Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

4A 250/2009

Urteil vom 10. September 2009

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE), Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Unox S.r.l.,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Gasser.

Gegenstand
Schutzverweigerung gegenüber einer internationalen Markenregistrierung,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. April 2009.

Sachverhalt:

A.
Die Unox S.r.l. (Beschwerdegegnerin) ist Inhaberin der international registrierten Marke Nr. 820 974 "UNOX" (fig.) mit Basiseintragung in Italien. Das Zeichen sieht wie folgt aus:

Für die Schweiz wurde bezüglich folgender Waren der Klasse 11 Schutz begehrt (Notification der Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, OMPI, vom 16. Februar 2006) :
Klasse 11
Fours, à l'exception des fours pour expériences, fours gaz à convection pour restaurants, fours électriques à convection pour restaurants, fours électriques mixtes (convection-vapeur) pour restaurants, fours à gaz mixtes (convection-vapeur) pour restaurants, fours électriques statiques à pizzas, fours gaz statiques à pizzas, fours électriques à convection pour pizzas, fours gaz à convection pour pizzas, grils (cuiseurs), plans et plaques de cuisson en vitrocéramique, grille-pain, comptoirs chauffés pour aliments appareils de chauffage, de production de vapeur, de cuisson, de réfrigération, de séchage, de ventilation.
Am 9. Januar 2007 erliess das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE; Beschwerdeführer) eine "Notification de refus provisoire total (sur motifs absolus) " gegen die Marke der Beschwerdegegnerin mit

der Begründung, das Zeichen enthalte die gemäss Bundesgesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen vom 15. Dezember 1961 (NZSchG; SR 232.23) geschützte Abkürzung "UNO" und verstosse somit gegen das NZSchG.
Mit Schreiben vom 8. Juni 2007 bestritt die Beschwerdegegnerin die Auffassung des IGE und machte geltend, dass der hinzugefügte Buchstabe "X" und die grafische Gestaltung des Zeichens genügend Distanz zur Abkürzung der Vereinten Nationen schaffen würden. Gesamthaft betrachtet handle es sich um eine Fantasiebezeichnung. Zudem verwies die Beschwerdegegnerin auf Voreintragungen mit dem Bestandteil "UNO".
Mit Verfügung vom 10. Januar 2008 verweigerte das IGE der internationalen Registrierung Nr. 820 974 "UNOX" (fig.) für alle beanspruchten Waren der Klasse 11 den Markenschutz in der Schweiz gestützt auf Art. 6 ter und 6quinquies lit. B. Ziff. 2 und 3 der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ; SR 0.232.04) sowie Art. 2 lit. d i.V.m Art. 30 Abs. 2 lit. c MSchG (SR 232.11). Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, aufgrund der grafischen Ausgestaltung liege eine Auftrennung des Zeichens in die Bestandteile "UNO" und "X" auf der Hand; "UNO" werde als selbständiges Element wahrgenommen und gehe wegen der Grafik nicht als Bestandteil einer Fantasiebezeichnung im ganzen Wortkonstrukt "UNOX" unter.

B.
Mit Urteil vom 9. April 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht die dagegen von der Markeninhaberin eingelegte Beschwerde gut, hob die Verfügung des IGE vom 10. Januar 2008 auf und wies das IGE an, der Marke IR 820 974 UNOX (fig.) den Schutz für das Gebiet der Schweiz für alle beanspruchten Waren der Klasse 11 vollumfänglich zu gewähren. Es kam in Würdigung des Gesamteindrucks der Marke zum Schluss, dass diese als Fantasiebezeichnung wahrgenommen werde. Weder die Fachkreise noch der Durchschnittsbetrachter würden im Zeichen ein UNO-Sigel erkennen, jedenfalls nicht auf den ersten Blick und ohne besonderen Fantasieaufwand. Vielmehr würden sie "UNOX" als ein Wort lesen, da das "X" ohne Zwischenraum an die Buchstabenfolge UNO anschliesse und dieselbe Schriftgrösse aufweise. Klanglich und inhaltlich erinnere es an "INOX", eine gebräuchliche Bezeichnung für rostfreien Stahl. Dieser Sinngehalt sei mit Blick auf die beanspruchten Waren der Klasse 11 auch besonders naheliegend. Demgegenüber würde eine Verbindung des UNO-Sigels mit dem Buchstaben "X" schon per se, erst recht aber auf einer schwarz-weissen ellipsenförmigen Grundfläche, keine sinnhaftigen Assoziationen mit den Vereinten Nationen wecken. Dies gelte umso mehr, als die Marke
Öfen für Gastrobetriebe und verwandte Produkte kennzeichne. Auch deshalb werde die in ihr enthaltene Buchstabenfolge "UNO" nicht separat wahrgenommen und als UNO-Sigel betrachtet. Da die Buchstabenfolge "UNO" in der Marke "UNOX" nicht als Sigel der Vereinten Nationen (oder als Nachahmung desselben) wahrgenommen werde, unterliege das Zeichen auch nicht den Regeln des NZSchG. Es komme kein absoluter Ausschlussgrund zum Tragen.

