



Abteilung II
B-5637/2023

Urteil vom 2. April 2024

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Jil Gehmann.

Parteien

OXYCARE GmbH Sauerstoff.Beatmungstechnik,
Holzweide 6, DE-28307 Bremen,
vertreten durch
Dr. Robert Flury, Rechtsanwalt,
freigutpartners IP Law Firm,
Gämsenstrasse 3, 8006 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Internationale Markenregistrierung 1626867 - OXYCARE.

Sachverhalt:

A.

Die OXYCARE GmbH Sauerstoff-Beatmungstechnik (nachfolgend: Hinterlegerin oder Beschwerdeführerin) ist Inhaberin der internationalen Registrierung Nr. 1626867 OXYCARE mit Basiseintrag in Deutschland.

B.

Am 18. November 2021 notifizierte die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE; nachfolgend: Vorinstanz) die beantragte Schutzausdehnung auf die Schweiz für folgende Waren und Dienstleistungen:

Klasse 5: Préparations pharmaceutiques; préparations d'hygiène à usage médical; emplâtres; matériel pour pansements; rubans adhésifs à usage médical.

Klasse 10: Appareils et instruments médicaux, en particulier concentrateurs d'oxygène fixes et mobiles à usage médical, appareils à oxygène cœur-poumon artificiel, ventilateurs, masques à oxygène à usage médical, capteurs d'oxygène à usage médical, électrodes d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage thérapeutique, concentrateurs d'oxygène pour applications médicales, surveillance d'oxygène, appareils pour l'analyse de la concentration en oxygène et appareils pour la surveillance de la concentration en oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène vides à usage médical, appareils de production d'oxygène à usage médical, appareils médicaux pour la mesure de la teneur en oxygène du sang, instruments portables à usage médical pour la surveillance de la teneur en oxygène dans des mélanges de gaz; dispositifs de stimulation biomécanique à des fins médicales et de rééducation; masques à haute concentration pour algies vasculaires de la face, nébuliseurs à ultrasons, capnographe, oxymètres de pouls, oxymètres de pouls, aspirateurs de sécrétions; appareils, dispositifs, instruments et machines pour l'exercice physique à usage thérapeutique ou médical; dispositifs d'aide à la mobilité pour personnes handicapées, à savoir dispositifs d'aide à la marche, déambulateurs, déambulateurs à roulettes, déambulateurs roulants; appareils d'entraînement à des fins de rééducation, médicales et thérapeutiques.

Klasse 11: Purificateurs d'air.

Klasse 12: Équipements de transport terrestre, en particulier dispositifs d'aide à la mobilité pour personnes handicapées, à savoir fauteuils roulants [à fonctionnement manuel et à moteur].

Klasse 44: Services médicaux; soins de santé et de beauté pour êtres humains; soins médicaux; services hospitaliers; location d'équipements médicaux; services de conseillers et informations dans le domaine médical; services d'élaboration de rapports médicaux; préparation de rapports en rapport avec des questions médicales.

C.

Mit Notifikation vom 13. Oktober 2022 teilte das OMPI eine Anpassung in der Klasse 5 mit.

D.

Am 19. Oktober 2022 eröffnet das IGE der Inhaberin einen *Refus provisoire partiel (d'office)* und gewährte für die beantragten Waren der Klasse 5, 11 und 12 sowie für «Dispositifs d'aide à la mobilité pour personnes handicapées, à savoir dispositifs d'aide à la marche, déambulateurs, déambulateurs à roulettes, déambulateurs roulants» der Klasse 10 den Schutz. Für die übrigen Waren der Klasse 10 und die Dienstleistungen der Klasse 44 verweigerte sie den Schutz vorläufig und lud die Beschwerdeführerin zur Einreichung einer Stellungnahme ein.

E.

Die Beschwerdeführerin zog einen Rechtsvertreter mit Sitz in der Schweiz bei, bestritt mit Eingabe vom 21. Februar 2023 die Schutzverweigerungsgründe und beantragte, das Zeichen sei für sämtliche beanspruchte Waren und Dienstleistungen zum Markenschutz zuzulassen.

F.

