



Urteil vom 1. April 2014

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

Darts Industries Inc.,
14901 S. Orange Blossom Trail, US-32837 Orlando,
vertreten durch Bohest AG, Postfach 160, 4003 Basel,
Beschwerdeführerin,

gegen

Daniel Bolleter,
als Inhaber des Einzelunternehmens Daniel Bolleter Online,
Ormisstrasse 13, Postfach 856, 8706 Meilen,
Beschwerdegegner,

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

Gegenstand

Verfügung vom 27. April 2012 im Widerspruchsverfahren
Nr. 11707 betreffend den Schweizer Marken
Nr. P-487143 Tupperware/Nr. 611 313 Popperware.ch the
adults playground! (fig.).

Sachverhalt:

A.

Die Eintragung der Schweizer Wort-/Bildmarke Nr. 611313 "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) des Beschwerdegegners wurde am 3. Februar 2011 in Swissreg publiziert. Sie wird für folgende Waren beansprucht:

Klasse 10

Vibromassagegeräte schweizerischer Herkunft.

Klasse 25

Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Klasse 28

Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit sie in dieser Klasse enthalten sind; Christbaumschmuck; Spielkarten; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Sie sieht wie folgt aus:



B.

Am 26. April 2011 erhob die Beschwerdeführerin beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum IGE (Vorinstanz) gegen diese Eintragung teilweise Widerspruch und beantragte deren Widerruf für folgende Waren:

Klasse 28

Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit sie in dieser Klasse enthalten sind; Christbaumschmuck; Spielkarten; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Sie stützte den Widerspruch auf ihre Schweizer Marke Nr. P-487143 "Tupperware", die u.a. für folgende Waren eingetragten ist:

Klasse 28

Spiele und Spielzeug.

Zur Begründung wurde ausgeführt, die angefochtene Marke übernehme die Widerspruchsmarke in weiten Teilen. "Tupperware" und "Popperware" unterschieden sich schriftbildlich nur in den ersten beiden Buchstaben. Klanglich seien sie nahezu identisch, da der Doppelkonsonant "pp" beide Marken dominiere. Die kennzeichnungsschwachen weiteren Bestandteile der angefochtenen Marke, nämlich die Länderdomain ".ch" und der Bildbestandteil vermöchten an der Ähnlichkeit der Marken nichts zu ändern. Weder werde dadurch das prägende Schriftbild noch der Wortklang anders. Im Erinnerungsbild der betroffenen Verkehrskreise verschwimme der minimale Unterschied zwischen "Tupperware" und "Popperware", so dass Fehlzurechnungen unvermeidbar seien. Die Waren der angefochtenen Marke in Klasse 28 seien teils identisch, teils hochgradig gleichartig zu den Waren der Widerspruchsmarke in Klasse 28, nämlich "Spiele, Spielzeug". Sie richteten sich an den gleichen Abnehmerkreis. Es bestehe eine hochgradige Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen.

C.

Mit Stellungnahme vom 18. Juli 2011 machte der Beschwerdegegner geltend, er stimme dem nur teilweise zu, dass sich "Tupperware" und "Popperware" schriftbildlich lediglich in den ersten beiden Buchstaben unterschieden. "Popperware" trete nur zusammen mit der Top-Level-Domain in der Öffentlichkeit auf. Zusätzlich werde ein Bildbestandteil, Zweifarbigkeit und ein Beisatz zur eindeutigen Identifikation verwendet. Zudem werde "Tupperware" englisch ausgesprochen, "Popperware" jedoch auf Deutsch, was mit der Domain ".ch" unterstrichen werde. Wie aus den beigelegten Ausdrucken der Homepage von "Tupperware" ersichtlich sei, habe "Tupperware" Behälter für alle Arten von Gerichten sowie für den Transport von Kuchen und Gebäck geschaffen. Später sei eine innovative Spielzeug-Kollektion eingeführt worden, welche die Entwicklung des Kindes fördere. "Tupperware" biete jedoch keinerlei Spielsachen für Erwachsene an. "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) richte sich an Personen ab 18 Jahren. Somit richteten sich die unter den im Konflikt stehenden Marken angebotenen Waren an unterschiedliche Verkehrskreise. "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) sei ein Schweizer Erotik Onlineshop und biete zur Weihnachtszeit erotischen Weihnachtsschmuck an. "Tupperware" verkaufe seine Produkte zudem ausschliesslich an "House Partys". Eine Verwechslungsgefahr mit den Artikeln von "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) sei damit völlig ausgeschlossen.

