



Abteilung II
B-6573/2016

Urteil vom 29. Juni 2017

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

Apple Inc.,
1, Infinite Loop, US-CA 95014 Cupertino,
vertreten durch Dr. Michael Treis, Rechtsanwalt,
Baker & McKenzie Zurich,
Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Mario Conti,
Via Roberto Michels 22, IT-00177 Rom,
vertreten durch Isler & Pedrazzini AG
Patent- und Markenanwälte,
Giesshübelstrasse 45, Postfach 1772, 8027 Zürich,
Beschwerdegegner,

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

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 14'707 und 14'708,
IR Nr. 868'666 Apple (fig.), CH 625'406 Apple (fig.) /
IR 1'269'044 ADAMIS GROUP (fig.).

Sachverhalt:**A.**

Die am 5. Mai 2015 erfolgte Eintragung der Wort-/Bildmarke IR 1'269'044 ADAMIS GROUP (fig.) durch die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ("OMPI") ins internationale Markenregister wurde am 15. Oktober 2015 in der Gazette OMPI veröffentlicht. Sie sieht wie folgt aus:



Die Marke beansprucht in der Schweiz Schutz für folgende Waren und Dienstleistungen der Klassen 25, 35, 42 und 45:

- 25 Vêtements, articles chaussants, articles de chapellerie.
- 35 Gestion d'affaires publiques, administration commerciale.
- 42 Services scientifiques et technologiques, ainsi que services de recherche et conception s'y rapportant; services d'analyse et de recherche industrielles; conception et développement de matériel et logiciels informatiques, services de programmation de technologies de l'information.
- 45 Services juridiques.

B.

Am 1. Februar 2016 erhob die Apple Inc., Cupertino (Beschwerdeführerin), zwei Teilwidersprüche gegen die Eintragung der Marke ADAMIS GROUP (fig.) und beantragte deren Widerruf für die beanspruchten Dienstleistungen der Klassen 35, 42 und 45 einerseits und alle Waren in der Klasse 25 andererseits. Dabei stützte sie sich auf die ältere Schweizer Bildmarke des Apple Logos, die am 7. März 2011 unter der Nr. 625'406 für Dienstleistungen der Klassen 35, 42 und 45 hinterlegt ist (Widerspruchsverfahren 14'707). Ebenfalls am 1. Februar 2016 erhob die Beschwerdeführerin teilweise Widerspruch gegen die Eintragung der Marke ADAMIS GROUP (fig.) und beantragte deren Widerruf für die Waren der Klasse 25, wobei sie sich auf die ältere international registrierte Bildmarke Nr. 868'666 Apple Logo (fig.) stützte, welche sich auf eine in den Vereinigten Staaten eingetragene Basismarke stützt (Widerspruchsverfahren 14'708). Das Apple Logo sieht wie folgt aus:



Die Beschwerdeführerin begründete ihren Widerspruch mit dem Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen den Marken.

C.

Am 16. Juni 2016 reichte der Beschwerdegegner innert Frist seine Widerspruchsantworten in beiden Widerspruchsverfahren ein.

Im Hinblick auf das Widerspruchsverfahren 14'707 ging er von einer erhöhten Aufmerksamkeit der Abnehmer bei der Beanspruchung der nicht alltäglichen Dienstleistungen der Klassen 35, 42 und 45 aus. Die beiden sich gegenüberstehenden Marken wiesen phonetisch, visuell und konzeptionell erhebliche Unterschiede auf. Was den Schutzzumfang der Widerspruchsmarke anbelange, so sei insgesamt nur von einem normalen Schutzzumfang auszugehen. Die unbestrittene Bekanntheit der Widerspruchsmarke im Bereich Computer, Mobiltelefonie und Unterhaltungselektronik vermöge daher die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke höchstens für die Computerdienstleistungen der Klasse 42 zu beeinflussen. Im Gesamteindruck könne eine Verwechslungsgefahr jedoch zweifellos ausgeschlossen werden.

Bezüglich des Widerspruchsverfahrens 14'708 hielt er dafür, Kleider seien keine Massenartikel und es sei daher von einer erhöhten Aufmerksamkeit der Abnehmer auszugehen. Die beiden sich gegenüberstehenden Marken wiesen phonetisch, visuell und konzeptionell erhebliche Unterschiede auf. Ausserdem sei von einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke auszugehen. Im Gesamteindruck könne eine Verwechslungsgefahr zweifellos ausgeschlossen werden.