Mit Schreiben vom 17. März 2023 hielt die Vorinstanz an ihrer teilweisen Schutzverweigerung fest und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit für eine weitere Stellungnahme.

G.

In ihrer Stellungnahme vom 15. Mai 2023 bestritt die Beschwerdeführerin erneut das Vorliegen von Ausschlussgründen und beantragte, das Zeichen vollumfänglich zum Markenschutz in der Schweiz zuzulassen.

H.

Mit Verfügung vom 14. September 2023 hat die Vorinstanz der internationalen Registrierung Nr. 1626867 OXYCARE den Schutz in der Schweiz für folgende Waren und Dienstleistungen verweigert:

Klasse 10: Appareils et instruments médicaux, en particulier concentrateurs d'oxygène fixes et mobiles à usage médical, appareils à oxygène cœur-poumon artificiel, ventilateurs, masques à oxygène à usage médical, capteurs d'oxygène à usage médical, électrodes d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage thérapeutique, concentrateurs d'oxygène pour applications médicales, surveillance d'oxygène, appareils pour l'analyse de la concentration en oxygène et appareils pour la surveillance de la concentration en oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène vides à usage médical, appareils de production d'oxygène à usage médical, appareils médicaux pour la mesure de la teneur en oxygène du sang, instruments portables à usage médical pour la surveillance de la teneur en oxygène dans des mélanges de gaz; dispositifs de stimulation biomécanique à des fins médicales et de rééducation; masques à haute concentration pour algies vasculaires de la face, nébuliseurs à ultrasons, capnographe, oxymètres de pouls, oxymètres de pouls, aspirateurs de sécrétions; appareils, dispositifs,

instruments et machines pour l'exercice physique à usage thérapeutique ou médical; appareils d'entraînement à des fins de rééducation, médicales et thérapeutiques.

Klasse 44: Services médicaux; soins de santé et de beauté pour êtres humains; soins médicaux; services hospitaliers; location d'équipements médicaux; services de conseillers et informations dans le domaine médical; services d'élaboration de rapports médicaux; préparation de rapports en rapport avec des questions médicales.

Für die übrigen Waren der Klasse 10 sowie die beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 11 und 12 gewährte die Vorinstanz den Schutz.

I.

Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 16. Oktober 2023 ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 15. Februar 2023 (recte: 14. September 2023), insoweit sie den Schutz der Marke Nr. 1626867 OXYCARE verweigert, und die Zulassung zum Markenschutz in der Schweiz für sämtliche Waren und Dienstleistungen.

J.

Mit Eingabe vom 29. Januar 2024 liess sich die Vorinstanz innert einmalig erstreckter Frist vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Gleichzeitig korrigierte die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 29. Januar 2024 einen redaktionellen Fehler im Dispositiv ihrer Verfügung vom 14. September 2023. Die Waren «dispositifs d'aide à la mobilité pour personnes handicapées, à savoir dispositifs d'aide à la marche, déambulateurs, déambulateurs à roulettes, déambulateurs roulants» der Klasse 10 seien irrtümlicherweise nicht im Dispositiv unter den zugelassenen Waren aufgeführt worden. Dabei handle es sich um einen Kanzleifehler, für diese Waren sei im ganzen Verfahren nie die Zurückweisung des Zeichens festgehalten worden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 137.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Markenanmelderin und Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 VwVG) und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Deutschland. Zwischen Deutschland und der Schweiz gelten das Protokoll vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP, SR 0.232.112.4) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04, in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierte Fassung).

2.2 Die Schweiz hat der OMPI eine teilweise Schutzverweigerung vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt, zu dem die Mitteilung der Ausdehnung dieser Behörde vom Internationalen Büro übersandt worden ist, mitzuteilen. Diese Frist hat die Vorinstanz mit der provisorischen Schutzverweigerung vom 19. Oktober 2022 eingehalten.

2.3 Ein Verbandsland darf einer international registrierten Marke den Schutz nur verweigern, wenn nach den in der PVÜ genannten Bedingungen ihre Eintragung in das nationale Register verweigert werden kann (Art. 5 Abs. 1 MMP). Das trifft zu, wenn die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt oder ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt ist, die im Verkehr zu Bezeichnungen der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können oder im allgemeinen Sprachgebrauch oder in redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten in der Schweiz üblich sind (Art. 6^{quinquies} Bst. B Ziff. 2 PVÜ). Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) entspricht dieser zwischen-

staatlichen Regelung. Rechtsprechung und Lehre legen diese Normen insoweit übereinstimmend aus (BGE 128 III 454 E. 2 "Yukon"; 114 II 371 E. 1 "alta tensione").

