Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5786/2011

Urteil vom 23. November 2012

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

Parteien

Qatar Airways (Q.C.S.C),
Qatar Airways building, Airport road,
P.O. Box 22550, Doha, QA-Qatar,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Bundi,
Meisser & Partners, Bahnhofstrasse 8, 7250 Klosters,
Beschwerdeführerin,

gegen

Rubrum

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

Gegenstand

Verfügung vom 16. September 2011 betreffend das schweizerische Markeneintragungsgesuch Nr. 50905/2009
QATAR AIRWAYS.

Sachverhalt:

A. Sachverhalt
Am 28. Januar 2009 meldete die Beschwerdeführerin die Wortmarke QATAR AIRWAYS mit dem Gesuch Nr. 50905/2009 zur Eintragung im schweizerischen Markenregister an. Die Marke wurde für die folgenden Waren und Dienstleistungen hinterlegt:

Klasse 16: *Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie in dieser Klasse enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Fotografien, Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es in dieser Klasse enthalten ist; Drucklettern; Druckstöcke*

Klasse 39: *Transportwesen; Verpackung und Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen*

B.
Am 8. Juni 2009 beanstandete die Vorinstanz, die hinterlegte Marke sei Bestandteil des Gemeinguts und überdies irreführend. Um der Irreführungsgefahr vorzubeugen, müsse eine entsprechende Einschränkung des Warenverzeichnisses vorgenommen werden.

C.
In einem Schreiben vom 14. Oktober 2009 vertrat die Beschwerdeführerin die Auffassung, der Marke eigne originäre Unterscheidungskraft. Das Zeichen sei aber auch im Verkehr durchgesetzt, wofür die Beschwerdeführerin Belege geltend machte. Die Beanstandung durch das Institut verstosse überdies gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da vergleichbar gebildete Marken in das schweizerische Markenregister eingetragen worden seien.

D.
In einem Schreiben vom 30. November 2010 hielt die Vorinstanz an der Zurückweisung des Zeichens fest, wobei sie das geltend gemachte Schutzhindernis der Irreführungsgefahr mit Bezug auf einen Teil der in der Klasse 16 beanspruchten Waren zurücknahm. Die von der Beschwerdeführerin zwecks Glaubhaftmachung einer Durchsetzung der Marke im

Verkehr eingereichten Belege erachtete sie für ungenügend, insbesondere, weil damit bloss ein abweichender Zeichengebrauch belegt werde.

E.
In der Folge reichte die Beschwerdeführerin am 6. Juni 2011 weitere Belege zur Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung ein. In einer Eingabe bestritt sie den Gemeingutcharakter des Zeichens QATAR AIRWAYS nach wie vor.

F.
Darauf erliess die Vorinstanz am 16. September 2011 eine beschwerdefähige Verfügung, in der sie die Marke für die beanspruchten Dienstleistungen und für die Waren *Waren aus Papier und Karton, Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate)* zurückwies. Die Verfügung enthielt zur Begründung im Wesentlichen, dass die massgeblichen Verkehrskreise das Zeichen als "Fluglinie/Luftverkehrslinie von Katar" auslegen würden. Diese Verkehrskreise setzten sich vorliegend aus schweizerischen Durchschnittsabnehmern und Fachleuten aus den Bereichen Transport und Luftverkehr zusammen. Bei den in Klasse 16 beanspruchten Waren *Papier und Karton, Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel* handle es sich um Waren, die einen thematischen Inhalt haben könnten. Das strittige Zeichen beschreibe mit Bezug auf diese Waren deren thematischen Inhalt direkt. Vor dem Hintergrund der in Klasse 39 beanspruchten Dienstleistungen nähmen die massgeblichen Verkehrskreise das Zeichen als direkten Hinweis auf die Art und Herkunft von deren Erbringerin, nämlich "eine Fluggesellschaft aus Katar" war. Bei "Qatar" handle es sich ferner um eine geografische Bezeichnung. Im Ergebnis zähle das strittige Zeichen für diejenigen Waren und Dienstleistungen, für welche eine Rückweisung erfolgt sei, zum Gemeingut. Zur Frage des Gleichbehandlungsgebots hielt die Vorinstanz fest, es könne kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht werden, solange die Praxis der Vorinstanz lediglich in Einzelfällen vom Recht abweiche. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Voreintragungen, vermöchten einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung im Unrecht nicht zu begründen, da sie mit der strittigen Marke nicht vergleichbar seien, bzw. da sie angesichts ihres Alters nicht die aktuelle Praxis der Vorinstanz widergäben. Eine Verkehrsdurchsetzung der Marke habe die Beschwerdeführerin mittels der eingereichten Belege nicht glaubhaft gemacht.

G.
Am 19. Oktober 2011 hat die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie stellt darin die folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) vom 16. September 2011 im Verfahren betreffend die Schweizer Markenanmeldung Nr. 50905/2009 QATAR AIRWAYS sei aufzuheben, und das IGE sei anzuweisen, die vorliegende Marke für sämtliche Waren und Dienstleistungen zum Schutz zuzulassen, eventualiter mit dem Vermerk "durchgesetzte Marke".

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin an, die Marke setze sich aus einem französischsprachigen Wortelement (QATAR) und einem englischsprachigen zusammen und sei bereits aufgrund dieser besonderen Kombination als unterscheidungskräftig einzustufen. Der schweizerische Durchschnittskonsument werde die strittige Marke unweigerlich und ausschliesslich mit der Beschwerdeführerin in Verbindung bringen. Auch deshalb sei das Zeichen unterscheidungskräftig. Wer eine Flugreise bei "QATAR AIRWAYS" buche, wisse, dass er nicht Dienstleistungen irgendeiner Fluglinie aus Katar in Anspruch nehme, sondern solche der entsprechenden Nationalfluggesellschaft und sähe sich getäuscht, wenn das Zeichen von einer anderen Fluglinie beansprucht würde. Der Konsument habe sich an entsprechend gebildete Marken von Fluglinien gewöhnt. Wer beispielsweise mit "QATAR AIRWAYS" gekennzeichnete Druckereierzeugnisse erwerbe, werde nicht meinen, diese stammten aus dem Staat Katar, sondern von der Beschwerdeführerin. Eine Irreführungsgefahr gehe entgegen der Ansicht der Vorinstanz von der Marke nicht aus. Sollte das urteilende Gericht dieser Auffassung nicht folgen, sei das Zeichen dennoch als durchgesetzte Marke in das Markenregister einzutragen. Zwar werde die Marke bisweilen im Zusammenhang mit figurativen Elementen verwendet. Falls vorhanden, identifiziere ein Durchschnittsadressat eine Marke aber primär anhand ihrer Wortelemente. Der bisweilen verwendete, für den schweizerischen Konsumenten weder lesbare noch verständliche arabische Schriftzug vermöge den Gesamteidruck, den die Marke hinterlässt, nicht zu verändern. Das zusätzlich verwendete Bildmotiv eines Tieres sei mit dem Wortelement nicht verschmolzen. Zudem sei auf zahlreichen Belegen ausschliesslich QATAR AIRWAYS ohne arabischen Schriftzug oder ein Tiermotiv zu sehen. Würde man der Praxis der Vorinstanz hinsichtlich der Verkehrsdurchsetzung von Wortzeichen fol-

