruchs nicht eingehalten habe, weshalb darauf gar nicht hätte eingetreten werden dürfen. Obwohl die Vorinstanz festhalte, dass es die Beschwerdegegnerin verpasst habe, den Gebrauch der Widerspruchsmarke für die Waren der Klasse 9 bzw. wichtige Gründe für deren Nichtgebrauch geltend zu machen, sei der Widerspruch vollumfänglich gutgeheissen worden. Des Weiteren könne von keiner hochgradigen Warengleichartigkeit die Rede sein, würden sich doch die konkret vertriebenen Waren bezüglich Material (Zeitungspapier vs. Hochglanzpapier), Format (Zeitungsformat vs. Tabloid) und Inhalt (normale News vs. erotischer Inhalt) eindeutig unterscheiden. Auch wenn bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit grundsätzlich vom Registereintrag auszugehen sei, müssten bei derart umfassenden Einträgen die konkreten Güter mitberücksichtigt werden. Ferner könne von einer Übernahme der Widerspruchsmarke keine Rede sein, komme das Kürzel "AZ" doch in jedem zweiten Printmedium vor. Beim Zeichen der Widerspruchsgegnerin handle es sich um eine äusserst schwache Marke, weshalb bereits kleinste Unterschiede genügten, um eine Verwechselbarkeit auszuschliessen. Das neue Zeichen erfülle die Anforderungen bezüglich der für die Beurteilung der Markenähnlichkeit von Wortmarken relevanten Kriterien des Wortklangs, des Schriftbilds und des Sinngehalts. Vom Wortklang her sei die Widerspruchsmarke ungleich kürzer und könne ohne Zwang in einer Silbe ausgesprochen werden. Demgegenüber müsse sich der Konsument bei dem aus einer Zahl und zwei Buchstaben zusammengesetzten Zeichen zuerst überlegen, wie er dieses überhaupt aussprechen wolle. Das Schriftbild sei gegenüber demjenigen der Widerspruchsmarke um 50 % erweitert und werde von der am Anfang stehenden Ziffer "6" geprägt. Die Kombination aus Buchstaben und einer Zahl schaffe eine gewisse Prägnanz und Unverkennbarkeit, welche durch die grafische Ausgestaltung der Wort-/Bildmarke noch gesteigert werde. Im Übrigen liege zwischen den beiden Zeichen kein übereinstimmender Sinngehalt, soweit Akronyme einen solchen haben könnten, vor.

F. Am 28. November 2006 teilte die Rekurskommission für geistiges Eigentum den Parteien mit, dass die Akten des Beschwerdeverfahrens per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht als neu zuständige Beschwerdebehörde überwiesen würden. Mit Schreiben vom 22. Januar 2007 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Übernahme der hängigen Beschwerde.

G. Mit Vernehmlassung vom 1. Februar 2007 beantragte die Vorinstanz unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

H. In ihrer Vernehmlassung vom 27. Februar 2007 stellte die Beschwerdegegnerin ebenfalls den Antrag, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die Widerspruchsfrist gemäss den damals geltenden Richtlinien des Instituts am nächsten Werktag, der dem auf dem Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) aufgedruckten Ausgabetag folge, zu laufen begonnen habe, womit der Widerspruch rechtzeitig eingereicht worden sei. Ferner bestreite sie nicht, dass der rechtserhaltende Gebrauch der Widerspruchsmarke für die Waren der Klassen 9 nicht erbracht worden sei. Jedoch bestehe zwischen Druckereierzeugnissen und Informationsträgern wie elektronischen oder magnetischen Datenträgern Warengleichartigkeit. Dagegen überzeuge die von der Beschwerdeführerin versuchte Differenzierung zwischen den konkret vertriebenen Waren nicht, sei doch von den beidseitig registrierten Waren auszugehen. Bezüglich der Frage der Zeichenähnlichkeit verfange der Umstand, dass der Wortanfang der streitgegenständlichen Marke nicht identisch sei, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht, sei dies doch bei der Konstellation der unveränderten Übernahme der Widerspruchsmarke in eine jüngere Marke häufig nicht der Fall. Derartige Fälle führten praxisgemäss zu einer unmittelbaren oder aber wenigstens mittelbaren Verwechslungsgefahr. Im Übrigen vermöchten die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Erwägungen zur angeblichen Schwäche des Schutzumfangs der Widerspruchsmarke nicht zu überzeugen.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 26. Oktober 2006 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Diese Verfügung kann im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwal-

tungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32). Gemäss Art. 53 Abs. 2 VGG übernimmt das Bundesverwaltungsgericht bei Zuständigkeit die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel, wobei die Beurteilung nach neuem Verfahrensrecht erfolgt.

2. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG).

   Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

3. Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Art. 1 Abs. 2 MSchG zählt Beispiele von Markenformen auf. Danach können Marken aus Wörtern, Buchstaben, Zahlen, bildlichen Darstellungen, dreidimensionalen Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben bestehen. Das Markenrecht entsteht mit der Eintragung im Register und steht demjenigen zu, der die Marke zuerst hinterlegt (Art. 5 f. MSchG). Es verleiht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Auch kann er gegen die Eintragung von Zeichen, die seiner älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt, Widerspruch erheben (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. c MSchG). Der Widerspruch ist innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung der Eintragung beim Institut schriftlich mit Begründung einzureichen (Art. 31 Abs. 2 Satz 1 MSchG). Ist der Widerspruch begründet, so wird die Eintragung ganz oder teilweise widerrufen; andernfalls wird der Widerspruch abgewiesen (Art. 33 MSchG).

4. Die angefochtene Marke wurde am 15. Februar 2005 im SHAB veröffentlicht. Die Widerspruchsfrist begann gemäss den zur Zeit der Einreichung des Widerrufs gültigen Richtlinien 2002 des Instituts analog Art. 932 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) am nächsten Werktag, der dem auf dem SHAB aufgedruckten Ausgabetag folgt. Dies war der 16. Februar 2005. Da es sich bei 16. Mai 2005 um den Pfingst-

montag und somit einen vom Bundesrecht anerkannten Feiertag handelte, endete die Dreimonatsfrist am nächstfolgenden Werktag um 24:00 Uhr (vgl. Art. 20 Abs. 3 Satz 1 VwVG). Der mit Postaufgabe vom 17. Mai 2005 eingereichte Widerspruch erfolgte demnach fristgerecht, weshalb die Vorinstanz zurecht auf ihn eingetreten ist.

5. Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, 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 MSchG). Voraussetzungen der Verweigerung des Markenschutzes sind demnach eine Zeichenähnlichkeit, eine Waren- bzw. Dienstleistungsgleichartigkeit und eine daraus resultierende Verwechslungsgefahr. Zwischen den beiden ersten Elementen besteht eine Wechselwirkung. An die Zeichenverschiedenheit sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher die Waren sind, und umgekehrt sind an die Verschiedenheit der beanspruchten Waren und Dienstleistungen umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher die Zeichen sind (RKGE in sic! 2006, 269 *Michel (fig.) / Michel Comte Waters*).

6. Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für das gesamte Kennzeichnungsrecht einheitlich zu umschreiben. Die Gefahr der Verwechslung bedeutet, dass ein Kennzeichen im Schutzbereich, den ihm das Firmen-, Namens-, Marken- oder Wettbewerbsrecht verleiht, 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 mit ihnen gekennzeichneten Personen und Gegenstände für jene halten, die mit den besser berechtigten Zeichen individualisiert werden (unmittelbare Verwechslungsgefahr), oder die schlechter berechtigten Zeichen können eine mittelbare Verwechslungsgefahr schaffen, indem die Adressaten zwar die Unterschiede der Zeichen wahrnehmen aber aufgrund der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermuten (BGer in sic! 2001, 314 *Securitas (fig.)*).