3.

3.1 Zeichen, die Gemeingut sind, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, im Verkehr durchgesetzt haben (Art. 2 Bst. a MSchG). Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, denen die für eine Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und andererseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, wobei die beiden Fallgruppen eine gewisse Schnittmenge aufweisen (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Qatar 2022 [fig.], World Cup 2022 [fig.]/Puma World Cup Qatar 2022, Puma World Cup 2022"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"; BVGE 2010/32 E. 7.3 "Pernaton/Pernadol 400").

3.2 Die Unterscheidungskraft fehlt Sachbezeichnungen sowie Zeichen, die beschreibend sind. Beschreibende Zeichen sind Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Darunter fallen namentlich Wörter, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung oder sonstige Merkmale der beanspruchten Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Qatar 2022 [fig.], World Cup 2022 [fig.]/Puma World Cup Qatar 2022, Puma World Cup 2022"; BGE 145 III 178 E. 2.3.1 "Apple"; Urteile des BVGer B-1582/2022 vom 3. Mai 2023 E. 2.3 "United for your success").

Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit der Ware oder Dienstleistung muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaaufwand erkennbar ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; BGE 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"; Urteil des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"). Zum Gemeingut zählen damit insbesondere auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (BGE 129 III 225

E. 5.2 "Masterpiece"; Urteil des BVGer B-187/2018 vom 22. Juli 2019
E. 4.2 "Deluxe [fig.]").

Auszugehen ist (1.) vom begrifflichen Sinngehalt jedes Bestandteils, um zu ermitteln, inwieweit er den massgeblichen Verkehrskreisen unabhängig von den eingetragenen Waren und Dienstleistungen geläufig ist. Anschliessend ist (2.) der kontextuelle Sinngehalt aufgrund des Wissens, Verstehens und Erwartens der Verkehrskreise im Verwendungszusammenhang nach dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Marke festzustellen. Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Ware oder Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteile des BVGer B-2791/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 "WingTsun"; B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 3 "After Hours"), wobei sich eine mögliche Mehrdeutigkeit eines Zeichens auf einen eindeutigen Sinn mit beschreibendem Charakter reduzieren kann, sobald dieses mit einer bestimmten Ware oder Dienstleistung in Beziehung tritt (Urteil des BGer 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 3.3 "Firemaster"; Urteil des BVGer B-4112/2020 vom 27. Oktober 2021 E. 3.4 "Hospital Halbprivat"). Soweit sich das Zeichen ohne Weiteres in zwei (oder mehr) verständliche Wortteile zerlegen lässt, stellt die Zerlegung an sich keinen speziellen Gedankenaufwand dar, welcher der Qualifikation als beschreibendes Zeichen entgegenstehen würde (Urteile des BVGer B-4051/2018 vom 13. Januar 2020 E. 3.2 "Digiline"; B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.3.1 "toppharm Apotheken [fig.]").

3.3 Grundsätzlich kann ein mehrdeutiger Begriff abstrakt unbestimmt bleiben, im konkreten Marktzusammenhang jedoch an Bestimmtheit gewinnen und dadurch produktspezifisch entweder unterscheidungskräftig oder beschreibend werden. Die Mehrdeutigkeit eines Zeichens kann nur zur Schutzfähigkeit führen, wenn auch im kontextuellen Sinngehalt nicht auszumachen ist, welche von mehreren Bedeutungen im Zusammenhang mit den gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen überwiegt, und der Aussagegehalt somit unbestimmt bleibt (vgl. BGE 103 Ib 16 E. 3 "Banquet"). Dominiert ein beschreibender Sinngehalt im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen, vermag die Möglichkeit weiterer, weniger naheliegender Deutungen den Gemeingutcharakter nicht aufzuheben (Urteil des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.4 "Gipfeltreffen"; Urteil des BVGer B-6390/2020 vom 4. Oktober 2022 E. 2.9 "AI Brain"). Die Markeneintragung ist auch zu verweigern, wenn

mehrere mögliche Sinnvarianten des Zeichens letztlich auf dieselbe beschreibende Bedeutung hinauslaufen (BVGE 2013/41 E. 3.3 "Die Post"; Urteil des BVGer B-4053/2009 vom 11. November 2009 E. 4.2 "easy-weiss").