gen, so liesse sich deren Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich nicht glaubhaft machen, da eine Wortmarke nur mittels einer bestimmten Schrift visuell dargestellt werden könne. Ferner sei beispielsweise die Marke BRITISH AIRWAYS als durchgesetzte Marke im Markenregister eingetragen, obwohl sie am Markt bereits seit vielen Jahren in Kombination mit einem Logo verwendet werde. All die Passagiere, die am Flughafen Zürich auf Flüge mit der Beschwerdeführerin warteten, sähen auf den entsprechenden Anzeigen das Zeichen QATAR AIRWAYS ohne figurative Elemente. Ein Artikel aus der Presse aus dem Jahre 2009 illustriere, dass zwischen dem Staat Katar und QATAR AIRWAYS klar differenziert werde. Bereits die bisher eingereichten Gebrauchsbelege zeigten bezüglich der in Klasse 39 beanspruchten Dienstleistungen auf, dass die Marke während langer Zeit in Inseraten und auf Werbeträgern zu sehen gewesen sei. Dass der Markengebrauch in der Schweiz vorliegend ernsthaft gewesen sei, könne nicht in Abrede gestellt werden. Eine entsprechende Recherche zeige auf, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihre Marke in den letzten Jahren in der "Neuen Zürcher Zeitung" 31 Mal Erwähnung gefunden habe. Auf den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung einer Marke spezifisch für die rätoromanisch- oder italienischsprachige Schweiz könne gemäss der Lehre zumindest in ansonsten eindeutigen Fällen verzichtet werden. Der Umstand, dass im Kanton Tessin kein international bedeutender Flughafen vorhanden sei, habe die Bewerbung der Marke auf diesem Gebiet verhindert. Weiter führt die Beschwerdeführerin Zahlen auf, mit denen sie ihre Werbeausgaben in der Deutschschweiz und in der französischsprachigen Schweiz in jüngerer Vergangenheit substantiiert wissen will. Aus bereits im Verlaufe des vorinstanzlichen Verfahrens eingereichten Unterlagen werde ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin monatlich rund 2000 Personen befördere. Die ebenfalls belegten Umsatzzahlen beliefen sich auf ca. 9 Mio. U.S. Dollar pro Jahr. Diese Umsatzzahlen reichten zusammen mit den erwähnten Werbeausgaben aus, eine Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen. Ergänzend reicht die Beschwerdeführerin auch zwei Presseartikel ein, welche von ihrem unternehmerischen Erfolg handeln.

H.

In ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2012 stellt die Vorinstanz den Antrag, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf ihre bisherige Argumentation, soweit diese nicht die Irreführungsgefahr betrifft. Darüber hinaus ergänzt die Vorinstanz, der Begriff "Airways" sei nicht bloss mit "Fluglinie" oder "Luftverkehrslinie" zu übersetzen, sondern be-

deute auch unmittelbar "Fluggesellschaft". "Qatar" sei ferner sowohl auf Französisch als auch auf Italienisch die korrekte Schreibweise für den gleichnamigen Staat am Persischen Golf. Englisch sei die dominierende Sprache im Flugverkehr, welche zumindest den zu den massgeblichen Verkehrskreisen zählenden Fachleuten der Transport- und Reisebranche vertraut sei. Das strittige Zeichen bestehe daher nicht aus zwei Elementen verschiedener Sprachen. Auch Wörter, die nicht zum englischen Grundwortschatz gehörten, könnten unter Umständen gleichwohl für einen Grossteil der massgeblichen Abnehmer verständlich sein, nämlich dann, wenn sie Begriffen in einer der Landessprachen entsprechen oder ähnlich seien. Ohnehin vermöge der Umstand, dass sich eine Markenhinterlegung aus zwei Wortelementen unterschiedlicher Sprachen zusammensetze, das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft gemäss der Rechtsprechung nicht auszuräumen. Bei der Prüfung der originären Unterscheidungskraft spiele die Bekanntheit eines Zeichens keine Rolle, weshalb irrelevant sei, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um die "Nationalfluggesellschaft" des Staates Katar handle. Eine Durchsetzung der Marke im Verkehr sei von der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht. Die eingereichten Belege, liessen keinen Zusammenhang zu den *Waren aus Papier und Karton sowie Lehr- und Unterrichtsmittel* in Klasse 16 erkennen. Analoges gelte mit Bezug auf die Dienstleistungen *Verpackung und Lagerung von Waren*, für welche die Marke Schutz in Klasse 39 beansprucht. Aus ähnlichen Gründen sei die Verkehrsdurchsetzung für *Veranstaltung von Reisen* in Klasse 39 nicht glaubhaft gemacht. Bereits aufgrund des Zeitrahmens, auf den sich Durchsetzungsbelege nach dem Hinterlegungsprinzip zu beziehen hätten (einschliesslich deren Datierbarkeit), seien einzig die als Beschwerdebeilage 6 eingereichten Belege überhaupt näher zu betrachten. Aus diesen ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin den Flughafen Genf erst seit Sommer 2007 anfliege. Der älteste Beleg mit Bezug auf den Flughafen Zürich finde sich für April 2006. Angesichts der Faustregel eines zur Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung erforderlichen zehnjährigen Gebrauchs und angesichts des Hinterlegungsdatums der strittigen Marke vom Januar 2009 vermöchten die Belege unter dem Gesichtspunkt der Gebrauchsdauer eine Verkehrsdurchsetzung nicht glaubhaft zu machen. Des Weiteren zeugten die eingereichten Belege überwiegend von einer Verwendung des Zeichens QATAR AIRWAYS als Firmenbezeichnung und damit nicht von einem "markenmässigen" Gebrauch, wie es erforderlich wäre. Die Vorinstanz betont erneut, die tatsächlichen Verwendungsformen der Marke, wichen vom hinterlegten Zeichen ab, wobei sie darauf hinwies, die Frage der Verkehrsdurchsetzung einer Marke sei von der Frage des

rechtserhaltenden Gebrauchs einer bereits als schutzfähig anerkannten Marke wohl zu unterscheiden. Schliesslich genügten die eingereichten Belege auch mit Blick auf die Gebrauchsintensität der Marke zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht.

I.
Die Beschwerdeführerin verzichtet stillschweigend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Marken, die zum Gemeingut gehören, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für die Waren und Dienstleistungen im Verkehr durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 [Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.22]). Eine Verkehrsdurchsetzung ist nicht möglich, wenn an einem Zeichen ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3 *Radio Suisse Romande*).