7. Die Markenähnlichkeit beurteilt sich aufgrund des Gesamteindrucks, den die betreffenden Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrskreise hinterlassen. Massgebend für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist bei Marken 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, 270 *Michel (fig.) / Michel Comte Waters* mit Hinweis auf E. MARBACH, SIWR III, Basel 1996, 118 und BGE 122 III 388 E. 5a *Kamillosan, Kamillon / Kamillan*). 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 Beschwerdegegnerin den Schutzumfang einer

starken Marke beansprucht, spricht die Beschwerdeführerin von einem schwachen Zeichen mit geringer Schutzfähigkeit. Es gilt daher vorweg den Schutzumfang der Widerspruchsmarke zu prüfen.

8. Beim Zeichen der Beschwerdegegnerin handelt es sich um ein Akronym, ein Kunstwort, das aus den Anfangsbuchstaben mehrerer Wörter zusammengesetzt ist. "AZ" steht für "Aargauer Zeitung". Akronyme zählen zum Kreis der eintragungsfähigen Marken. Sie sind daher grundsätzlich gleich zu behandeln wie andere Marken (RKGE in sic! 2001, 651 *MPC by Tenson (fig.) / MDC* mit Hinweis auf L. DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, Art. 3 MSchG N 22). Auch verfügen sie nicht per se über einen eingeschränkten Schutzbereich.

9. Die Vorinstanz hielt in ihrer Verfügung fest, dass die Bezeichnung "AZ" im Bereich der Medienerzeugnisse in den unterschiedlichsten Bedeutungen verwendet werde. Es handle sich bezüglich des hier interessierenden Produktbereichs um ein Akronym mit unbestimmten Sinngehalt, weshalb der Widerspruchsmarke eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft resp. ein normaler Schutzumfang zukomme. Diese Auffassung kann das Bundesverwaltungsgericht nicht teilen, schreibt die schweizerische Post doch für sämtliche von ihr zugestellten Tageszeitungen und wöchentlich erscheinenden, abonnierten Lokal- und Regionalzeitungen den Frankaturvermerk "AZ" vor (http://www.post.ch/de/pm_broschuere_zeitungen_schweiz.pdf), weshalb das Kürzel für Printmedien nicht unterscheidungskräftig ist. Davon abgesehen wäre die Kennzeichnungskraft des bereits aufgrund seiner Kürze tendenziell wenig originellen Zeichens schon durch anderweitige verbreitete Verwendung als Bestandteil von Wortmarken im Medienbereich erheblich abgeschwächt worden, wird doch die Bezeichnung "AZ" im Volksmund insbesondere für verschiedene mit dem Buchstaben "A" beginnende Zeitungen wie beispielsweise die "Aachener Zeitung", die "Arbeiter Zeitung" oder die "Abendzeitung" benützt. Da die Beschwerdegegnerin das Kürzel gewöhnlich in Verbindung mit ihrem Zeichen "Aargauer Zeitung" verwendet, ist auch dessen angebliche notorische Bekanntheit nicht erwiesen. Es muss folglich von einer schwachen Widerspruchsmarke ausgegangen werden.

10. Bei der angefochtenen Marke "6AZ" (fig.) handelt es sich ebenfalls um ein Akronym. Sie unterscheidet sich von der Widerspruchsmarke durch die vorangestellte Ziffer "6" und die konkrete grafische Ausgestaltung, wobei die Zahl gegenüber den beiden Buchstaben vergrössert und leicht abgewinkelt dargestellt ist. Auch wenn die Beifügung oder Weglassung eines Buchstabens bei Wortmarken in aller Regel den Gesamteindruck nicht nachhaltig zu verändern vermag, so gilt dies nicht ohne weiteres bei Akronymen, die meistens Kurzzeichen sind. Solche werden phonetisch und visuell leichter erfasst, so dass sich auch deren Unterschiede, selbst wenn sie nur gerade einen Buchstaben betreffen, eher im Gedächtnis einprägen