3.4 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; Urteil des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 3.2 "Truedepth").

Englischsprachige Ausdrücke werden im Rahmen der schweizerischen Markenprüfung berücksichtigt, sofern sie für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise verständlich sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 "Masterpiece"). Vom breiten Publikum ist die Kenntnis eines Grundwortschatzes englischer Vokabeln zu erwarten (BGE 125 III 203 E. 1c "Budweiser"; Urteil des BVGer B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.2 "Ironwood"). Für die hypothetische Beurteilung der Englischkenntnisse können weitere Indizien herangezogen werden, etwa die Ähnlichkeit fremdsprachiger Begriffe mit jenen einer Landessprache oder die zunehmende Verbreitung von Anglizismen (Urteil des BVGer B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 m.w.H. "Factfulness"). Fachkreise verfügen in ihrem Fachgebiet oft über gute Englischkenntnisse (Urteil des BGer 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4.3 "Ad-Rank"; Urteil des BVGer B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 "Factfulness").

4.

4.1 Die massgeblichen Verkehrskreise der Marke sind vorab anhand der tatsächlichen Abnehmergruppen der Endabnehmer, Fachkreise und des Zwischenhandels zu bestimmen, ohne die Abgrenzung relevanter Sprach- und Fachkenntnisse vorwegzunehmen (vgl. Urteile des BGer 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.1 und 3.3.3 "Wilson"; 4A_65/2022 vom 6. Mai 2022 E. 4.3 "Factfulness"; Urteil des BVGer B-4493/2022 vom 26. Juli 2023 E. 4.3.1 "[Apfel] [fig.]").

4.2 Bei den zurückgewiesenen Waren in der Klasse 10 handelt es sich um Waren, welche unter dem Oberbegriff «ärztliche Instrumente und Apparate» subsumiert werden können und deshalb vorwiegend von Fachkreisen aus dem Gesundheitswesen sowie von gut informierten fachkundigen

Laien nachgefragt werden. Einige der beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 richten sich zwar primär an Durchschnittskonsumenten, wie es beispielsweise für die «Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen» anzunehmen ist. Andere Dienstleistungen der Klasse 44, wie die beanspruchten «medizinische Dienstleistungen; medizinische Versorgung; Krankenhausdienstleistungen; Vermietung von medizinischen Geräten; Beratung und Information im medizinischen Bereich; Erstellung von medizinischen Berichten; Erstellung von Berichten in Bezug auf medizinische Fragen» richten sich hingegen sowohl an das allgemeine Publikum als auch an die Fachkreise aus dem medizinischen Bereich (Urteil des BVGer B-4112/2020 vom 27. Oktober 2021 E. 4.2 "HOSPITAL HALBPRIVAT").

Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft des Zeichens als beschreibend ist deshalb sowohl vom Verständnis der Durchschnittsabnehmer als auch der Fachkreise auszugehen.

5.

5.1 Die Vorinstanz führt aus, «oxy-» sei unter anderem als Präfix mit der Bedeutung «(Luft-)Sauerstoff» definiert. «Care» habe im Englischen verschiedene Bedeutungen, darunter «Versorgung», «Pflege» und «Behandlung». Im englischen Sprachgebrauch spreche man von «oxygen care» und meine damit die «Sauerstoff-Versorgung». Die geltend gemachte Mehrdeutigkeit ändere an diesem Ergebnis nichts, denn andere Sinngehalte in Kombination mit den strittigen Waren und Dienstleistungen wären weniger naheliegend. Der Schutz werde nämlich unter anderem für Waren und Dienstleistungen beansprucht, mit welchen Menschen Sauerstoff zugeführt werden kann. Folglich habe das Zeichen für die strittigen Waren und Dienstleistungen lediglich beschreibenden Charakter.