2.2 Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, denen die für eine Individualisierung bestimmter Waren oder Dienstleistungen erforderliche Un-

terscheidungskraft fehlt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 17. Februar 2003, veröffentlicht in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003 S. 495 ff. E. 2 *Royal Comfort*; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel 2009, N. 247). Zu den Zeichen ohne Unterscheidungskraft zählen u.a. Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie die Beschaffenheit, die Bestimmung, den Verwendungszweck, den Zeitpunkt der Erzeugung oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, für die das Zeichen hinterlegt wurde (BGE 128 III 447 E. 1.5 *Première*; BGE 127 III 160 E. 2b/aa *Securitas*; Entscheid der RKGE vom 17. Februar 2003, veröffentlicht in sic! 2003 S. 495 E. 2 *Royal Comfort*, mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A.7/1997 vom 23. März 1998, veröffentlicht in sic! 1998 S. 397 ff. E. 1 *Avantgarde*). Ein Freihaltebedürfnis besteht an Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr wesentlich oder gar unentbehrlich sind (MARBACH, a.a.O., N. 257, WILLI, a.a.O., CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 42). Ist ein Zeichen unentbehrlich in diesem Sinne ist das Freihaltebedürfnis absolut (BGE 134 III 314 E. 2.3.2 S. 320 *M/M-Joy*; Urteile des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 *Radio Suisse Romande* und 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5.1 *Post*). Die Frage nach der fehlenden Unterscheidungskraft beurteilt sich aus der Sicht der massgeblichen Verkehrskreise (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3812/2008 vom 6. Juli 2009 E. 4.2 *Radio Suisse Romande*, m.w.H.). Die Freihaltebedürftigkeit ist aus der Sicht der Konkurrenten des Markenhinterlegers zu beurteilen (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 42). Das allfällige Freihaltebedürfnis an einer Marke ist ferner unter Bezugnahme auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 *Radio Suisse Romande*). Die Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Marke unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Unterscheidungskraft und demjenigen eines Freihaltebedürfnisses fällt oft gleich aus (vgl. MARBACH, a.a.O., N. 249). Bloss entfernte gedankliche Assoziationen zwischen dem Zeichen und den beanspruchten Waren und Dienstleistungen genügen nicht, um den Gemeingutcharakter einer Marke zu begründen (BGE 116 II 609 E.1c *Fioretto*, 114 II 371 E.1 S. 373 *alta tensione*).

2.3 Bereits wenn ein Zeichen in einer der schweizerischen Sprachregionen oder bloss von einem Teil der massgeblichen Verkehrskreise in be-

schreibendem Sinn verstanden wird, muss es vom Markenschutz ausgeschlossen bleiben (BGE 128 III 451 E. 1.5 *Premiere*, BGE 127 III 166 f. E. 2b/aa *Securitas*, BGE 97 I 83 *Top Set*). Setzt sich die Marke aus Wörtern einer anderen als einer schweizerischen Landessprache zusammen, ist auf die jeweiligen Sprachkenntnisse der angesprochenen schweizerischen Verkehrskreise abzustellen. Die englische Sprache ist dem schweizerischen Durchschnittsverbraucher zumindest in ihren Grundzügen vertraut, so dass nicht nur einfache Wörter mit leicht verständlichem Sinngehalt, sondern auch komplexe Aussagen verstanden werden (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 17). Englische Begriffe müssen bei der Markenprüfung berücksichtigt werden, sofern sie einem wesentlichen Teil der schweizerischen Bevölkerung bekannt sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 *Masterpiece*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8005/2010 vom 22. März 2011 E. 2.4 *Cleantech Switzerland*).

3.

Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Diese setzen sich nach Ansicht der Vorinstanz vorliegend aus schweizerischen Durchschnittsabnehmern und Fachleuten aus den Bereichen Transport und Luftverkehr zusammen. Mit Bezug auf die in Klasse 16 beanspruchten Waren *Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate)* ist diese Festlegung zumindest unvollständig, werden doch diese Waren von Lehrpersonen und damit von einer weiteren Gruppe von Fachleuten ausgewählt (vgl. EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 11). Davon abgesehen ist die Festlegung der massgeblichen Verkehrskreise mit den sog. Durchschnittskonsumenten für *Waren aus Papier und Karton, Druckereierzeugnisse* in Klasse 16 und den besagten Durchschnittskonsumenten mit Bezug auf die in Klasse 39 beanspruchten Dienstleistungen zutreffend (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.3 *Swissair*). Bei der weiteren Beurteilung der Schutzfähigkeit der vorliegenden Marke ist ein besonderes Augenmerk auf die Sicht der Endverbraucher zu legen. Denn bei Waren und Dienstleistungen, die sowohl an Fachleute als auch an Endverbraucher vertrieben werden, ist die Sichtweise der grössten und am wenigsten erfahrenen Marktgruppe am bedeutendsten (DAVID ASCHMANN, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 Bst. a N. 25, m.w.H.).

4.

4.1 In einem nächsten Schritt ist der Sinngehalt zu ermitteln, den die massgeblichen Verkehrskreise mit dem Zeichen "QATAR AIRWAYS" verbinden. Dazu ist in einem ersten Schritt der Sinngehalt der einzelnen Elemente zu ermitteln, bevor in einem zweiten Schritt festzustellen ist, welchen Gesamteindruck die Marke bei den massgeblichen Verkehrskreisen hinterlässt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6246/2010 vom 28. Juli 2011 E. 4.5 *JumboLine*).

4.1.1 Bei "Qatar" handelt es sich sowohl um die französische als auch um die englischsprachige Bezeichnung für "Katar" bzw. "Quatar" (vgl. Langenscheidt KG, e-Handwörterbuch Englisch – Deutsch 5.0 und Französisch – Deutsch 5.0, Berlin/München, je unter dem Stichwort "Qatar"), einem Scheichtum am Persischen Golf (Dudenredaktion (Hrsg.): Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 24. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2006, S. 568, Stichwort: Katar). Es ist davon auszugehen, dass der Name dieses aufstrebenden Staates am Persischen Golf den massgeblichen Verkehrskreisen, namentlich auch den Durchschnittskonsumenten geläufig ist. Dies gilt angesichts des quasi identischen Wortklangs von "Katar" und "Qatar" auch mit Bezug auf die Teile der Verkehrskreise mit deutscher Muttersprache.

4.1.2 "Airway", im Plural "airways" ist einerseits die englischsprachige Bezeichnung aus dem technischen Fachbereich des Bergbaus für "Wetterstrecke" "oder Luftschacht" und andererseits aus dem Bereich der Flugindustrie für "Luft(-verkehrs-)weg" bzw. "Flugroute" oder "Airline". (vgl. Langenscheidt KG, e-Handwörterbuch Englisch – Deutsch 5.0, Berlin/München, unter dem Stichwort "airway"). Es ist nicht davon auszugehen, dass die hier massgeblichen Verkehrskreise mit dem englischen Fachjargon des Bergbaus vertraut sind, auch nicht die hier relevanten Fachkreise der Flug- und Transportindustrie oder Lehrkräfte im Allgemeinen. Deshalb und vor dem Hintergrund der strittigen Waren und Dienstleistungen ist davon auszugehen, dass die im Zusammenhang mit der Flugindustrie stehenden Bedeutungen von "airways" im Verständnis eindeutig im Vordergrund stehen. Anders als fremdsprachige Ausdrücke aus dem Bergbau, dürften häufig gebrauchte englischsprachige Ausdrücke aus der Flugbranche angesichts der intensiven Nutzung von Flugdienstleistungen und Reisetätigkeit auch den schweizerischen Durchschnittskonsumenten bekannt sein.

4.2 Im Gesamteindruck werden die massgeblichen Verkehrskreise im Zusammenhang mit den strittigen Waren und Dienstleistungen, die hinterlegte Marke ("Katar" plus "Luftverkehrswege"/"Flugrouten"/"Airline") mit überwiegender Mehrheit als "Airline aus Katar" verstehen, zumal die Bedeutungen "Luftverkehrsweg" oder "Flugroute" bei dem Waren- oder Dienstleistungsangebot, zu deren Kennzeichnung die Marke dient, kaum einen vernünftigen Sinn ergeben. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Marke setze sich aus zwei Elementen unterschiedlicher Sprachen zusammen und sei deshalb unterscheidungskräftig, ist aufgrund des Gesagten bereits deshalb entkräftet, weil sie auch als rein englischsprachige Marke aufgefasst werden kann, die in der beschriebenen Weise den massgeblichen Verkehrskreisen ohne Weiteres verständlich ist.