D.

Mit Verfügung vom 27. April 2012 hiess die Vorinstanz den Widerspruch teilweise gut und verfügte den Widerruf der angefochtenen Marke für folgende Waren:

Turn- und Sportartikel; soweit sie in dieser Klasse enthalten sind; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft (Klasse 28).

Die Vorinstanz bejahte die Warengleichheit zwischen der Widerspruchsmarke und der angefochtenen Marke in Klasse 28 bezüglich Spiele, Spielzeug und Spielkarten. Bezüglich Turn- und Sportartikel, soweit sie in dieser Klasse enthalten sind, ging sie von einer (entfernten) Gleichartigkeit aus. Sie verneinte die Warengleichartigkeit jedoch betreffend den in Klasse 28 von der angefochtenen Marke beanspruchten Christbaumschmuck. Ferner bejahte sie die Zeichenähnlichkeit beider Zeichen. Für Spiele, Spielzeug und Spielkarten sei der Begriff "Popperware" jedoch direkt beschreibend hinsichtlich des Inhalts und der Zweckbestimmung. Der Schutzzumfang der angefochtenen Marke könne sich demnach hinsichtlich dieser Waren nicht auf den gemeinfreien Begriff "Popperware" beziehen. Eine Verwechslungsgefahr wurde daher mit Bezug auf diese Waren verneint. Hinsichtlich der Waren "Turn- und Sportartikel; soweit sie in dieser Klasse enthalten sind; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft" wurde die Verwechslungsgefahr hingegen bejaht.

E.

Mit Beschwerde vom 25. Mai 2012 beantragt die Beschwerdeführerin:

1. Der Entscheid des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum (IGE) vom 27. April 2012 im Widerspruchsverfahren Nr. 11707 sei bezüglich der Waren "Spiele, Spielzeug; Spielkarten; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft" aufzuheben und die Schweizer Marke 611'313 "Popperware.ch the adult's playground!" in diesem Umfang zu löschen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

Zur Begründung führt sie aus, die Marke "Tupperware" sei früher hinterlegt worden als die Marke "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.), weshalb sich die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 3 Abs. 3 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) auf die Ausschlussgründe des Art. 3 Abs. 1 MSchG berufen könne. Die Vorinstanz habe den Widerspruch hinsichtlich den Turn- und Sportartikeln in

der Marke des Beschwerdegegners zu Recht gutgeheissen. Die Beschwerde richte sich daher nur noch gegen die Zurückweisung des Widerspruchs hinsichtlich der Spiele, Spielzeug sowie Spielkarten. Zu Recht habe die Vorinstanz die Identität bzw. starke Gleichartigkeit für die von den Parteien beanspruchten Waren der Klasse 28 angenommen. Zutreffenderweise seien die im Streit stehenden Marken als zeichenähnlich beurteilt worden. Konsequenterweise bejahe die Vorinstanz hinsichtlich der Waren "Turn- und Sportartikel" eine Verwechslungsgefahr der beiden Marken. Trotz bejahter Gleichartigkeit der Waren sowie bejahter Ähnlichkeit der Marken verneine die Vorinstanz jedoch völlig überraschend eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken im Hinblick auf die gleichen Waren "Spiele und Spielzeug" und die gleichartigen Waren "Spielkarten". Sie begründe diese Entscheidung in salopper Weise damit, dass der Wortbestandteil "Popperware" beschreibend und daher gemeinfrei sei für diese Waren. Daher könne sich der Schutzzumfang der Marke "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) auch nicht auf diesen Bestandteil beziehen, so dass die Zeichenähnlichkeit von "Tupperware" und "Popperware.ch the adult's playground!" (fig.) keine Verwechslungsgefahr begründen könne.