5.2 Dem hält die Beschwerdeführerin unter anderem entgegen, dass die Bedeutung der Buchstabenfolge «oxy» ambivalent und in keiner Weise auf eine «sauerstoff-haltige» Materie beschränkt sei. Insbesondere sei die englische Bedeutung relevant, da das zweite Element «care» aus dem Englischen stamme, wobei die Beschwerdeführerin vorbringt, dass «oxy» unter anderem als Name geführt werde und ebenso als Abkürzung für das Opioid-haltige Schmerzmittel Oxycodon stehe. Die durch die Vorinstanz eingereichten Belege, in denen es um «oxygen care» geht, würden belegen, dass die Buchstabenfolge «oxy» allein eben nicht mit der Bedeutung «Sauerstoff» verwendet werde und somit gar nicht für «Sauerstoff» stehe. «Care» dürfe ohne handelndes Subjekt nur als Substantiv gelesen werden

(«Sorgfalt, Betreuung, Pflege, Aufsicht und Fürsorge»). OXYCARE könne demzufolge auch die «Pflege des Oxy» bedeuten. Die Bedeutung des Zeichens OXYCARE bleibe selbst unter Berücksichtigung der zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen vieldeutig.

6.

6.1 Ausgangspunkt für die Ermittlung des Sinngehalts ist die lexikalische Bedeutung der im Zeichen verwendeten Worte und Buchstaben. Das Zeichen OXYCARE ist weder in der deutschen, französischen, italienischen noch in der englischen Sprache ein eigenständiges Wort. Der Verkehrsteilnehmer wird daher versucht sein, das Zeichen gedanklich in allfällige inhaltlich sinngebende Bestandteile zu zergliedern (Urteil des BVGer B-3651/2022 E.5.1 "CoolFlex"). Das Wort «care» wird vorliegend sofort erkannt und auch «oxy-» ist als Wortbildungselement bekannt, weshalb sich eine gedankliche Aufteilung in «oxy» und «care» für die Verkehrskreise ohne weiteres aufdrängt. Eine andere Aufteilung würde keinen Sinn ergeben (vgl. Urteil des BVGer B-4137/2021 vom 1. Februar 2023 E. 6.1 "Truedepth").

6.2 Das Präfix «oxy-» bedeutet sowohl in der deutschen als auch in der französischen und englischen Sprache «scharf, herb, sauer» sowie «Sauerstoff (enthaltend/brauchend)» (Duden, <https://www.duden.de/rechtschreibung/oxy_>; Roche Lexikon Medizin, <<https://www.elsevier-data.de/rochelexikon5a/>>; Collins Englisch Wörterbuch <<https://www.collinsdictionary.com/de/worterbuch/englisch/oxy>> jeweils abgerufen am 13. März 2024; Le Petit Robert, Édition 2016, S. 1777). In Bezug auf die vom Zeichen beanspruchten strittigen Waren und Dienstleistungen liegt die Bedeutung von «oxy» im Sinne von «Sauerstoff (enthaltend/brauchend)» zumindest für deutsch-, französisch- und englischsprachige Verkehrskreise deutlich näher als jene von «scharf, herb, sauer».

Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzugestehen, dass «Oxy» unter anderem auch als Name für Menschen und durch Zeitschriften als Abkürzung für das Opioid Oxycodon verwendet wird. Jedoch wurde der Name «Oxy» in der Schweiz zumindest seit dem Jahr 2000 nie vergeben (vgl. Dataset männlicher und weiblicher Vornamen des Bundesamts für Statistik <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle/vornamen-neugeborene.assetdetail.27005618.html>> abgerufen am 13. März 2024). Folglich werden die massgeblichen Verkehrskreise in der Schweiz «oxy» nicht als Name verstehen. Im Übrigen ist

festzuhalten, dass der Umstand, dass «oxy» – ob als Präfix oder Abkürzung verwendet – auch andere Bedeutungen haben kann, nicht dazu führt, dass die Bedeutung «Sauerstoff» nicht mehr relevant ist.