5.

5.1 Bei diesem Verständnis der hinterlegten Marke geht die Vorinstanz davon aus, bei den Waren der Klasse 16 *Papier und Karton, Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel*, die einen thematischen Inhalt haben könnten, beschreibe die strittige Marke allein deren (möglichen) thematischen Inhalt und entbehre daher der erforderlichen Unterscheidungskraft.

5.2 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die die Annahme einer von der Marke ausgehenden Irreführungsgefahr entkräften sollen, zielen ins Leere, macht doch die Vorinstanz mit Bezug auf diese Waren in der angefochtenen Verfügung keine Irreführungsgefahr im Sinne von Art. 2 Bst. c MSchG mehr geltend, sondern allein den Gemeingutcharakter der Marke im Hinblick auf diese Waren (Art. 2 Bst. a MSchG).

5.3 Allerdings hat die Rechtsprechung festgehalten, allein die Tatsache, dass eine Marke das Thema inhaltsbezogener Waren beschreibe, könne nicht unbesehen zu einem Schutzausschluss führen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 3.4 ff. *Pirates of the Caribbean*). Vielmehr ist Markenschutz zu gewähren für reine Fantasiezeichen, über welche erst die damit gekennzeichneten inhaltsbezogenen Waren selbst näher Aufschluss geben. Dasselbe gilt für Marken, die zwar eine mögliche Inhaltsangabe mit einschliessen, aber schlagwortartig und einprägsam gebildet sind und die Absicht erkennen lassen zur Unterscheidbarkeit von anderen Waren und Dienstleistungen beizutragen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 3.4 f. *Pirates of the Caribbean*). Im vorliegenden Fall

handelt es sich weder um ein Fantasiezeichen noch ist eine in der beschriebenen Weise schlagwortartige und einprägsame Zeichenbildung erkennbar, die über die reine (mögliche) Inhaltsangabe, dass die beanspruchten Waren von einer Airline aus Katar handeln, hinausginge. Die Vorinstanz hat der Marke für die strittigen Waren die originäre Unterscheidungskraft daher zu Recht abgesprochen.

5.4 Ob dem Zeichen Qatar Airways originäre Unterscheidungskraft eignet, bleibt auch im Hinblick auf die Dienstleistungen *Transportwesen; Verpackung und Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen* zu prüfen. Insofern geht die Vorinstanz davon aus, die strittige Marke erschöpfe sich in einem beschreibenden Hinweis auf die Erbringerin dieser Dienstleistungen, nämlich einer Airline bzw. Fluggesellschaft von Katar. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, das Zeichen weise nicht auf eine beliebige Airline aus Katar hin, sondern einzig und allein auf sie selbst als Dienstleistungserbringern, zumal es sich bei ihr um die Nationalfluggesellschaft des Scheichtums Katar handle. Grundsätzlich kann sich diese Argumentation aber nicht auf die oben dargelegte Auffassung des Zeichens durch die massgeblichen Verkehrskreise (vgl. E. 4.2) stützen. Vielmehr zielt sie in erster Linie auf die Frage nach der Verkehrsdurchsetzung der Marke (vgl. dazu unten unter E. 7) ab, wie die Vorinstanz treffend feststellt. Die Vorinstanz übersieht jedoch in ihrer Argumentation, dass auch die markenrechtliche Sonderkonstellation, in der an sich nicht unterscheidungskräftige, freihaltebedürftige Marken zu Gunsten einer Hinterlegerin geschützt werden, falls die Hinterlegerin aufgrund faktischer oder regulatorischer Gegebenheiten die einzige Erbringerin entsprechender Dienstleistungen oder die einzige Produzentin oder Vertreiberin bestimmter Waren ist mithin als einzige Anspruch auf die Verwendung eines bestimmten Zeichens hat (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7426/2006 vom 30. September 2008 E. 2.2 *Royal Bank of Scotland* und B-3553/2007 vom 26. August 2008 E. 7.1 f. *Swiss Army*). Die Anforderungen an das Vorliegen einer solchen (Sonder-)Konstellation sind allerdings relativ hoch (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3269/2009 vom 25. März 2011 E. 6.3.2 *Grand Casino Luzern*). Der alleinige Hinweis der Beschwerdeführerin darauf, dass es sich bei ihr um die Nationalfluggesellschaft Katars handle, vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen. Weiter ist nicht ersichtlich, weshalb in Katar kein anderes entsprechendes Dienstleistungsunternehmen tätig ist oder tätig werden könnte. Anders als etwa im erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7426/2006 vom 30. September 2008 *Royal Bank of Scotland* handelt es sich bei "Qatar" auch nicht um ein Zeichen, das eine spe-

zifische Verbindung einer Markeninhaberin zum Emir von Katar oder zu dessen herrschender Familie suggerieren würde und man das Bestehen entsprechender gesetzlich vorgeschriebener Exklusivitätsrechte vermuten könnte. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Marke QATAR AIRWAYS auch nicht aufgrund einer Sonderkonstellation im soeben beschriebenen Sinne ausserhalb des Gemeinguts steht.

5.5 Weiter argumentiert die Beschwerdeführerin, Konsumenten, die entsprechende Dienstleistungen unter der strittigen Marke in Anspruch nähmen, sähen sich getäuscht, wenn es sich bei der dahinter stehenden Anbieterin nicht um die Beschwerdeführerin selbst handeln würde. Denn die Konsumenten erwarteten, dass es sich dabei um keine andere Fluggesellschaft als die Beschwerdeführerin handle. Diese Auffassung kann sich allerdings nicht auf die Beschaffenheit des strittigen Zeichens als solches stützen, sondern beschlägt letztlich dessen Bekanntheit und ändert nichts an der bisherigen Beurteilung von dessen originärer Unterscheidungskraft. Bloss ergänzend kann festgehalten werden, dass die vorliegende Sachverhaltskonstellation nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 *Swissair* zugrunde lag, mit dem das Bundesverwaltungsgericht einer Dritthinterlegerin, die in keinerlei Zusammenhang zur berühmten, gleichnamigen (ehemaligen) schweizerischen Fluggesellschaft stand, für einschlägige Waren und Dienstleistungen u.a. aufgrund einer Irreführungsgefahr verweigert hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.5 *Swissair*, s. hierzu auch ALAIN ALBERINI, Risque de tromperie quant aux relations commerciales du déposant et art. 2 let. c LPM, Analyse critique de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3036/2011 in: Jusletter 20. August 2012). Denn dies bedeutet keineswegs, dass eine nicht gleichermassen berühmte Fluggesellschaft namens "Qatar Airways" aus Gründen des Konsumentenschutzes ihrerseits Anspruch auf Gewährung des Markenschutzes für ein ähnlich gebildetes Zeichen erheben könnte.