(RKGE in sic! 2005, 476 *SMI / RSMI* mit Hinweis auf BGE 121 III 377 E. 2b *BOSS / BOKS*). Dies gilt insbesondere dann, wenn der unterschiedliche Buchstabe sich am Anfang des Akronyms befindet, da Akronyme sich häufig nur durch ihren ersten Buchstaben voneinander unterscheiden und das Publikum deshalb besonders auf diesen achtet (RKGE in sic! 2005, 476 *SMI / RSMI* mit Hinweis auf E. MARBACH, a.a.O., 119 und RKGE in sic! 2001, 325 *SFS / TFS*).

11. Den Wortklang prägen das Silbenmass, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale. Bei einem Vergleich der beiden als "Sechsah-zet" und "Azet" ausgesprochenen Marken ist eine Ähnlichkeit des Klangs aufgrund dieser Merkmale zu verneinen. Im Gegensatz zum dreisilbigen Zeichen der Beschwerdeführerin ist die Widerspruchsmarke ungleich kürzer und kann mühelos in einer Silbe formuliert werden. Hinzu kommt, dass die Zeichen über einen anderen Wortanfang und eine unterschiedliche Zahl von Vokalen verfügen.

    Das Schriftbild wird vorallem durch die Wortlänge und die Eigenheiten der verwendeten Buchstaben gekennzeichnet. Die jüngere Marke besteht anders als die ältere aus drei anstelle von zwei Schriftzeichen. Neben der unterschiedlichen Länge der Akronyme sticht bei der angefochtenen Marke insbesondere der Umstand, dass am Wortanfang anstelle eines Buchstabens eine Zahl steht, ins Auge. Dieser Unterschied wird durch die grafische Ausgestaltung noch verstärkt, indem die Ziffer "6" gegenüber den nachfolgenden Buchstaben "az" vergrössert und leicht im Gegenuhrzeigersinn verdreht dargestellt wird.

    Für den Gesamteindruck einer Wortmarke kann auch ihr Sinngehalt entscheidend sein. In Betracht fallen neben der eigentlichen Wortbedeutung auch Gedankenverbindungen, die das Zeichen unweigerlich hervorruft. Markante Sinngehalte, die sich beim Hören und beim Lesen sogleich aufdrängen, dominieren regelmässig auch das Erinnerungsbild (BGE 121 III 377 E. 2b *BOSS / BOKS*). Akronyme als solche verfügen grundsätzlich über keinen Sinngehalt. Abgesehen davon, dass im Bereich der Printmedien der Buchstabe "Z" oft für "Zeitung" oder "Zeitschrift" steht, weist einzig die zweideutige Zahl "6" auf die Natur des Inhalts hin. Es lässt sich demnach festhalten, dass allein die angefochtene Marke über einen auffälligen Sinngehalt verfügt.

    Aufgrund der Kriterien des Wortklangs, des Schriftbilds und des Sinngehalts ist demnach eine unmittelbare Ähnlichkeit der beiden Marken zu verneinen.

12. Die Beschwerdegegnerin machte geltend, ihr Zeichen sei in die angefochtene Marke vollumfänglich übernommen worden. Dies erwecke den Eindruck, es bestehe eine irgendwie geartete Verbindung bezüglich der Inhaberschaft der beiden Marken. Demnach behauptete die Beschwerdegegnerin das Bestehen einer mittelbaren Verwechslungsgefahr, welche nach Praxis dann vorliegt, wenn das Publikum zwei Marken zwar zu unterschei-

den vermag, aber aufgrund eines übereinstimmenden Elements einen Zusammenhang produktspezifischer oder unternehmensspezifischer Art vermutet (L. DAVID, a.a.O., Art. 3 MSchG N 6, E. MARBACH, a.a.O., 112). Eine solche Vermutung setzt voraus, dass das betreffende mit der älteren Marke übereinstimmende Element der jüngeren Marke überhaupt als solches erkannt wird und nicht in einem neuen Gesamteindruck aufgeht. Akronyme werden indessen in aller Regel als einheitliche Gebilde aufgefasst, es sei denn, sie würden mittels Trennstrich oder anderer grafischer Mittel unterteilt (RKGE in sic! 2005, 477 *SMI / RSMI*).