D.

Am 20. September 2016 wies die Vorinstanz beide Widersprüche ab. Zur Begründung bejahte sie zwar die Gleichheit der Waren/Dienstleistungen im Umfang der Widersprüche. Aufgrund der Ausgestaltung des Bildelements und der verbalen Elemente der angefochtenen Marke sei indessen lediglich von einer entfernten Zeichenähnlichkeit auszugehen. Im Zusammenhang mit den massgeblichen Waren und Dienstleistungen sei die Widerspruchsmarke nur durchschnittlich kennzeichnungskräftig. Eine Verwechslungsgefahr sei zu verneinen, zumal die in Frage stehenden Waren und

Dienstleistungen mit einer leicht erhöhten (Waren) bzw. erhöhten Aufmerksamkeit (Dienstleistungen) erworben würden.

E.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 21. Oktober 2016 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 20. September 2016 in den Widerspruchsverfahren Nr. 14'707 und 14'708 sei aufzuheben. Der Widerspruch sei gutzuheissen, eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (richtig: Beschwerdegegner).

Zur Begründung beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Gleichheit bzw. Gleichartigkeit der Waren/Dienstleistungen, die konzeptionelle Ähnlichkeit der Marken, eine allenfalls leicht erhöhte Aufmerksamkeit des Zielpublikums, die hohe Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke für Informatikdienste sowie auf eine zumindest mittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken.

F.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 auf eine Vernehmlassung und beantragte unter Hinweis auf die eingereichten Vorakten die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

G.

Mit Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2017 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

H.

Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

I.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Verfahrensausgang rechtserheblich sind, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz in Widerspruchssachen 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 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Zeichen sind vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn sie einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. c des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]).

2.2 Eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c MSchG liegt vor, wenn das jüngere Zeichen das ältere in seiner Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt. Von solchen Funktionsstörungen ist auszugehen, wenn die massgeblichen Verkehrskreise eines der zu vergleichenden Zeichen für das andere halten oder wenn sie aufgrund der Zeichenähnlichkeit falsche wirtschaftliche Zusammenhänge der Markeninhaber vermuten und insbesondere an Serienmarken denken, die verschiedene Produktlinien des gleichen Unternehmens oder von wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen kennzeichnen (BGE 128 III 96 E. 2a "Orfina"; 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller [fig.]"; 127 III 160 E. 2a "Securitas"; Urteile des BVGer B-7536/2015 vom 10. Juni 2016 E. 3.3 "Caddy/Top Caddy [fig.]" ; B-5692/2012 vom 17. März 2014 E. 3.4 "Yello/Yellow Lounge"; EUGEN MARBACH, Kennzeichenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, 2. A. 2009, N. 955; CHRISTOPH

WILLI, Markenschutzgesetz. Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, 2002, Art. 3 N. 11 f.).

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

2.3 Der Schutzzumfang einer Marke bestimmt sich nach ihrer Kennzeichnungskraft. Für schwache Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Bei schwachen Marken genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen. Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs anlehnen. Stark sind demgegenüber Marken, die entweder aufgrund ihres fantasiehaften Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan").

2.4 Je näher sich die Waren und Dienstleistungen sind, für welche die Marken registriert sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben, um die Verwechslungsgefahr zu bannen. Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für weitgehend identische Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan", BGE 119 II 473 E. 2c "Radion/Radiomat"). Im Weiteren ist von Bedeutung, an welche Abnehmerkreise sich die Waren richten und unter welchen Umständen sie gehandelt zu werden pflegen. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, beispielsweise Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan"; Urteil des BGer 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3 "Yello").