5.6 Schliesslich argumentiert die Beschwerdeführerin, es handle sich vorliegend deshalb um eine schutzfähige Marke, weil sich die Konsumenten aufgrund ihrer Erfahrungen am Markt mit zahlreichen analog gebildeten Marken von Airlines an solche Marken gewöhnt hätten. Es mag zwar zutreffen, dass einige Namen von Airlines ebenfalls aus einem Ländernamen und der Bezeichnung "Airways" o.ä. gebildet sind, dass es sich dabei um Marken und nicht um Firmen handelt oder dass die Konsumenten aufgrund dieser Gewöhnung hinter dem vorliegend strittigen Zeichen eine

konkrete und nicht eine beliebige Airline aus Katar vermuten, lässt sich darauf aber nicht argumentativ abstützen.

6.
Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann daher festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Marke QATAR AIRWAYS zu Recht dem Gemeingut für die hier interessierenden Waren und Dienstleistungen zugeordnet hat. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Durchsetzung der Marke im Verkehr glaubhaft machen kann. Eine Verkehrsdurchsetzung ist allerdings nur möglich bei Zeichen, an welchen kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (vgl. oben E. 2.1).

6.1 Ein absolutes Freihaltebedürfnis an einem Zeichen kann insbesondere verneint werden, wenn den Konkurrenten eine Vielzahl gleichwertiger Alternativen zur Verfügung steht (Urteil des Bundesgerichts 4A_385/2010 vom 12. Januar 2011 E.3.3, mit Verweis auf BGE 134 III 314 E. 2.3.3 S. 321 *M/M-Joy*, 131 III 121 E. 4.4 S. 130 *Smarties*; Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E.5.1 *Post*). Bei der Beurteilung der Unentbehrlichkeit ist nicht nur auf die Bedürfnisse der aktuellen Konkurrenten abzustellen, sondern auch auf diejenigen der potentiellen Konkurrenten des Markenhinterlegers (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-181/2007 vom 21. Juni 2007 E. 4.5 *Vuvuzela*). Schliesslich hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung festgehalten, dass ein absolutes Freihaltebedürfnis für Herkunftsangaben im Zusammenhang mit Dienstleistungen mit grösserer Zurückhaltung anzunehmen sei als für Waren, da Dienstleistungserbringer ein weniger ausgeprägtes Bedürfnis als die Hersteller und Vertreiber von Waren hätten, auf die Herkunft ihrer Dienstleistungen hinzuweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.2 *Radio Suisse Romande*).

6.2 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde unter anderem ein absolutes Freihaltebedürfnis bejaht an den Wörtern *Post* für Dienstleistungen der Klasse 39 (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E.5.2 ff. *Post*), *Suave* für Parfum und parfümierte Erzeugnisse (Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 1975 E. 3b, veröffentlicht in Schweizerisches Patent- Muster- und Markenblatt [PMMBl] 1976 I S. 24 f.), an "*beau*", "*bel*" und "*belle*" (BGE 100 Ib 250 E.1 *Sibel*), an *trois plants* für Wein (BGE 84 II 221 E. 2b *trois plants*). Verneint wurde ein solches in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dagegen beispielsweise für die Wörter *BIONORM* für Schlankheitsmittel zur Erhaltung der Gesundheit (Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 1977 E. 3, ver-

öffentlicht in PMMBl, 1977 I S. 44 f. *Bionorm*) oder *Grand Amour* für Weine (Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 1990 E.2, veröffentlicht in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1991 S. 91 f. *Grand Amour*). In den beiden letztgenannten Urteilen hat das Bundesgericht andererseits festgehalten, dass die Verbindung aus zwei an sich zum Gemeingut gehörenden Elementen eine schutzfähige Marke bilden könne (Urteile des Bundesgerichts vom 29. März 1977 E.3, veröffentlicht in PMMBl 1977 I S. 44f. *Bionorm* und vom 6. November 1990 E. 2b, veröffentlicht in SMI 1991 S. 91 f. *Grand Amour*). Entsprechend kann die Kombination zweier an sich absolut freihaltebedürftiger Elemente im Einzelfall dazu führen, dass das absolute Freihaltebedürfnis an der entsprechend zusammengesetzten Marke entfällt, es sei denn, dieses ergebe sich gerade aus dem Gesamteindruck, den die Marke hinterlässt. Beispielsweise wurde im Urteil des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.2 *Radio Suisse Romande* für Rundfunkdienstleistungen zwar das Zeichen *RADIO* als absolut freihaltebedürftig qualifiziert, nicht aber das Zeichen *RADIO SUISSE ROMANDE* im Gesamteindruck, obwohl das Bundesgericht davon ausging, dass die übrigen mit der betreffenden Markenhinterlegerin konkurrierenden lokalen und regionalen Radiosender grundsätzlich in der Lage bleiben müssten, auf den Ort ihrer Tätigkeit hinzuweisen.

6.3 In diesem Sinne wird man auch mit Blick auf die vorliegende Marke jedenfalls ein absolutes Freihaltebedürfnis verneinen können. Dies gilt einerseits hinsichtlich der inhaltsbezogenen Waren in Klasse 16, gibt es doch auch andere Mittel und Wege um die Verkehrskreise darauf hinzuweisen, dass der Inhalt dieser Waren von einer Fluggesellschaft aus Katar handelt. Anderseits gilt dies auch bezüglich der strittigen Dienstleistungen, existieren doch auch hier genügend Alternativen für eine entsprechende Bezeichnung (wie beispielsweise "QATARIAN", "QATARIAN AIR", "QATARIAN AIRWAYS" usw.) und ist bei Dienstleistungen insoweit doch grundsätzlich ein milderer Prüfmassstab anzulegen (vgl. oben E. 7.1.1).

7.

7.1 Ein Kennzeichen ist im Verkehr durchgesetzt, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf konkrete Produkte oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens verstanden wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.2 *Post;* Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E.2 *Stuhl [3D]*, m.w.H.). Nicht erforderlich ist dabei, dass die massgeblichen Verkehrskreise das Unternehmen mit Namen kennen (BGE 128 III 441 E. 1.2 *Appenzeller*). Zwar ist die Verkehrsdurchsetzung ein Rechtsbegriff; bei der Frage, ob ihre Voraussetzung einer besonderen Verkehrsgeltung konkret erfüllt ist, handelt es sich aber um eine Tatfrage (Urteil des Bundesgerichts vom 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.1 *Post*). Wer sich auf die Verkehrsdurchsetzung einer Marke beruft, hat dies zu belegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E. 4.1 *Stuhl [3D]*). Im Eintragungsverfahren nimmt die Vorinstanz lediglich eine formale Prüfung der Verkehrsdurchsetzung vor und verlangt bloss deren Glaubhaftmachung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E.4.1 *Stuhl [3D]*, m.w.H; LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 42; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 188 ff.). Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung muss daher nicht zur vollen Überzeugung der zuständigen Behörde erbracht werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die glaubhaft zu machenden Tatsachen spricht, auch wenn die entscheidende Behörde noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie tatsächlich nicht vorhanden sein könnten (BGE 130 III 328 E. 3.2, S. 333 *Swatch*, 125 III 368 E. 4; 120 II 393 E. 4c).