C.
Das IGE beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. April 2009 aufzuheben und der internationalen Registrierung Nr. 820 974 UNOX (fig.) den Schutz in der Schweiz vollumfänglich zu verweigern.
Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde abzuweisen und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu bestätigen. Es sei die internationale Marke UNOX (fig.; IR 820 974) der Beschwerdegegnerin in der Schweiz vollumfänglich zum Schutz zuzulassen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete auf eine Vernehmlassung.

D.
Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2009 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

Erwägungen:

1.
In der vorliegenden Registersache ist nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG die Beschwerde in Zivilsachen das zulässige Rechtsmittel. Als Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden (Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Entscheid erging nicht im Rahmen des Widerspruchsverfahrens (Art. 73 BGG). Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren betreffend den Schutz der internationalen Registrierung Nr. 820 974 UNOX

(fig.) in der Schweiz ab und ist demnach als Endentscheid zu qualifizieren (Art. 90 BGG). Der für die Beschwerde in Zivilsachen erforderliche Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 133 III 490 E. 3 S. 491 f.). Nach Art. 76 Abs. 2 BGG steht das Beschwerderecht namentlich in Markenregistersachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG) auch den Departementen des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, den ihnen unterstellten Dienststellen zu, wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Art. 29 Abs. 3 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1) sieht vor, dass das IGE in seinem Zuständigkeitsbereich zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist. Die Registrierung
von Marken gehört zum Zuständigkeitsbereich des IGE (Art. 2 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGEG, SR 172.010.31]), weshalb das IGE zur Beschwerde legitimiert ist. Die Beschwerdefrist von 30 Tagen (Art. 100 Abs. 1 BGG) wurde eingehalten. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

2.1. Die Markeninhaberin hat ihren Sitz in Italien. Italien und die Schweiz haben sowohl das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (MMA; SR 0.232.112.3) als auch das Protokoll vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP; SR 0.232.112.4) ratifiziert. In den Beziehungen zwischen Staaten, die Vertragsparteien sowohl des MMP als auch des MMA (Stockholmer Fassung) sind, findet nur das MMP Anwendung (Art. 9 sexies Abs. 1 lit. a MMP).
Nach Art. 5 Abs. 1 MMP hat das IGE das Recht, nach Mitteilung einer internationalen Markenregistrierung eine Schutzverweigerung für die Schweiz zu erklären. Es muss sich hierfür auf einen der in der PVÜ genannten Gründe stützen können. Vorliegend berief sich das IGE in seiner "Notification de refus provisoire total" vom 9. Januar 2007 und in der Verfügung vom 10. Januar 2008 auf Art. 6 ter und 6quinquies lit. B. Ziff. 2 und 3 PVÜ sowie Art. 2 lit. d i.V.m Art. 30 Abs. 2 lit. c MSchG und Art. 1 und 2 NZSchG.

2.2. Eine Schutzverweigerung ist unter anderem dann statthaft, wenn die Marke gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstösst, wobei eine Marke nicht schon deshalb als gegen die öffentliche Ordnung verstossend angesehen werden kann, weil sie einer Vorschrift des Markenrechts nicht entspricht, es sei denn, dass diese Bestimmung selbst die öffentliche Ordnung betrifft (Art. 6quinquies lit. B. Ziff. 3 PVÜ).
Nach Art. 2 lit. d MSchG sind Zeichen, die gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstossen, vom Markenschutz ausgeschlossen. Da die Verletzung von geltendem Recht nach Art. 2 lit. d MSchG im PVÜ nicht genannt ist, kann dieser Schutzverweigerungsgrund gegenüber einer international registrierten Marke nur dann angeführt werden, wenn der Verstoss gegen geltendes Recht gleichzeitig einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten darstellt (Art. 6 quinquies lit. B. Ziff. 3 PVÜ).