2.5 Die Markenähnlichkeit beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrskreise hinterlassen (BGE 121 III 377 E. 2a; MARBACH, a.a.O., N. 864; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: David/Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz/Wappenschutzgesetz. Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 3 N. 41; WILLI, a.a.O., Art. 3 N. 63). Bei Bildmarken mit Sinngehalt ("begrifflichem Inhalt", "Sinnwirkung") können für den Gesamteindruck wie für die Kennzeichnungskraft die äussere Gestaltung einerseits und der Sinngehalt andererseits prägend sein. Auf beiden Ebenen können somit Übereinstimmungen mit kollidierenden Marken das Bestehen einer Verwechslungsgefahr begünstigen und Unterschiede einer solchen entgegenwirken. Präsentiert sich die angefochtene Marke nur als Variation, Bearbeitung oder Modernisierung der älteren, anstatt dem Betrachter eine eigenständige Bildwirkung zu vermitteln, ist die Verwechslungsgefahr in der Regel zu bejahen (Urteile des BVGer B-3812/2012 vom 25. November 2014, E. 7.2.4 "Winston [fig.] und [fig.]/FX Blue Style Effects [fig.>"; B-4841/ 2007 vom 28. August 2008, E. 9.3 "Herz (fig.)/Herz (fig.)"; B-4536/ 2007 vom 27. November 2007, E. 7 "Salamander (fig.)/Gecko (fig.)"; MARBACH, a.a.O. N. 921; GALLUS JOLLER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2009, Art. 3 Rz. 190).

Der Sinngehalt von Bildmarken wird naturgemäss vor allem durch die Markengestaltung vermittelt, doch kann er sich für Konkretisierungen und Sinnfärbungen zum Teil auch aus registrierten Merkmalen wie den Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht wird, weiteren Markenbestandteilen oder aus den Umständen ergeben. Eine Verwechslungsgefahr besteht darum im Regelfall auf beiden Ebenen der Gestaltung und des Sinngehalts zugleich, Ausnahmen sind jedoch möglich (z.B. Urteil des BVGer B-4536/2007 vom 27. November 2007, E. 7.2 "Salamander [fig.]/Gecko [fig.]" : Verwechslungsgefahr trotz abweichender Sinngehalte teilweise bejaht). Schon die frühere Rekurskommission für geistiges Eigentum pflegte sich für Bildmarkenkollisionen stets an den für Wortmarken entwickelten Beurteilungsgrundsatz anzulehnen, zur Annahme einer Verwechslungsgefahr genüge eine Zeichenähnlichkeit auf einer der drei Ebenen des Wortklangs, Schriftbilds oder Sinngehalts (vgl. zum Grundsatz LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl. 1999, MSchG Art. 3 N. 17; IVAN CHERPILLOD, *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007, S. 114; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 3 N 59; JOLLER, a.a.O., Art. 3 N 173; MARBACH, a.a.O., N 875), wobei Abweichungen auf anderen Ebenen vorbehalten bleiben und bei Bildmarken die klangliche Ebene wegfällt