Eine Verkehrsdurchsetzung kann entweder mittels Belegen oder durch ein Umfragegutachten glaubhaft gemacht werden (BGE 130 III 328 E. 3.1 S. 332 *Swatch*; vgl. MARBACH, a.a.O., N. 455; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 189). Aufgrund des Hinterlegungsprinzips muss die Verkehrsdurchsetzung spätestens im Zeitpunkt der Hinterlegung erfolgt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3394/2007 vom 29. September 2008 E. 6.1 *Salesforce.com*, m.w.H.). Allfällige Durchsetzungsbelege müssen sich daher nachweislich auf die Zeit vor dem Hinterlegungsdatum beziehen. Die Durchsetzung als Marke setzt nach geltendem Recht unter anderem deren markenmässigen Gebrauch voraus. Darunter wird der Gebrauch einer Marke im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren oder

Dienstleistungen verstanden, das heisst der produktbezogene Gebrauch der Marke im Gegensatz zum rein unternehmensbezogenen, ausschliesslich firmenmässigen Gebrauch. Das Anbringen der Marke auf der Ware oder deren Verpackung selbst ist nicht erforderlich. Der Zusammenhang zwischen Marke und Produkt kann auch anderweitig hergestellt werden, beispielsweise durch die Verwendung des Zeichens in Angeboten, Rechnungen, Katalogen, Prospekten und dergleichen, sofern der Adressat darin einen spezifischen Produktbezug und nicht bloss einen allgemeinen Unternehmensbezug erkennt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 *Mobility* mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.229/2003 vom 20. Januar 2004 E. 5 *Tripp Trapp*). Insbesondere muss auf allfälligen Durchsetzungsbelegen ersichtlich sein, dass die Marke auf dem Markt als solchem und so in Erscheinung getreten ist, wie sie auch geschützt werden soll (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-958/2007 vom 9. Juni 2008 E. 7.3.1 *Post*, m.w.H.; B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 *Mobility* mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1979 E. 4 *Diagonal*, veröffentlicht in PMMBl 1980 S. 10). Die Voraussetzung eines markenmässigen Gebrauchs zur Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung schliesst jedoch nicht aus, dass die Marke im Auftritt mit anderen Zeichen und Gestaltungselementen kombiniert wird. Die Gestaltung von am Markt angebotenen Waren setzt naturgemäss oft weitere Elemente wie Farben, Formen, Abbildungen, Hinweise, Produktinformation oder allfällige weitere Marken voraus. Als Besonderheit müssen Wortmarken vom Benutzer zwangsläufig in eine bestimmte Schriftform gebracht werden, um visuell vermittelt werden zu können. Für diesen Durchsetzungsgebrauch ist nicht die Alleinstellung der Marke entscheidend, sondern dass sie auf den Gebrauchsbelegen als eigenständiges Zeichen wahrgenommen wird und nicht mit anderen Elementen in einem Gesamtbild aufgeht, das wesentlich vom angemeldeten Zeichen abweicht (vgl. WILLI, a.a.O., Art. 2 N 175).

Die Verkehrsdurchsetzung kann sich ferner nur auf diejenigen Waren und/oder Dienstleistungen erstrecken, für welche sie belegt werden kann (Urteil der RKGE vom 5. Mai 2002 veröffentlicht in sic! 2002 S. 242 ff. E. 5.a *Postgelb [Farbmarke]*). In räumlicher Hinsicht muss die Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich für die ganze Schweiz glaubhaft gemacht werden (BGE 128 III 441 E. 1.2 *Appenzeller*). In zeitlicher Hinsicht erwartet die Vorinstanz für das Glaubhaftmachen der Verkehrsdurchsetzung einer Marke in der Regel einen belegbaren Markengebrauch während zehn Jahren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-788/2007 vom

1. April 2008 E.8 *traveltip Das Magazin für Ferien [fig.]*). In besonderen Fällen kann auch eine kürzere Gebrauchsperiode genügen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-788/2007 vom 1. April 2008 E. 8 *traveltip Das Magazin für Ferien [fig.]* und B-7461/2006 vom 16. März 2007 E. 5. *Yeni Raki/Yeni Efe*). In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, eine umso stärkere Verkehrsdurchsetzung zu fordern, je weniger originär unterscheidungskräftig ein Zeichen wirkt (vgl. BGE 128 III 441 E. 1.4 *Appenzeller*, BGE 117 II 321 E. 3.a *Valser*; kritisch hierzu MARBACH, a.a.O., N. 432).

Sind alle Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung erfüllt, wird die Marke mit dem Vermerk "durchgesetzte Marke" in das Markenregister eingetragen (Art. 40 Abs. 2 Bst. c Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992 [MSchV, SR 232.111]).

7.2 Die Beschwerdeführerin macht unter Berufung auf eine Aviatik-Webseite geltend, ihre Flotte umfasse total 66 Flugzeuge (Beilage 2 zur Eingabe vom 14. Oktober 2009 an die Vorinstanz). Ferner habe sie in den dem Jahre 2009 vorangehenden Jahren intensive Werbeaufwendungen betrieben in deutschschweizerischen und französischsprachigen Tageszeitungen und in Wirtschaftszeitschriften (tabellarische Übersicht gemäss ihren eigenen Angaben in der Eingabe vom 14. Oktober 2009 an die Vorinstanz, hierzu Beilage 3: Ausschnitte aus Zeitungen). Von diesen Belegen sind allerdings kaum welche exakt datierbar und viele zeigen lediglich eine Marke "Qatar" (vgl. unten Abbildung. 1) oder eine Marke "Qatar Airways" (vgl. unten Abbildung. 2) mit zusätzlichen Markenelementen analog zu den folgenden (vom Bundesverwaltungsgericht beigebrachten) Abbildungen:



Abb. 1



Abb. 2

Die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz mit einer Vertretung in Genf und in Zürich präsent. Weiter reicht sie Umsatzzahlen für den "Sector" Zürich-Doha im Zeitraum April 2006 bis August 2009 ein (Beilage 5 zur Eingabe vom 14. Oktober 2009 an die Vorinstanz). Auch werde sie in der schweizerischen Presse oft mit ihrer Marke genannt, u.a. weil sie eine renommierte Auszeichnung der Flugbranche gewonnen habe (entsprechende Beispiele als Beilage 6 zur Eingabe vom 14. Oktober 2009). Die in dieser Beilage enthaltenen Medienartikel zeugen allerdings von einer rein unternehmensbezogenen Erwähnung der Beschwerdeführerin. Bloss einer der erwähnten Artikel enthält auch das oben abgebildete Logo (vgl. oben Abb. 2). Zu mehreren Zeitpunkten hat die Beschwerdeführerin (undatierbare) Abbildungen eingereicht, die belegen sollen, dass die Marke am Markt auch ohne figurative Elemente wie in Abb. 2 verwendet worden sei (z.B.: Beschwerdeschrift vom 19. Oktober 2011, S. 7). Es handelt sich um zur obenstehenden Abb. 1 analoge Abbildungen, auf denen lediglich das Wortelement "QATAR" sichtbar ist, wobei zum Teil der entscheidende Ausschnitt des Flugzeugrumpfs durch einen Flügel verdeckt ist (vgl. S. 7 der Beschwerdeschrift).