13. Es ist zu prüfen, ob die in der angefochtenen Marke enthaltene Buchstabenfolge "AZ" als ein eigenständiges Element erkannt und mit dem Zeichen der Beschwerdegegnerin in Verbindung gebracht wird. Für einen autonomen Bestandteil könnte allenfalls die unterschiedliche Schriftgrösse sowie die andere Ausrichtung der Zahl "6" sprechen. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass die drei Schriftzeichen zusammenhängen und in derselben schattierten Schrift verfasst worden sind. Das Wortgebilde wird denn auch als Einheit gelesen und ausgesprochen. Des Weiteren steht die Buchstabenkombination "AZ" nicht am Anfang des Akronyms und kommt somit auch weniger zur Geltung. Selbst wenn man von einer Segmentierung des Zeichens ausginge, so würde sich die Aufmerksamkeit des Konsumenten eher auf die am Wortanfang stehende und durch grössere Schriftgrösse sowie Drehung hervorgehobene Zahl richten. Im Übrigen ist die Rezeption einer älteren Marke zulässig, wenn durch das hinzugefügte Zeichen der Sinngehalt verändert wird oder es sich beim übernommenen Element um ein schwaches Zeichen handelt und dieses mit einem kennzeichnungskräftigen Bestandteil verbunden wird (RKGE in sic! 2006, 270 *Michel / Michel Comte Waters*). Bei der übernommenen Buchstabenfolge handelt es sich, wie bereits festgestellt wurde, um eine schwache Marke. Durch Hinzufügen der grafisch akzentuierten Zahl "6" wird das Widerspruchszeichen stark verändert und erhält ebenfalls einen neuen Sinngehalt.

    Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass auch keine Markenähnlichkeit in dem Sinne vorliegt, dass sich daraus eine mittelbare Verwechslungsgefahr ergeben könnte.

14. Mangels Markenähnlichkeit, ist eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, weshalb auf die Frage der Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen nicht einzugehen ist. Nicht zu prüfen ist auch die Rüge der Beschwerdeführerin, wegen ihrer nicht widerlegten Nichtgebrauchseinrede hätte das Institut bereits im Widerspruchsentscheid den Widerspruch für Waren der Klasse 9 abweisen müssen. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet und ist gutzuheissen. Die Verfügung der Vorinstanz ist aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig und es steht der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG). Letzte-

rer ist ausserdem der geleistete Kostenvorschuss zurück zu erstatten.

15. 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 11. Dezember 2006 (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 Fr. 40'000.-- festzulegen (J. ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, sic! 2002, 505; L. MEYER, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic! 2001, 559 ff., L. DAVID, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, 29 f.).

16. Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen. Ist wie im vorliegenden Fall keine Kostennote eingereicht worden, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten für die notwendigen erwachsenen Kosten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). In Würdigung der massgeblichen Faktoren erscheint eine Parteientschädigung der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin von Fr. 5'000.-- (inkl. allfällige MWST) für das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren angemessen.

17. 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 gutgeheissen, die Ziffern 1, 2 und 4 der angefochtenen Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 26. Oktober 2006 im Widerspruchsverfahren Nr. 7557 werden aufgehoben und der Widerspruch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
3. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren mit Fr. 5'000.-- (inkl. allfällige

MWST) zu entschädigen.

4. Dieses Urteil wird eröffnet:
   - der Beschwerdeführerin (eingeschrieben, Akten zurück)
   - der Beschwerdegegnerin (eingeschrieben)
   - der Vorinstanz (Ref. Wspr.-Nr. 7557, eingeschrieben, Akten zurück)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Marc Hunziker

Versand am: 6. Juli 2007