Die Beschwerdeführerin behauptet weiter, «oxy» werde im Englischen, der in der Medizinbranche vorherrschenden Sprache, nicht für Sauerstoff verwendet, hierzu diene ausschliesslich das Wort «oxygen». Die englische Sprache wird in der Medizinbranche zwar gut verstanden (vgl. Urteil des BVGer B-1228/2010 vom 15. November 2010 E. 3.2 "Ontarget" m.H.), das bedeutet jedoch einerseits nicht, dass die Sprachen Deutsch, Französisch und Italienisch vernachlässigt werden dürfen und andererseits wurde dargelegt, dass «oxy-» auch in englischen Lexika mit der Bedeutung «Sauerstoff (enthaltend)» aufgeführt ist und dementsprechend verstanden wird. Die Beschwerdeführerin liegt im Weiteren dahingehend falsch, dass nicht ausschliesslich «oxygen», sondern auch «oxy» für Sauerstoff in der Medizinbranche verwendet wird. Beispielsweise wird bei einer kontinuierlichen Aufzeichnung des Sauerstoff- und Kohlendioxidgehalts im Blut sowie der Herzfrequenz während der Nacht von einer «oxy-capnométrie» resp. «Oxy- und Kapnometrie» gesprochen (vgl. <<https://www.chuv.ch/fr/dfme/dfme-home/enfants-famille/specialites-medicales/pneumologie-pediatrique/examens-realises>>; <<https://smf.swisshealthweb.ch/fileadmin/assets/SMF/2021/smf.2021.08890/smf-2021-08890.pdf>>, jeweils abgerufen am 13. März 2024).

Das englische Wort «care» gehört zum englischen Grundwortschatz und darf einem überwiegenden Teil der massgeblichen Verkehrskreise als bekannt vorausgesetzt werden (PONS Basiswörterbuch Schule Englisch, 2006, S. 42). «Care» wird substantivisch und verbal verwendet und bedeutet «Betreuung, Aufsicht, Pflege, Versorgung, Obhut» oder «pflegen» (PONS Online Wörterbuch Englisch-Deutsch, <<https://de.pons.com/>>, abgerufen am 13. März 2024). Mit Blick auf die strittigen Waren und Dienstleistungen ist die Bedeutung «pflegen, Pflege, Versorgung» am naheliegendsten.

In Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen und vor dem Hintergrund der vorliegend ausgewiesenen Verkehrskreise (vgl. E. 4) ist davon auszugehen, dass der Wortbestandteil «oxy» als «Sauerstoff (enthaltend/brauchend)» und der Wortbestandteil «care» als «Pflege, Versorgung» verstanden wird. Das Kompositum OXYCARE wird somit im Sinngehalt als «Sauerstoff-Versorgung/Pflege» verstanden.

7.

7.1 Zeichen sind dann vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn der gedankliche Zusammenhang zwischen der Ware und dem Zeichen derart ist, dass der beschreibende Charakter ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand erkennbar ist, wobei der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut macht (vgl. E. 3.2 oben).

7.2 In der Klasse 10 beansprucht die Beschwerdeführerin das Zeichen für medizinische Waren. Die Vorinstanz hat das Dispositiv der angefochtenen Verfügung aufgrund eines Kanzleifehlers korrigiert und die Waren «dispositifs d'aide à la mobilité pour personnes handicapées, à savoir dispositifs d'aide à la marche, déambulateurs, déambulateurs à roulettes, déambulateurs roulants» zum Markenschutz zugelassen (vgl. Sachverhalt J.). Das Bundesverwaltungsgericht nimmt davon Kenntnis. Strittig ist das Zeichen für die folgenden Waren:

7.2.1 Sauerstoff wird in der Medizin breit angewendet, insbesondere in der Notfall- und Intensivmedizin müssen die Patienten oftmals mit Sauerstoff versorgt werden (vgl. <https://crisis-prevention.de/feuerwehr/medizinische-sauerstoffversorgung-in-der-notfallmedizin.html> abgerufen am 13. März 2024). Dabei wird von Sauerstofftherapie gesprochen. Unter dem in Klasse 10 beanspruchten Oberbegriff «appareils et instruments médicaux» werden alle Geräte und Instrumente subsumiert, welche zur Sauerstoffversorgung resp. -therapie benötigt werden, insbesondere verschiedene Sauerstoffmess- und -kontrollgeräte sowie Apparate, mit denen ein Mensch mit Sauerstoff versorgt werden kann. Die folgenden beanspruchten Waren nehmen explizit Bezug auf medizinische Sauerstoffbehandlungsmethoden: «concentrateurs d'oxygène fixes et mobiles à usage médical, appareils à oxygène cœur-poumon artificiel, ventilateurs, masques à oxygène à usage médical, capteurs d'oxygène à usage médical, électrodes d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène à usage thérapeutique, concentrateurs d'oxygène pour applications médicales, surveillance d'oxygène, appareils pour l'analyse de la concentration en oxygène et appareils pour la surveillance de la concentration en oxygène à usage médical, inhalateurs d'oxygène vides à usage médical, appareils de production d'oxygène à usage médical, appareils médicaux pour la mesure de la teneur en oxygène du sang, instruments portables à usage médical pour la surveillance de la teneur en oxygène

dans des mélanges de gaz; oxymètres de pouls; capnographes; masques à haute concentration pour algies vasculaires de la face». Folglich ist das Zeichen OXYCARE mit dem Sinngehalt «Sauerstoff-Versorgung» für die beanspruchten Waren unter dem Oberbegriff «appareils et instruments médicaux» ohne einen Gedankenschritt direkt beschreibend.

7.2.2 Die beiden Geräte «nébuliseurs à ultrasons et aspirateurs de sécrétions» sorgen für die optimale und reibungslose Aufnahme des Sauerstoffs während einer Sauerstofftherapie. Dies belegen einerseits die Beilagen 12 und 13 der Vorinstanz, welche deutlich machen, dass mit den genannten Geräten die Atemwege für die Sauerstoffversorgung freigehalten werden können und andererseits zeigt auch Beilage 18 der Beschwerdeführerin, dass Ultraschallvernebler zur Sauerstoffversorgung von Pflanzen eingesetzt werden. Das Zeichen beschreibt folglich direkt den Zweck dieser Waren.

7.2.3 «Dispositifs de stimulation biomécanique à des fins médicales et de rééducation» sind Geräte zur biomechanischen Stimulation für medizinische und rehabilitative Zwecke, welche dazu dienen, den menschlichen Körper zu regenerieren. Unter Zuhilfenahme von solchen Geräten werden nebst dem Muskelaufbau auch die Sauerstoffversorgung des Körpers und dessen Zellen gefördert (<<https://www.klinik-imleben.de/de/bms-biomechanische-stimulation/>>, <<https://gelenk-klinik.de/orthopaedie-glossar/biomechanische-stimulation.html>>, jeweils abgerufen am 14. März 2024) oder aber direkt der Sauerstoffgehalt gemessen. Damit beschreibt das Zeichen in seiner Bedeutung «Sauerstoff-Versorgung» den Zweck dieser Waren. Gleiches gilt für «appareils d'entraînement à des fins de rééducation, médicales et thérapeutiques» sowie «appareils, dispositifs, instruments et machines pour l'exercice physique à usage thérapeutique ou médical». Trainingsgeräte, sonstige Apparate, Instrumente und Maschinen, welche Rehabilitations-, medizinischen und therapeutischen Zwecken dienen, können parallel auch der Sauerstoff-Versorgung oder -messung dienen. Wie die Vorinstanz schlüssig erläutert, kann dies zum Beispiel durch Extrafunktionen geschehen. Vorstellbar sind beispielsweise das Anbringen von tragbaren Sauerstoffkonzentrationen und/oder -masken, sodass beim Patienten während des Trainings oder der Stimulation der Sauerstoffgehalt gemessen und bei Bedarf zugeführt werden kann. Da, wie dargelegt, Sauerstoff eine wichtige Komponente im Sport, in der Stimulation und der Rehabilitation ist, liegt die Beschwerdeführerin falsch, wenn sie behauptet, dass Sauerstoff überhaupt keine Rolle spiele, wenn es um Geräte zum Training oder

zur Wiederherstellung des menschlichen Körpers gehe und nicht beschreibend sei.