Im Hinblick auf die Verkehrsdurchsetzung macht die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 6. Juni 2011 an die Vorinstanz geltend, mit durchschnittlich über 2000 beförderten Personen pro Monat und durchschnittlichen Monatsumsätzen von 750'000.- US $ habe sich die Marke im Verkehr zwangsläufig durchgesetzt. An derselben Stelle argumentiert sie, sie habe keinen Aufwand gescheut, ihre Marke in der Schweiz über Jahre hinweg in prominenter Weise zu platzieren. Gleichzeitig räumt sie ein, dass sich dieser Aufwand nicht auf das Gebiet des Kantons Tessin erstreckt habe, weil sich dort kein international bedeutender Flughafen be-

finde. Dabei irrt sich die Beschwerdeführerin, wenn sie meint, ihre Auffassung, dass die Verkehrsdurchsetzung vorliegend mit Bezug auf die italienischsprachige Schweiz nicht glaubhaft gemacht werden müsse, liesse sich auf eine Lehrmeinung stützen. Die von ihr herangezogene Fundstelle (ASCHMANN, A.A.O., Art. 2 Bst. a N. 235), regt lediglich an, mit Bezug auf die Glaubhaftmachung mittels der in mehrerlei Hinsicht aufwändigen Umfragegutachten, auf deren Durchführung für entsprechende Gebiete zu verzichten, sofern das Ergebnis für die anderen Gebiete eindeutig ist. Bereits in diesem Stadium der Prüfung der Verkehrsdurchsetzung im vorliegenden Fall, lässt sich aber erkennen, dass es weder um einen Fall der Beurteilung von Umfragegutachten geht, noch das Ergebnis eindeutig positiv wäre. Der von der Beschwerdeführerin selbst eingeräumte weitestgehend fehlende Gebrauch der strittigen Marke im Tessin erweist sich daher als erhebliches Hindernis für die Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung im vorliegenden Fall. Dieses kann auch nicht durch einen auf den 14. Oktober 2009 und damit deutlich nach dem hier massgeblichen Hinterlegungsdatum zu datierenden Artikel im "Corriere del Ticino" überwunden werden (vgl. Beilage 10 zur Beschwerdeschrift vom 19. Oktober 2011).

Der Eingabe vom 6. Juni 2011 sind wiederum Belege beigefügt, die wiederum bloss von einem rein unternehmensbezogenen Gebrauch des Zeichens zeugen (beispielsweise: "QATAR AIRWAYS, ausgezeichnet mit 5 Sternen") bzw. die oben erwähnte Abb. 2 wiedergeben. Dennoch will die Beschwerdeführerin ihre Marke aufgrund der Werbeaufwendungen insbesondere mit Bezug auf die Klasse 39 durchgesetzt wissen und – aufgrund der Herausgabe von gedrucktem Material, Werbebroschüren, Flyer etc. auch mit Bezug auf die Klasse 16. Dabei entgeht ihr, dass es sich bei den eingereichten Werbematerialien lediglich um Waren handelt, die der Nachfrage nach den von ihr angebotenen Dienstleistungen dienen, und damit um den Gebrauch für Hilfswaren. Ein markenmässiger Gebrauch liegt nicht eigentlich mit Bezug auf die in Klasse 16 beanspruchten Waren vor (vgl. FLORENT THOUVENIN/LARA DORIGO, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 13 N. 21). Unter Verweis auf einen Artikel aus der "Neuen Zürcher Zeitung" ("NZZ") vom 10. Dezember 2009 macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift geltend, jeder der in dieser Berichterstattung "QATAR AIRWAYS" auch ohne Logo erkenne, werde genau wissen, dass sie gemeint sei (vgl. Beilage 8 zur Beschwerdeschrift). Qatar Airways wird auch hier zur Bezeichnung der Fluggesellschaft, mit anderen Worten lediglich firmenmässig verwendet. In ähnlicher Weise gibt die

Beilage 9 zur Beschwerdeschrift zwar Aufschluss über die Anzahl sog. Treffer für das Stichwort "Qatar Airways" in Artikeln der NZZ auf deren Webseite, nämlich 31. Diese Artikel berichten aber – soweit dies aufgrund der in der eingereichten Übersicht über die Suchresultate enthaltenen Kurzschilderungen beurteilt werden kann – ebenfalls über die Beschwerdeführerin als Unternehmen und können daher zur Frage der Verkehrsdurchsetzung der Marke "QATAR AIRWAYS" kaum etwas beitragen. Hinzu kommt, dass der von der Beschwerdeführerin als Beilage 9 zur Beschwerdeschrift eingereichte einseitige Ausdruck von der Webseite der NZZ zwar nur eine Übersicht zu zehn der insgesamt 31 suchrelevanten Ergebnisse gibt, diese aber allesamt von einer Berichterstattung in der NZZ über die Beschwerdeführerin im Zeitraum nach der Hinterlegung der Marke zeugen.

Zusammenfassend ergibt sich zur Frage der Verkehrsdurchsetzung, dass einige der eingereichten Belege nicht oder nicht hinreichend datierbar sind. Ferner zeugen sie kaum von einem markenmässigen Gebrauch, insbesondere, da die Marke darauf in Form der obenstehenden Abb. 1 und 2 erscheint. Während bei der Abb. 1 eine dahingehende Abweichung vom hinterlegten Zeichen auftritt, als dass das Markenelement "Airways" soweit ersichtlich ganz fehlt, kommen beim Gebrauch in Form von Abb. 2 ein Tierkopf, ein arabischer Schriftzug sowie eine unterschiedliche farbliche und grössenmässige Ausgestaltung des Schriftzugs "Qatar" und desjenigen von "Airways" hinzu. Diese Zusatzelemente und Stilmittel lassen die hinterlegte Marke entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin im Gesamteindruck nicht unverändert oder würden diese gar nach wie vor als separate Einheit erkennen lassen. Vielmehr stechen aus der genannten Verwendungsform im Gesamteindruck aufgrund der gemeinsamen violetten Farbgebung und der unterschiedlichen Grössenverhältnisse der Wortelemente "QATAR" und "AIRWAYS" das Wortelement "QATAR", der stilisierte Tierkopf und der arabische Schriftzug als Einheit heraus. All dies geht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weit über das hinaus, was zur schriftlichen Fixierung einer reinen Wortmarke notwendig wäre. Der für den schweizerischen Durchschnittskonsumenten in der Tat wohl nicht verständliche arabische Schriftzug vermag den Gesamteidruck (als figuratives Element) sehr wohl zu verändern. Irrelevant sind all die eingereichten Belege, in denen "Qatar Airways" in unternehmensbezogener Weise auftaucht. Die sich mehrheitlich auf Darstellungen der Beschwerdeführerin stützenden Angaben über Werbeaufwendungen, Umsatz- und Passagierzahlen oder die abstrakte Tatsache, dass Flugpassagiere das Zeichen "Qatar Airways" an den von der Beschwerdefüh-

rerin angeflogenen Flughäfen im Zusammenhang mit den in Klasse 39 beanspruchten Dienstleistungen Transportwesen, Veranstaltung von Reisen wahrnehmen, vermögen diese Mängel in der Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung des konkreten Zeichens nicht wettzumachen. Dies gilt noch verstärkt mit Bezug auf die weiteren in Klasse 39 beanspruchten Dienstleistungen und die Waren in Klasse 16. Schliesslich bringt die Vorinstanz zu Recht vor, dass die zur Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung eingereichten Belege, soweit sie überhaupt datierbar sind, höchstens bis ins Jahr 2006 zurückreichen. Angesichts des Hinterlegungsdatums der streitgegenständlichen Marke vom 28. Januar 2009 und der oben (unter E. 7.1) genannten zeitlichen Gegebenheiten für die Verkehrsdurchsetzung wäre demnach im für die Beschwerdeführerin günstigsten Fall von einem glaubhaft gemachten Markengebrauch über drei Jahre auszugehen. Abgesehen von den bereits erwähnten übrigen Mängeln der ins Recht gelegten Verkehrsdurchsetzungsbelege, kann dies schon in zeitlicher Hinsicht kaum je genügen. Insgesamt erscheint die Verkehrsdurchsetzung der strittigen Marke – vorbehältlich einzig der sogleich folgenden Prüfung eines von der Beschwerdeführerin gerügten Verstosses gegen die Rechtsanwendungsgleichheit – nicht glaubhaft gemacht.