F.

Mit Vernehmlassung vom 20. August 2012 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Stellungnahme und beantragt, unter Hinweis auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Der Beschwerdegegner liess sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht vernehmen.

G.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchsverfahren zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist von Art. 50 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) am 25. Mai 2012 eingereicht.

Der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und durch den Entscheid beschwert (Art. 48 VwVG). Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

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

2.1 Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr richtet sich nach der Ähnlichkeit der Zeichen im Erinnerungsbild des Letztabnehmers (BGE 121 III 377 E. 2a *Boss/Boks*) und nach dem Mass an Gleichartigkeit zwischen den geschützten Waren und Dienstleistungen. Zwischen diesen beiden Elementen besteht eine Wechselwirkung: An die Verschiedenheit der Zeichen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher die Produkte sind, und umgekehrt (LUCAS DAVID, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz / Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, Art. 3 N. 8).

Ob sich zwei Marken hinreichend deutlich unterscheiden oder verwechselbar ähnlich sind, ist nicht auf Grund 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, andererseits von den Waren und Dienstleistungen, für welche die sich gegenüberstehenden Marken hinterlegt sind (BGE 122 III 382 E. 1 *Kamillosan*).

2.2 Je näher sich die Waren und Dienstleistungen sind, für welche die Marken registriert sind, desto grösser ist das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren unterscheiden, um die Verwechslungsgefahr zu bannen. Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für weitgehend identische Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind.

2.3 Für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit wird auf den Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrs-

kreise hinterlassen, abgestellt (BGE 121 III 377 E. 2a *Boss/Boks*; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., 2009, N. 864).

Bei reinen Wortmarken sind der Wortklang, das Schriftbild und gegebenenfalls der Sinngehalt massgebend (BGE 127 III 160 E. 2b/cc *Securitas*; BGE 121 III 377 E. 2b *Boss/Boks*). Dabei genügt es für die Annahme einer Zeichenähnlichkeit, wenn diese in Bezug auf nur eines dieser Kriterien bejaht wird (MARBACH, a.a.O., N. 875; Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] in: sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2006 S. 761 E. 4 *McDonald's/FishMac/McLake*). Der Wortklang wird im Wesentlichen durch die Silbenzahl, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale bestimmt, das Schriftbild durch die Wortlänge und die optische Wirkung der Buchstaben (BGE 122 III 382 E. 5a *Kamillosan*; BGE 119 II 473 E. 2c *Radion*; Entscheid der RKGE in sic! 2002 S. 101 E. 6 *Mikron [fig.]/Mikromat [fig.]*).

Bei kombinierten Wort-/Bildmarken sind die einzelnen Bestandteile nach ihrer Unterscheidungskraft zu gewichten. Entscheidend sind die prägenden Wort- oder Bildelemente, während unterscheidungsschwache Wort- oder Bildelemente den Gesamteindruck weniger beeinflussen. Enthält eine Marke sowohl charakteristische Wort- wie auch Bildelemente, so können diese den massgeblichen Gesamteindruck gleichermassen prägen (Urteile des BVGer B-4159/2009 vom 25. November 2009 E. 2.4 *EFE [fig.]/EVE*, und B-7500/2006 vom 19. Dezember 2007 E. 6.4 *Diva Cravatte [fig.]/DD DIVO DIVA [fig.]*, je mit weiteren Hinweisen).