2.3. Nach Art. 6 ter Abs. 1 lit. a und b PVÜ ist die Schweiz verpflichtet, die Eintragung der Wappen, Flaggen und anderen Kennzeichen, Sigel oder Bezeichnungen der internationalen zwischenstaatlichen Organisationen, denen ein oder mehrere Verbandsländer angehören, sowie jeder Nachahmung im heraldischen Sinn als Fabrik- oder Handelsmarken oder als Bestandteile solcher zurückzuweisen und den Gebrauch dieser Zeichen durch geeignete Massnahmen zu verbieten, sofern die zuständigen Stellen den Gebrauch nicht erlaubt haben.
In Nachachtung dieser internationalen Verpflichtung erliess die Schweiz das NZSchG. Mit ihrer Zustimmung zur Aufnahme des europäischen Sitzes der Vereinten Nationen hatte sich die Schweiz stillschweigend bereit erklärt, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um dieser Organisation eine ungestörte Tätigkeit auf ihrem Staatsgebiet zu ermöglichen. Dazu zählte nach Auffassung des Bundesrates auch die Pflicht, den Namen und das Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen ausdrücklich gegen die Benützung durch nicht ermächtigte Dritte zu schützen (Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1961 zum Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinigten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen, BBl 1961 I 1330 ff., 1331). Das NZSchG will demnach unter anderem verhindern, dass durch einen unautorisierten Gebrauch der geschützten Zeichen das Ansehen der Vereinten Nationen beeinträchtigt wird oder die internationalen Beziehungen der Schweiz gestört werden könnten. Insofern fallen seine Bestimmungen in den Bereich der öffentlichen Ordnung (vgl. Lucas David, Basler Kommentar, N. 71 zu Art.

2 MSchG; CHRISTOPH WILLI, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, 2002, N. 260 zu Art. 2 MSchG). Die Verletzung des NZSchG kommt somit einem Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 6 quinquies lit. B. Ziff. 3 PVÜ gleich.

2.4. Art. 1 Abs. 1 NZSchG untersagt, ohne ausdrückliche Ermächtigung des Generalsekretärs der Organisation der Vereinten Nationen folgende, der Schweiz mitgeteilte Kennzeichen dieser Organisation zu benützen: ihren Namen (in irgendwelcher Sprache), ihre Sigel (in den schweizerischen Amtssprachen oder in englischer Sprache) sowie ihre Wappen, Flaggen und anderen Zeichen. Art. 1 Abs. 2 NZSchG erstreckt dieses Verbot auch auf Nachahmungen dieser Kennzeichen. Art. 2 NZSchG dehnt es auf Kennzeichen von Spezialorganisationen der Vereinten Nationen sowie angeschlossener zwischenstaatlicher Organisationen aus.
Der Schutz des NZSchG geht deutlich weiter als derjenige, den die Minimalvorschrift von Art. 6 ter PVÜ bietet: Das NZSchG verbietet die Nachahmung schlechthin, nicht nur die Nachahmung "im heraldischen Sinn". Sodann untersagt es die Verwendung der geschützten Kennzeichen auch in Dienstleistungsmarken und Geschäftsfirmen. Und schliesslich setzt es keine Verwechslungsgefahr voraus. Der schweizerische Gesetzgeber hat keinen Gebrauch von der diesbezüglichen Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 6ter Abs. 1 lit. c PVÜ gemacht. Es kommt somit nach dem NZSchG nicht darauf an, ob die Benutzung oder Eintragung des Kennzeichens geeignet ist, beim Publikum den Eindruck einer Verbindung zwischen der betreffenden Organisation und den Wappen, Flaggen, Kennzeichen, Sigel oder Bezeichnungen hervorzurufen oder das Publikum über das Bestehen einer Verbindung zwischen dem Benutzer und der Organisation irrezuführen (BGE 105 ll 135 E. 2c S. 139 f.; Botschaft, a.a.O., S. 1333; JOSEPH VOYAME, La protection des noms et emblèmes des organisations intergouvernementales en droit suisse, in: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, 1990, S. 643 ff., S. 645 f.; David, a.a.O., N. 83 zu Art. 2 MSchG; WILLI, a.a.O., N. 275 zu Art. 2 MSchG).