(Entscheide der RKGE in sic! 2003, S. 969 E. 4 "Bonhomme [fig.]/bonhomme [fig.>"; sic! 2005, S. 196 E. 4 "Elliptische Form [fig.]/Elliptische Form [fig.>"; sic! 2006, S. 673 E. 6 "O [fig.]/O [fig.>"; gl. M. RALPH SCHLOSSER/CLAUDIA MARADAN, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], *Propriété intellectuelle*, Basel 2013, art. 3 LPM, N 117). Seit das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung fortführt (vgl. Urteile des BVGer B-4841/2007 vom 28. August 2008, E. 4 "Herz [fig.]/Herz [fig.>"; B-4536/2007 vom 27. November 2007, E. 7.3 "Salamander [fig.]/Gecko [fig.>"; B-3812/2012 vom 25. November 2014, 6.1 "Winston [fig.] u. [fig.]/FX Blue Style Effects [fig.>"; B-4908/2014 vom 20. Oktober 2016, E. 4.4 "Wappen [fig.]/Wappen [fig.>"; wird ihm in der Lehre teilweise entgegengehalten, eine Verwechslungsgefahr bei Bildzeichen könne nicht nur mit sinngelassenen oder äusserlichen Übereinstimmungen allein begründet werden (MARBACH, a.a.O., N. 917; JOLLER, a.a.O., N 178; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 3 N. 85). Diese Ansichten unterscheiden den konkreten Bildsinngelassenheit der Marke allerdings ungenügend vom isolierten und abstrahierten Bildmotiv, dessen Schutz als Verallgemeinerung des dargestellten Objekts in der Tat unangemessen über den Registereintrag, aber auch über den Sinngelassenheit der Marke, hinausführen würde und als sogenannter "Motivschutz" abgelehnt wird (vgl. Urteil des BVGer B-1085/2008 vom 13. November 2008, E. 6.4 "Red Bull/Stierbräu"). Bereits wegen des fließenden Übergangs zwischen den Fallgruppen (vgl. Urteile des BVGer B-2326/2014 vom 31. Oktober 2016, E. 5.2 "Chinesische Schriftzeichen [fig.>"; B-4908/2014 vom 20. Oktober 2016, E. 4.4 "Wappen [fig.]/Wappen [fig.>"; besteht aber kein Anlass für eine Ungleichbehandlung von Bildmarken und Wort-Bildmarken im Sinne der genannten Lehrmeinungen. Immerhin besteht Einigkeit, dass Markenschutz auf die gestalterische und semantische Konkretisierung des Registereintrags der Widerspruchsmarke beschränkt ist und das Recht an der Bildmarke weder konzeptionell noch thematisch verallgemeinern soll (Urteil des BVGer B-3088/2016 vom 30. Mai 2017, E. 4.3 "Musiknoten [fig.>"; MARBACH, a.a.O., N 916; WILLI, a.a.O., Art. 3 N 95).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin geht davon aus, die beiden Zeichen seien verwechselbar, da sie im Bildmotiv übereinstimmten und in der konzeptionellen Ausgestaltung ähnlich seien. Die Verwendung des @-Zeichens in der Mitte des in der angefochtenen Marke enthaltenen Apfels sei nicht geeignet, einen grafischen Unterschied zwischen den Zeichen zu begründen, vielmehr führe die Verwendung dieses Zeichens in Verbindung mit dem Apfel dazu, dass die massgeblichen Verkehrskreise die Marke gedanklich

mit der für Computer-Hard- und Software sehr bekannten Beschwerdeführerin in Verbindung brächten. Es sei von einer erhöhten Kennzeichnungskraft für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen auszugehen, da das Bild eines Apfels in aller Regel nicht mit Waren der Klasse 25 und Dienstleistungen der Klassen 35, 42 und 45 in Verbindung gebracht werde. Schliesslich handle es sich bei der Widerspruchsmarke um eine berühmte Marke.

3.2 Die Vorinstanz begründet ihren abweisenden Entscheid damit, dass die beiden Bildzeichen zwar im Motiv, nicht jedoch in der konzeptionellen Ausgestaltung übereinstimmten. Hinzu kämen die verbalen Elemente, die mehr als die Hälfte des Zeichens ausmachten. Der Gesamteindruck der Widerspruchsmarke weiche damit wesentlich von demjenigen der angegriffenen Marke ab.

3.3 Der Beschwerdegegner verneint eine Übereinstimmung im Bildmotiv und eine Ähnlichkeit in der konzeptionellen Ausgestaltung der bildlichen Darstellungen. Die Wortelemente verschafften einen zusätzlichen grafischen Abstand. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin keinerlei Beweismittel eingereicht, welche eine Bekanntheit der Widerspruchsmarke bezüglich des Bereichs Computer, Mobiltelefonie und Unterhaltungselektronik der Klasse 9 sowie Computerdienstleistungen der Klasse 42 belegten. Die Bekanntheit eines Zeichens, welche im Zusammenhang mit Produkten einer bestimmten Klasse erworben worden sei, könne nicht leicht hin auch für Produkte einer andern Klasse angenommen werden. Dies sei selbst für andere Waren derselben Klasse der Fall. Somit habe eine allfällige Bekanntheit der Widerspruchsmarke für Computerdienstleistungen keinen Einfluss auf den Schutzzumfang der Widerspruchsmarke im Hinblick auf andere Dienstleistungen der Klasse 42. Für alle Waren der Klasse 25 sowie die Dienstleistungen der Klassen 35 und 45 gelte dies erst recht. Im Widerspruchsverfahren könne man sich sodann nicht auf die Berühmtheit einer Marke berufen.

4.