2.4 Im Weiteren ist von Bedeutung, an welche Abnehmerkreise sich die Waren richten und unter welchen Umständen sie nachgefragt werden. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, wie beispielsweise Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (BGE 126 III 315 E. 6b/bb *Apiella*, BGE 122 III 382 E. 3a *Kamillosan*; Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3 *Yello*). Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, hängt auch vom Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ab (Urteil des BVGer B-7017/2008 vom 11. Februar 2010 E. 2.4 *Plus/PlusPlus [fig.]* mit Hinweisen). Der geschützte Ähnlichkeitsbereich

für schwache Marken ist dabei kleiner als jener für starke Marken (BGE 122 III 382 E. 2a *Kamillosan*; GALLUS JOLLER, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2009, Art. 3 N. 74, mit Hinweisen). Schwach sind insbesondere Marken, deren prägende Elemente beschreibenden Charakter haben (BVGE 2010/32 E. 7.3.1 *Pernaton/Pernadol 400*, Urteil des BVGer B-7492/2006 vom 12. Juli 2007 E. 5 *Aromata/Aromathera*). Stark sind hingegen jene Marken, welche das Ergebnis einer schöpferischen Leistung oder langer Aufbauarbeit sind (BGE 122 III 382 E. 2a *Kamillosan*, mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-7475/2006 vom 20. Juni 2007 E. 7 *Converse All Star [fig.]/Army tex [fig.]*; MARBACH, a.a.O., N. 979, mit Hinweisen).

3.

Die vorliegend massgeblichen Verkehrskreise in Bezug auf die eingetragenen Waren "Spiele und Spielzeug" in Klasse 28 sind die Endverbraucher.

4.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Waren, für welche die strittige Marke hinterlegt wurde, gleich oder gleichartig sind.

Bezüglich der Waren "Spiele und Spielzeug" der Klasse 28 besteht – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte –, eine Warengleichheit zwischen der Widerspruchsmarke und der angefochtenen Marke. Die angefochtene Marke ist zudem für Spielkarten hinterlegt. Die Vorinstanz ging bei Spielkarten ebenfalls von Warengleichheit aus, da diese unter Spielzeug subsumiert werden können. Diese Argumentation ist schlüssig und nicht zu beanstanden.

5.

In einem nächsten Schritt sind die beiden Zeichen zu vergleichen.

5.1 Die angefochtene Marke, eine kombinierte Wort-/Bildmarke ohne Farbanspruch, besteht aus den Wortelementen "Popperware.ch" und "the adult's playground!". Ein Blick auf die kombinierte Wort-/Bildmarke, wie sie im schweizerischen Markenregister eingetragen ist, erhellt, dass die Wortelemente "the adult's playground!" in einiges kleinerer Schrift gehalten am unteren Rand des Logos platziert sind und damit im Gesamteindruck hinter den übrigen Wortelementen und den grafischen Elementen zurückstehen. Als ein solches grafisches Element weist die angefochtene

Wort-/Bildmarke insbesondere ein relativ grosses, unscharfes Symbol auf, welches als übereinandergelegte "Mars-" [♂] und "Venuszeichen" [♀], die bekanntlich auch als Symbole für das männliche und das weibliche Geschlecht verwendet werden, erscheinen. Die angefochtene Marke ist ferner insofern grafisch gestaltet, als das Element "Popper" in Fettdruck gehalten ist, und die Elemente "ware.ch" ihrerseits kursiv dargestellt werden, was visuell zu einer Abgrenzung des Elements "Popper" von den Elementen "ware.ch" führt. Die unscharfe Darstellung des figurativen Elements lässt dieses buchstäblich in den Hintergrund treten.

Bei der Widerspruchsmarke "Tupperware" handelt es sich um eine reine Wortmarke.