8.
Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde auch mit einer Verletzung der in Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Rechtsanwendungsgleichheit.

8.1 Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit sind juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln. Dieselbe Behörde darf zwei vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilen. Dies gilt allerdings nur, sofern Sachverhalte im Zusammenhang mit unterschiedlichen Personen in Frage stehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_62/2012 vom 18. Juni 2120 E. 3 *"Doppelhelix" [fig.]*). Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte in allen tatsächlichen Elementen identisch sind (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 28). Andererseits sollen fehlerhafte Entscheide nicht für alle Zeiten als Richtschnur gelten (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7410/2006 vom 20. Juli 2007 E. 6 *Masterpiece*; Entscheid der RKGE vom 19. Oktober 1999 veröffentlicht in: sic! 1999 S. 645 E. 5 *Uncle Sam*; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 31). Vielmehr wird der Anspruch auf Gleichbehandlung im Un-

recht nur ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde besteht und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser abzuweichen gedenkt (BGE 127 I 1 E. 3a; BGE 122 II 446 E. 4a, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A.261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 8 *terroir [fig.]*). Vor einer allfälligen Gewährung des Markenschutzes aufgrund von Rechtsgleichheitserwägungen ist ferner eine Abwägung der Interessen des betreffenden Hinterlegers an der Gleichbehandlung mit anderen Markenhinterlegern einerseits und entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen andererseits vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7395/2006 vom 16. Juli 2007 E. 12 *Projob*, m.w.H.).

Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots müssen sodann im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich gerügt werden, was die Obliegenheit einschliesst, entsprechende Vergleichsfälle darzulegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts P.124/1962 vom 12. Dezember 1962 E. 4, veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1963 S. 435; BVGE 2007/16 E. 6.4 S. 198, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2225/2011 vom 7. Mai 2012 E. 8.1 f. *Ein Stück Schweiz*, vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_343/2012 vom 19. September 2012 *Ein Stück Schweiz*; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl, 2004, S. 16). Trotz des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt dabei insoweit das Rügeprinzip, als rechtliche Grundlagen und Einwendungen, die nicht ins Auge springen und nach den Sachverhaltsfeststellungen und Vorbringen der Parteien auch nicht nahe liegen, nicht berücksichtigt werden müssen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 1.55). Die Geltendmachung der Rechtsanwendungsgleichheit durch einen Markenhinterleger aufgrund von Vergleichsfällen erfordert auch eine Auseinandersetzung mit den von den herangezogenen Voreintragungen beanspruchten Waren und Dienstleistungen in der Beschwerde(-schrift), ansonsten ein Beurteilungsmassstab für die Prüfung einer Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV fehle (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 veröffentlicht in: sic! 2005 S. 278 *Firemaster*). Was schliesslich das Alter der herangezogenen Voreintragungen anbelangt, sollte deren Zulassung zum Markenschutz in der Schweiz in der Regel nicht länger als acht Jahre zurückliegen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6246/2010 vom 28. Juli 2011 E. 8.1

Jumboline, m.w.H.), damit diese noch als repräsentativ angesehen werden können.

8.2 Zur Stützung ihres Anspruchs auf Gleichbehandlung hat die Beschwerdeführerin vier Voreintragungen geltend gemacht, ohne sich im Einzelnen mit der Vergleichbarkeit der Zeichen oder der von den Marken jeweils beanspruchten Waren oder Dienstleistungen auseinanderzusetzen. Die schweizerische Marke Nr. 387'182 BRITISH AIRWAYS ist aufgrund des oben Gesagten bereits angesichts ihres mehr als 20 Jahre zurückliegenden Hinterlegungsdatums nicht geeignet, eine rechtsungleiche Behandlung im vorliegenden Fall zu rügen. Ähnliches gilt mit Bezug auf die schweizerische Marke Nr. P-411'751 BRITISH AIRWAYS, die überdies als "durchgesetzte Marke" im Markenregister eingetragen ist. Letzteres gilt auch mit Bezug auf die schweizerische Marke Nr. 552'773 SOUTH AFRICAN AIRWAYS. Die Vorinstanz tut die Rüge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots u.a. denn auch damit ab, dass es sich bei gewissen herangezogenen Voreintragungen um durchgesetzte Marken und damit um mit der hier zu beurteilenden Hinterlegung nicht vergleichbare Fälle handle. Diese Argumentation erscheint insofern nicht stichhaltig, als die Beschwerdeführerin geltend macht, namentlich im Hinblick auf die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung der strittigen Marke, rechtsungleich behandelt worden zu sein. Allerdings muss sich die Pflicht zur Geltendmachung vergleichbarer Fälle diesfalls auch auf die Frage, ob die Mittel, mit denen im Fall der Voreintragungen eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft gemacht wurde, vergleichbar waren, erstrecken. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass jede Person das Recht hat, in das Aktenheft eingetragener Marken Einsicht zu nehmen (Art. 39 Abs. 3 MSchG). Der genannten Pflicht kommt die Beschwerdeführerin in keiner Weise nach, auch nicht, indem sie zwei Abbildungen der (angeblichen) Verwendung der erwähnten als durchgesetzte Marke registrierten Voreintragungen ins Recht legt. Denn daraus geht nicht hervor, wovon sich die Vorinstanz bei ihren Entscheiden leiten liess. Ebenso wenig legt die Beschwerdeführerin dar, inwiefern die vierte von ihr geltend gemachte Voreintragung angesichts der Zeichenbildung mit dem vorliegenden Fall überhaupt vergleichbar ist. Für eine weitergehende Prüfung einer Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit besteht daher keine Grundlage.

9.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz die streitgegenständliche Marke für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu Recht dem Gemeingut zugeordnet. Eine Verkehrsdurchsetzung der Marke konnte die Beschwer-

deführerin nicht glaubhaft machen. Angesichts der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Voreintragungen und ihren Ausführungen zur Vergleichbarkeit sind weder die Beurteilung des Gemeingutcharakters der Marke noch von deren allfälligen Durchsetzung im Verkehr unter Verletzung der in Art. 8 Abs. 1 BV verankerten Rechtsanwendungsgleichheit zu Stande gekommen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist daher abzuweisen.

10.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 *Turbinenfuss*, m.w.H.). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Gerichtsgebühr wird daher auf Fr. 2'500.- festgesetzt und mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref.: mbu; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Maria Amgwerd	Philipp J. Dannacher

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 4. Dezember 2012