Zu Recht blieb unbestritten, dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 25, 35, 42 und 45 der zu vergleichenden Marken gleich bzw. gleichartig sind, weshalb sich Ausführungen dazu erübrigen. Dieser Umstand legt in Bezug auf den Zeichenabstand einen besonders strengen Massstab nahe (BGE 122 III 382 E.3a "Kamillosan").

5.

Weiter ist zu Recht unbestritten, dass beim Erwerb der nicht alltäglichen Dienstleistungen der Klassen 35, 42 und 45, Verwaltungsführung und Geschäftsverwaltung, wissenschaftliche und technologische Dienste, namentlich Recherche und Planung, industrielle Analyse- und Forschungsdienste, Planung und Entwicklung von Hard- und Software, Programmierservices und Rechtsberatung, von einem leicht erhöhten bis hohen Aufmerksamkeitsgrad der Erwerber auszugehen ist.

Während der Beschwerdegegner beim Erwerb von Bekleidungsstücken (Klasse 25) von einer erhöhten Aufmerksamkeit des Abnehmers ausgeht, argumentiert die Beschwerdeführerin bei den massgeblichen Bekleidungsstücken der Klasse 25 handle es sich um Alltagsgegenstände des täglichen Bedarfs, so dass von einer durchschnittlichen Aufmerksamkeit der Abnehmer auszugehen sei. Tatsächlich geht die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beim Erwerb von Kleidern nicht von einem Erwerb von Massenartikeln aus, die zum täglichen Konsumbedarf gehören, und stuft die Aufmerksamkeit der Erwerber daher als zumindest leicht erhöht ein (vgl. hierzu Urteile des BVGer B-4471/2012 vom 29. Oktober 2013 E. 4 "Alaïa/Lalla Alia [fig.] und Lalla Alia", B-2296/2014 vom 29. Juni 2015 E. 4 "ysl [fig.]/sl skinny love [fig.]" sowie B-6249/2014 vom 25. Juli 2016 E. 7 "Campagnolo [fig.]/F.lli Campagnolo [fig.]). Auch das Bundesgericht geht in BGE 121 III 377 E. 3d "Boss/Boks" von einer "grösseren Aufmerksamkeit" der Erwerber beim Erwerb von Kleidung aus. Dem Beschwerdegegner ist insoweit zuzustimmen.

6.

Die Widerspruchsmarke ist eine reine Bildmarke. Es handelt sich um das Apple Logo, einen stilisierten, vollständig grau ausgefüllten und an seiner rechten Seite angebissenen Apfel mit einem oben schräg abstehenden Blatt, ohne Farbanspruch.

Die angefochtene Marke ist eine kombinierte Wort-/Bildmarke. Das Wortelement besteht aus der Wortfolge "ADAMIS GROUP", die in schwarzer Serifenschrift in Majuskeln geschrieben und unten rechts mit einem Schutzzeichen versehen ist. Darüber befindet sich ein in roter Farbe stilisierter Apfel mit Stiel und Blättchen, jedoch ohne Ausbuchtungen. Der Apfel ist nicht farbig ausgefüllt und enthält ein in roter Farbe kleingeschriebenes "a".

Die zu vergleichenden Zeichen stimmen damit im abstrakten Bildmotiv "Apfel" und insofern im Sinngehalt überein (MARBACH, a.a.O., N. 912; zur Einwendung des Beschwerdegegners, sein Bildzeichen zeige eine Tomate, vgl. E. 7 hiernach).

Alleine die Tatsachen, dass die zu vergleichenden Marken im abstrakten Bildmotiv übereinstimmen und für identische respektive hochgradig gleichartige Waren beansprucht werden, führen daher noch nicht zu einer Verwechslungsgefahr.

7.