2.5. Das NZSchG untersagt jeglichen Gebrauch eines geschützten Kennzeichens, sei es, dass dieses allein oder als Teil eines Ganzen verwendet wird (VOYAME, a.a.O., S. 650). Bei der Beurteilung, ob eine Nachahmung oder eine Übernahme eines geschützten Kennzeichens vorliegt, ist demnach einzig der betreffende Teil der Marke in Betracht zu ziehen. Die weiteren Elemente bzw. der Gesamteindruck des Zeichens sind für diese Beurteilung nicht ausschlaggebend.
Von diesem Verbot des Gebrauchs besteht immerhin dann eine Ausnahme, wenn das Zeichen zwar eine geschützte Abkürzung unverändert übernimmt, dies jedoch nicht erkennbar ist, weil die entsprechende Buchstabenfolge in einem ganzen Wort oder einer Fantasiebezeichnung eingebettet ist und darin gewissermassen "untergeht" (z.B. "ét oile"; Beispiele bei VOYAME, a.a.O., S. 650) oder weil dieser im Rahmen der gesamten Ausgestaltung des Zeichens eine weitere eigenständige Bedeutung - sei es als beschreibender Begriff oder generische Bezeichnung der Alltagssprache - zukommt (z.B. " Uno Due Tre", oder " who knows whom AG"; VOYAME, a.a.O., S. 651; vgl. auch die Richtlinien des IGE in Markensachen vom 1. Juli 2008 Ziff. 7.4, www.ige.ch). In diesen Fällen besteht kein Bedürfnis die Verwendung der Buchstabenfolge zu verbieten. Zu bedenken ist dabei auch, dass ein Ausschluss solcher Buchstabenfolgen ohne Rücksicht auf den Gesamteindruck des Zeichens namentlich im zweitgenannten Fall dazu führen könnte, dass dem Wirtschaftsverkehr grundlegende Bezeichnungen entzogen würden. Nur im Rahmen der Prüfung, ob ein Ausnahmefall im vorstehenden Sinn gegeben ist, können der Gesamteindruck des Zeichens und die beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine Rolle spielen. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beschwerdegegnerin angerufenen Literaturstelle bei MARBACH, erwähnt dieser Autor die Berücksichtigung des Gesamteindrucks doch just im Zusammenhang mit der Marke "Uno Due Tre", bei welcher die Bedeutung von "Uno" als italienisches Zahlenwort im Vordergrund steht (MARBACH, Markenrecht, SIWR III/1, 2. Aufl., 2009, S. 197, Rz. 647, Fn. 846).

2.6. Das NZSchG statuiert ein absolutes Benutzungsverbot der geschützten Kennzeichen. Wie dargelegt, ist es nicht relevant, ob eine Verwechslungsgefahr besteht bzw. ob das Zeichen eine gedankliche Verbindung zu den Vereinten Nationen weckt oder nicht. Daher spielt auch die Natur der Waren und Dienstleistungen, für die das Zeichen beansprucht wird, keine Rolle (VOYAME, a.a.O., S. 648 f.).

2.7. Schliesslich ist auf einen kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts zum Rotkreuzgesetz (Bundesgesetz vom 25. März 1954 betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes [SR

232.22]) hinzuweisen (BGE 134 III 406). Darin hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Verwendung des Rotkreuzzeichens oder eines mit ihm verwechselbaren Zeichens als Bestandteil einer Marke schlechthin untersagt ist, ohne Rücksicht darauf, welche Bedeutung ihm zusammen mit anderen Elementen der Marke zukommt und welche Waren oder Dienstleistungen mit der Marke bezeichnet werden sollen. Ob eine Gefahr der Verwechslung bzw. der gedanklichen Verbindung zur Organisation des Roten Kreuzes bestehe, sei unerheblich (BGE 134 III 406 E. 5.2 S. 412 mit Hinweis auf BGE 105 II 135 E. 2c S. 159 f. zum NZSchG, welches einen im Wesentlichen gleichen Schutz gewähre wie das Rotkreuzgesetz). Abzustellen sei auf den fraglichen Markenbestandteil für sich allein, nicht auf den Gesamteindruck (BGE 134 III 406 E. 5.2 S. 412).