7.3 In der Klasse 44 beansprucht die Beschwerdeführerin das Zeichen für die folgenden Dienstleistungen, die strittig sind:

7.3.1 Unter den Oberbegriffen «sérvice médicaux; soins médicaux; services hospitaliers» ist auch die medizinische Sauerstoff-Versorgung zu subsumieren, denn diese ist Bestandteil medizinischer Dienstleistungen und Versorgungen in Krankenhäusern sowie anderen (medizinischen) Einrichtungen. Folglich ist das Zeichen OXYCARE für eine Dienstleistung, die durch diese Oberbegriffe mitbeansprucht ist, beschreibend.

7.3.2 Unter der Dienstleistung «location d'équipements médicaux» wird die Vermietung medizinischer Geräte verstanden, dazu gehören auch Beatmungsgeräte, Sauerstoffmasken, Sekretsauger etc., welche der Sauerstoff-Versorgung von Menschen dienen. Das Zeichen beschreibt somit direkt den Zweck dieser Vermietungsdienstleistungen.

7.3.3 Die Dienstleistungen «services de conseillers et informations dans le domaine médical; services d'élaboration de rapports médicaux; préparation de rapports en rapport avec des questions médicales» umfassen Beratungs-, Informations- und Berichtsdienste in Bezug auf medizinische Fragen oder Themen. Inhaltlich können sich all diese Dienstleistungen auf die Sauerstoff-Versorgung beziehen. Das Zeichen erschöpft sich somit in einem sachlichen Hinweis auf den möglichen Inhalt der Beratung oder des Berichts und ist demzufolge rein beschreibend.

7.3.4 Bei den strittigen «soins de santé et de beauté pour êtres humains» handelt es sich um Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen. Eine Anwendung ist die Sauerstofftherapie, wobei unter anderem die Sauerstoffversorgung der Hautzellen angeregt wird und so für ein besseres Hautbild sorgen soll. Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, dass es sich bei den Belegstellen der Vorinstanz (Beilagen 21 und 22 der angefochtenen Verfügung) um «unbedeutende Sonderfälle» handelt, erkennt sie, dass alleine eine Google-Suchanfrage zahlreiche weitere Treffer für kosmetische «Sauerstofftherapien/-behandlungen» resp. «Oxygentherapien» ergibt. In der Folge kann nicht von einem Sonderfall gesprochen werden und das Zeichen OXYCARE mit dem Sinngehalt «Sauerstoff-Versorgung» beschreibt die Art der Dienstleistung.

7.4 Zusammenfassend wird das Zeichen OXYCARE von den massgebenden Verkehrskreisen ohne Gedankenaufwand als «Sauerstoff» und «Pflege, Versorgung» verstanden und damit als Hinweis auf Art, Zweck und Bestimmung der Waren und Dienstleistungen. Das Zeichen gilt damit als nicht unterscheidungskräftig im Sinne von Art. 6^{quinquies} Bst. B Ziff. 2 PVÜ und Art. 2 Bst. a MSchG. Es ist zum Markenschutz nicht zuzulassen.

8.

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, das Zeichen OXYCARE sei am 24. März 2021 vom deutschen Marken- und Patentamt ohne Beanstandungen ins deutsche Markenregister eingetragen worden (Nr. 30202117451). Massgeblich für die absoluten Ausschlussgründe sind indessen einzig die Verhältnisse in der Schweiz. Ausländischen Eintragungsentscheiden kommt daher in ständiger Praxis keine präjudizielle Wirkung zu (BGE 136 III 474 E. 6.3 "Madonna"; Urteil des BVGer B-343/2022 vom 23. September 2022 E. 9 "Podcast-Icon [fig.]"). In Grenzfällen sind sie aber unter Umständen als Indiz für die Eintragungsfähigkeit zu werten (BGE 129 III 225 E. 5.3 "Masterpiece"). In der vorliegenden Streitsache liegt aber klarerweise kein Grenzfall vor, bei dem ein solches Indiz den Ausschlag geben könnte.

9.

Aus den Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz die Schutzausdehnung der IR-Marke OXYCARE auf die Schweiz in Bezug auf die Waren der Klasse 10 und in Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 44 zu Recht teilweise verweigert hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

10.

10.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 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 [3D]"). Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

10.2 Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Jil Gehmann

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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift 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: 3. April 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. IR1626867; Gerichtsurkunde)
- das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)