Zwischen der Widerspruchsmarke und dem Bildelement der angefochtenen Marke bestehen, wie die Vorinstanz und der Beschwerdegegner zu Recht festgestellt haben, in der konzeptionellen Ausgestaltung beachtliche Unterschiede: Die Widerspruchsmarke ist dunkelgrau ausgefüllt, hat Einbuchtungen rechts und unten, ist eher mehr hoch als breit und zeigt einen rechts angebissenen, stilisierten Apfel. Das Bildelement der angegriffenen Marke dagegen ist rot konturiert, aber nicht ausgefüllt, ohne Einbuchtungen, mehr breit als hoch und enthält zusätzliche Wortelemente. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners erkennt man in dem Bildelement nach Auffassung des Gerichts keine Tomate, sondern einen stilisierten Apfel, was unter anderem die Notifikation der OMPI ("pomme de couleur rouge") deutlich macht. Ausgestaltung und Bildwirkung dieses Apfels sind von jenem der Widerspruchsmarke indessen deutlich verschieden. Der Auffassung der Vorinstanz, die Wortelemente der angegriffenen Marke trügen zum Gesamteindruck und zur Unterscheidung der beiden Zeichen zusätzlich bei, ist ebenfalls zuzustimmen. Das in Kleinschrift gehaltene a im Innern des Apfels der angegriffenen Marke wird nicht zwingend als @-Zeichen erkannt. Selbst wer jedoch von einem @-Zeichen ausgeht, bringt dieses eher mit E-Mail-Adressen in Verbindung, für welche die Widerspruchsmarke keine erhöhte Bekanntheit genießt.

Eine starke Kennzeichnungskraft und ein hoher Bekanntheitsgrad der Widerspruchsmarke können nach dem Gesagten allenfalls im Zusammenhang mit den von der Klasse 9 erfassten Waren bejaht werden, sind mit Bezug auf die Waren und Dienstleistungen der Klassen 25, 35, 42 und 45 jedoch nicht belegt (vgl. Urteil des BVGer B-2354/2016 vom 29. März 2017, E. 6.2 "Allianz/Allianz TGA Technische Gebäudeausrüstung"). Im Widerspruchsverfahren kann zudem der Schutz der berühmten Marke nicht angerufen werden, da Art. 31 MSchG die Anwendung von Art. 15 MSchG nicht erwähnt und damit als Prüfungsgegenstand ausklammert (Urteile des

BVGer B-5653/2015 vom 14. September 2016, E. 3.6 "Havana Club/Cana Club"; B-3663/2011 vom 17. April 2013 E. 7.4.4 "Intel inside/Galdat inside"). Eine erhöhte Kennzeichnungskraft in einer Waren- oder Dienstleistungsklasse beeinflusst darum im Widerspruchsverfahren die Klassengrenzen nicht. An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass allenfalls von einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke für Computerdienstleistungen in Klasse 42 auszugehen ist. Bei diesem Beurteilungsmassstab erscheint es auf Grund der ausgeprägten konzeptionellen Unterschiede im Bildmotiv und der zusätzlichen verbalen Elemente der angegriffenen Marke unwahrscheinlich, dass diese von den massgebenden Verkehrskreisen als Variation oder Bearbeitung der Widerspruchsmarke angesehen wird. Es besteht keine Verwechslungsgefahr.

Die angefochtene Marke ist darum im Register zu belassen und die Beschwerde ist abzuweisen. Aus denselben Gründen ist auch dem Eventualantrag nicht stattzugeben.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 64 Abs. 1 VwVG).

8.1 Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wobei im Widerspruchsbeschwerdeverfahren das Interesse der Widersprechenden an der Löschung beziehungsweise jenes der Widerspruchsgegnerin am Bestand der angefochtenen Marke zu veranschlagen ist. Bei eher unbedeutenden Zeichen wird praxisgemäss ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen (BGE 133 III 492 E. 3.3 "Turbinenfuss"). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen, da keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke sprechen. Im Ergebnis rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf Fr. 4'500.– festzulegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

8.2 Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Antrag eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zugesprochen

werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKGE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei und ist anhand der eingereichten Kostennote oder, wird keine Kostennote eingereicht, aufgrund der Akten festzulegen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 VGKE). Der Beschwerdegegner hat eine Kostennote in Höhe von Fr. 2'000.– eingereicht. Anhand des aktenkundigen Aufwands erscheint eine Parteientschädigung zugunsten des Beschwerdegegners von Fr. 2'000.– (exkl. MWSt) als vertretbar.

9.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung vom 20. September 2016 bestätigt.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird diesem Betrag angerechnet.

3.

Dem Beschwerdegegner wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (exkl. MWSt) zulasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdebeilagen zurück)
- den Beschwerdegegner (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 14707 und 14708; Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Karin Behnke

Versand: 30. Juni 2017