3.
Die Vorinstanz verkennt die vorerwähnten Grundsätze im angefochtenen Urteil, was der Beschwerdeführer zu Recht rügt.

3.1. Mit der Buchstabenfolge "UNO" übernimmt das streitbetroffene Zeichen das geschützte Sigel der Organisation der Vereinten Nationen integral. Damit ist unabhängig vom Gesamteindruck des Zeichens oder der Schaffung einer Verwechslungsgefahr grundsätzlich von einem Verstoss gegen das Benutzungsverbot des NZSchG auszugehen. Die Frage, ob eine Nachahmung des UNO-Sigels vorliegt, stellt sich angesichts der integralen Übernahme nicht. Zu prüfen ist einzig, ob ein Ausnahmefall gemäss vorstehender Erwägung 2.5 gegeben ist.
Dies ist zu verneinen. So ist davon auszugehen, dass sich die Buchstabenfolge "UNO" aufgrund ihrer Ausgestaltung in einem hellen Farbton deutlich vom nachfolgenden dunkel gehaltenen Buchstaben "X" abhebt und als eigenständiger Zeichenbestandteil erscheint. Aufgrund der Umkehrung der Hell/Dunkel-Ausgestaltung wird das Wort "UNOX" in der Wahrnehmung in die zwei separaten Elemente "UNO" und "X" aufgetrennt. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, klanglich werde das Zeichen "UNOX" als Einheit wahrgenommen. Dies ist nicht zwingend. Gerade wegen der unterschiedlichen grafischen Ausgestaltung ist durchaus denkbar, dass "UNOX" nicht in einem Wort, sondern getrennt als "UNO" - "X" ausgesprochen wird. Entscheidend ist, dass jedenfalls in der visuellen Wahrnehmung "UNO" deutlich als eigenständiger Markenbestandteil hervortritt. Die grafische Ausgestaltung indiziert klar eine Aufteilung in die beiden Elemente "UNO" und "X". Die hell geschriebenen Buchstaben "UNO" stechen auf dem dunklen Hintergrund sogar deutlich hervor. Es kann daher nicht gesagt werden, sie gingen in der ganzen Buchstabenfolge "UNOX" unter. Die Auffassung der Vorinstanz, die unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks ein Fantasiezeichen angenommen hat, lässt sich nicht halten.

3.2. Wie dargelegt (Erwägung 2.4 und 2.6), spielt es keine Rolle, ob das Zeichen eine Assoziation zu den Vereinten Nationen hervorruft und für welche Waren und Dienstleistungen es beansprucht wird. Die Erwägungen der Vorinstanz, wonach weder die Fachkreise noch der Durchschnittsbetrachter einen gedanklichen Bezug zu den Vereinten Nationen herstellten, schon gar nicht, wenn man die beanspruchten Waren, d.h. Öfen für Gastrobetriebe und verwandte Produkte, in Betracht ziehe, gehen daher ins Leere.

3.3. Beim in der streitgegenständlichen Marke enthaltenen eigenständigen Zeichenelement "UNO" muss von einer erkennbaren integralen Übernahme der Abkürzung "UNO" der Vereinten Nationen ausgegangen werden, die gegen Art. 1 NZSchG verstösst. Dem strittigen Zeichen ist demnach gestützt auf Art. 6 ter und 6quinquies lit. B. Ziff. 3 PVÜ sowie Art. 2 lit. d i.V.m Art. 30 Abs. 2 lit. c MSchG und mit Art. 1 und 6 Abs. 2 NZSchG der Schutz in der Schweiz zu verweigern.

4.
Die Beschwerdegegnerin beruft sich in der Beschwerdeantwort im Hinblick auf "die gebotene Gleichbehandlung" wiederum auf die vor dem IGE geltend gemachten Voreintragungen. Soweit sie sich vor Bundesgericht erstmals auf weitere Voreintragungen beruft, kann sie nicht gehört werden (Art. 99 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz brauchte sich zu den Voreintragungen nicht zu äussern, da sie die Beschwerde der Markeninhaberin guthiess. In seiner Verfügung bzw. in der Vernehmlassung zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht führte das IGE aus, die Voreintragung CH 354 399 UNOS sei aus dem Markenregister gelöscht worden. CH 537 133 UNOR und CH 383 832 UNOX seien unbestimmte Wortmarken, bei denen das geschützte Sigel "UNO" - im Vergleich zum mit Grafik versehenen strittigen Zeichen - vom Abnehmer nicht mehr eigenständig wahrgenommen werde. Bei CH 388 365 unoX (fig.) schliesslich handle es sich um eine alte Marke, deren abweichende

Beurteilung den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletze.
Die Beschwerdegegnerin hält dem nichts Überzeugendes entgegen und zeigt nicht auf, dass die angerufenen Voreintragungen wirklich mit dem vorliegenden, grafisch ausgestalteten Zeichen vergleichbar sind. Selbst wenn es sich dabei um vergleichbare Fälle handeln würde, könnte sich die Beschwerdegegnerin nur noch auf Gleichbehandlung im Unrecht berufen, nachdem sich die Auffassung des IGE, dem vorliegend strittigen Zeichen sei wegen Verstosses gegen Art. 1 NZSchG der Schutz in der Schweiz zu verweigern, als rechtens herausgestellt hat, und damit die Voreintragungen fehlerhaft gewesen wären. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (BGE 134 V 34 E. 9; 127 I 1 E. 3a S. 2 f.; Urteil 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3, in: sic! 2005 S. 278). Solches tut die Beschwerdegegnerin nicht dar.

5.
Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. April 2009 wird aufgehoben.
Der internationalen Registrierung Nr. 820 974 UNOX (fig.) wird der Schutz in der Schweiz vollumfänglich verweigert.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. September 2009

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Widmer