5.2 Geht es wie vorliegend um die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit zwischen einer Wortmarke einerseits und einer kombinierten Wort-/Bildmarke andererseits, stellt sich die Frage, auf welche Elemente entscheidend abzustellen ist. Hierzu kann festgehalten werden, dass weder Wort- noch Bildelementen ein grundsätzlicher Vorrang zukommt, vielmehr ist im Einzelfall die Kennzeichnungskraft der Elemente sowie deren Einfluss auf den Gesamteindruck zu prüfen. Die Erfahrungsregel, wonach Wortelemente für den Verkehr die einfachste Bezeichnungsform darstellen und entsprechend eher im Gedächtnis haften bleiben, schliesst nicht aus, dass Bildelemente im Einzelfall dennoch erheblich ins Gewicht fallen (vgl. zum Ganzen, CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, 2002, Art. 3 N. 143).

5.3 Vor diesem Hintergrund ist die Ähnlichkeit der im Widerspruch stehenden Zeichen zu beurteilen. Unter dem Blickwinkel der beidseits beanspruchten Wortelemente stehen sich vorliegend die Zeichen "Tupperware" und "Popperware.ch the adult's playground" gegenüber. Klanglich weisen die beiden Marken eine gewisse Ähnlichkeit mit Bezug auf die Elemente "Tupperware"/"Popperware" auf, welche sich nur, aber immerhin, in den ersten Silben "Tu-" bzw. "Po-" unterscheiden. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit kommt dem Wortanfang allerdings oftmals besonderes Gewicht zu (vgl. JOLLER, a.a.O., Art. 3 N. 150). Kaum eindeutig beantworten lässt sich die Frage, ob die massgeblichen Schweizer Verkehrskreise "Tupperware" und "Popperware" eher nach den Regeln der englischen Sprache, auf Deutsch oder in Mischformen aussprechen ("Tapper-"/"Töpper-"/"Tupperware") ("ware" als wɛ: [phonetische Schrift] versus Deutsch: "W-a-re"). Entgegen der von der Vorins-

tanz geäußerten Auffassung ist nicht unbesehen davon auszugehen, dass das englische "Tu-pperware" und "Po-pperware" auch am Wortanfang ähnlich ausgesprochen werden. Diese Ansicht liesse sich höchstens vertreten, wenn man davon ausginge, dass ein erheblicher Teil der massgeblichen Verkehrskreise von "Töpferware" sprechen. Sie ist aber keineswegs erwiesen. Vielmehr besteht zumindest hinsichtlich der ersten Silbe der beiden Wortelemente "Tupperware" und "Popperware" in jedem Fall ein gewisser klanglicher Unterschied. Erst recht gilt dies, wenn man bei der Beurteilung der klanglichen Ähnlichkeit die übrigen in der angefochtenen Marke enthaltenen Elemente (".ch" und "the adult's playground") aufgrund der Massgeblichkeit des Gesamteindrucks mit in Betracht zieht. Dies gilt auch, wenn die soeben genannten Elemente als simple Toplevel-Domain einerseits bzw. als bis zu einem bestimmten Grad beschreibend für die strittigen Waren ("the adult's playground" kann auf Deutsch wohl am ehesten als "Spielplatz/Spielwiese für Erwachsene" umschrieben werden) und damit als nicht besonders kennzeichnungskräftig einzustufen sind.

Analoges gilt für den schriftbildlichen Vergleich der Wortelemente der im Widerspruch stehenden Zeichen. Während eine Fokussierung auf die Elemente "Tupperware" und "Popperware" eine weitgehende Ähnlichkeit zu Tag fördert, kann davon unter Einbezug der weiteren verbalen Elemente der angefochtenen Marke nicht gesprochen werden.

5.4 Im Weiteren gilt es, die Sinngehalte der beiden Marken zu vergleichen. Bei "Tupperware" handelt es sich um besondere Aufbewahrungsbehälter aus Plastik (vgl. Duden, Die deutsche Rechtsprache, 25. Aufl., Mannheim 2009, S. 1082, Stichwort: "Tupperparty"), was aufgrund der weiten Verbreitung dieser Waren namentlich als Küchenartikel auch über den genannten Wörterbucheintrag hinaus als einem erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise bekannt vorausgesetzt werden darf. Das englische Wort "ware" bedeutet 1. "Ware", "Artikel" und "Erzeugnis", 2. auch "Geschirr"/"Porzellan"/"Töpferware" (vgl. Langenscheidt e-Handwörterbuch Englisch-Deutsch 5.0, Stichwort: "ware") und weist damit einen weitgehend übereinstimmenden Sinngehalt wie das deutsche Wort "Ware" auf. Die Widerspruchsmarke ist ähnlich wie die verbreiteten Begriffe aus der elektronischen Datenverarbeitung "Software" und "Hardware" aus zwei Bestandteilen zusammengesetzt, nämlich "Tupper" und "ware", wobei das Element "Tupper" auf Earl Silas Tupper, den Gründer der "Tupperware Brands Corporation" zurückgeht.

Die angefochtene Marke enthält zwei Wortelemente, nämlich "Popper" und "ware". Das Wortelement "Popperware" in der angefochtenen Marke wird von einem erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise in Analogie zu Ausdrücken wie "Software", "Hardware" etc. in die Wortelemente "Popper" und "ware" aufgespalten. Bei einem "Popper" handelt es sich laut dem Nachschlagewerk Duden, a.a.O., S. 846, Stichwort "Popper", um einen "Jugendlichen [besonders in den 80er Jahren], der sich durch modische Kleidung und gepflegtes Äusseres bewusst abheben will" (vgl. auch BROCKHAUS, WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl., 2011, Stichwort "Popper"). Ferner ist "Popper" auch ein Nachname, der in der Schweiz allerdings wenig verbreitet ist (12 Einträge unter <http://tel.search.ch/?name=Popper>). Auch der Philosoph Sir Karl Popper (1902 bis 1994, vgl. <http://plato.stanford.edu/entries/popper>) dürfte nicht über Fachkreise hinaus bekannt sein, obwohl er einer der angesehensten Vertreter seines Fachs im 20. Jahrhundert war. Schliesslich ist das deutsche Verb "poppen" zu erwähnen, das teilweise als vulgärer, teilweise als umgangssprachlicher Ausdruck von "koitieren" verstanden wird (vgl. Duden, a.a.O., S. 846, Stichwort "poppen" und Urteil des Kantonsgerichts Schwyz ZK 2008 19 vom 17. August 2010 [unveröffentlichte] E. 7.c.bb, S. 24, teilweise veröffentlicht in sic! 2011, S. 108 ff.). Im vorliegenden Fall steht dieser letztgenannte Sinngehalt angesichts mitenthaltener figurativer Elemente (Mars- bzw. Venuszeichen, vgl. oben) und der ebenfalls mitenthaltenden Wortelemente "the adult's playground" im Vordergrund. Der Sinngehalt des zusätzlichen Elements "Ware" wurde bereits behandelt. Keinen eigentlichen Sinngehalt weist das verbale Element ".ch" auf.

Die im Widerspruch stehenden Zeichen weisen somit einen unterschiedlichen Sinngehalt auf.

5.5 Insgesamt ergibt sich daraus, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz und derjenigen der Beschwerdeführerin vorliegend höchstens eine entfernte Zeichenähnlichkeit zwischen der Widerspruchswortmarke und der angefochtenen kombinierten Wort-/Bildmarke vorhanden ist. Dies steht zwar in einem gewissen Masse im Widerspruch zum angefochtenen Entscheid, in dem die Vorinstanz das Vorliegen einer (nicht näher bestimmten) Zeichenähnlichkeit bejaht hat. Inkonsistent ist die Beurteilung der Vorinstanz aber darin, dass sie sich im Wesentlichen auf einen Vergleich von "Tupperware" mit "Popperware" beschränkt, u.a. weil die Elemente "the adult's playground" in der angefochtenen Wort-/Bildmarke besonders klein gehalten seien. Diesfalls würde auf die visuell wiedergegebene Marke als Gesamtes abgestellt, weshalb dann auch die figurativen

Elemente der angefochtenen Marke wahrgenommen werden. Ferner mag die angefochtene Marke zwar in der Beschwerdeschrift der Widersprechenden so dargestellt sein, dass "the adult's playground!" de facto unlesbar ist, im einzig massgeblichen Registereintrag der angefochtenen Marke sind auch diese Wortelemente allerdings lesbar. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerdeschrift zur Frage der Zeichenähnlichkeit nichts vor und hat sich in der Widerspruchsschrift ebenfalls darauf beschränkt, einzig die klangliche und schriftbildliche Ähnlichkeit von "Tupperware" und "Popperware" zu betonen. Im Gesamteindruck ist lediglich eine entfernte Zeichenähnlichkeit vorhanden.

6.

Abschliessend ist in einem wertenden Gesamtblick zu entscheiden, ob eine Verwechslungsgefahr besteht (Art. 3 Abs. 1 Bst. c MSchG).

6.1 Zunächst ist der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke zu bestimmen. Dieser 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 anlehnen, starke Marken sind solche, die entweder aufgrund ihres fantasiehaften Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (BGE 122 III 382 E. 2a – *Kamillosan*; Urteil des BGer 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.2 – *Yello*).

Die Vorinstanz hat bei der abschliessenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr in der angefochtenen Verfügung wesentlich auf die Kennzeichnungskraft der angefochtenen Marke abgestellt. Entscheidend ist aber die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, die den Schutzzumfang bestimmt, den die letztgenannte in Anspruch nehmen kann (vgl. JOLLER, a.a.O., Art. 3 N. 69.). Für Spiele und Spielzeug kommt der Widerspruchsmarke ein normaler Schutzzumfang zu, da der Sinngehalt "besondere Aufbewahrungsbehälter aus Plastik" für diese Waren nicht beschreibend ist. Wie oben festgestellt, besteht bloss entfernte Zeichenähnlichkeit. Zwar sind einige der in der angefochtenen Marke zusätzlich enthaltenen Elemente kennzeichnungsschwach, im Gemeingut stehende Markenelemente dürfen im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr jedoch nicht einfach weggestrichen werden, sondern sind – unter Anrechnung ihrer für sich genommen geringen oder fehlenden Kennzeichnungskraft – im Gesamteindruck der Marken zu berücksichtigen

(Urteil des BVGer B-7346/2009 vom 27. September 2010 E. 2.5 *Murino/Murolino*, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend sind die Zeichen lediglich entfernt ähnlich, insbesondere verfügt die angefochtene Marke über ein Bildelement, welches zwar nur schwach prägend ist, aber dennoch zur unterschiedlichen Wahrnehmung der Zeichen beiträgt. Es rechtfertigt sich daher, die Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c MSchG zwischen den strittigen Marken zu verneinen.

6.2 Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

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

7.1 Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 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). Im Widerspruchsverfahren ist das Interesse der Widersprechenden an der Löschung, bzw. des Widerspruchsgegners am Bestand der angefochtenen Marke zu veranschlagen. Es würde aber zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür stets konkrete Aufwandsnachweise im Einzelfall verlangt würden. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf einen Betrag zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– festzulegen (BGE 133 III 490 E. 3.3 *Turbinenfuss*). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen.

7.2 Der Beschwerdegegner hat weder am Verfahren teilgenommen, noch ist er anwaltlich vertreten. Er hat daher keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, Art. 64 N. 34 und BGE 133 III 439 E. 4).

8.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der Kostenvorschuss wird diesem Betrag angerechnet. Der Restbetrag von Fr. 500.– ist innert 30 Tagen zu bezahlen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Einzahlungsschein und Beschwerdebeilagen zurück)
- den Beschwerdegegner (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. W11707-tse/bs; Einschreiben; Vorakten zurück)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Karin Behnke

Versand: 4. April 2014