

BVGer B-2473/2022 vom 5. April 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-04-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2473_2022

FR: TAF B-2473/2022 du 5 avril 2023

IT: TAF B-2473/2022 del 5 aprile 2023

Regeste

Widerspruchssachen

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde, welche sich gegen einen Entscheid des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum in Widerspruchssachen richtet, zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] sowie Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist von Art. 50 VwVG am 1. Juni 2022 frist- und formgerecht eingereicht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Als Widersprechende ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und beschwert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch haben sich die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Der Inhaber einer älteren Marke kann Widerspruch gegen eine jüngere Markeneintragung erheben, wenn diese seiner Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen registriert ist, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. c i.V. mit Art. 31 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). Die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff bedeutet, dass ein Kennzeichen im Schutzbereich des Markenrechts durch ein gleiches oder ähnliches Zeichen in seiner Funktion der Individualisierung bestimmter Waren und/oder Dienstleistungen mit Bezug auf ihre betriebliche Herkunft gefährdet wird. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn ein Zeichen für das andere gehalten wird. Bei der mittelbaren Verwechslungsgefahr können die massgeblichen Verkehrskreise die Zeichen zwar auseinanderhalten, vermuten aber fälschlicherweise wirtschaftliche Zusammenhänge (Urteile des BVGer B-5692/2012 vom 17. März 2014 E. 3.4 "Yello/ Yellow Lounge"; B-531/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.5 "Gallo/Gallay [fig.]" ; Matthias Städeli/ Simone Brauchbar Birkhäuser, in: David/Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 3 N. 26 f.).

E. 2.2

Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach der Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen, für die die Marken hinterlegt sind, der Zeichenähnlichkeit der Marken, der Kennzeichnungskraft der älteren Marke (BGE 128 III 441 E. 3.2 "Appenzeller Natural [fig.]" ; 126 III 315 E. 6.b-c "Rivella/ Apiella [fig.]") sowie den Wechselwirkungen

zwischen diesen drei Elementen (Urteil des BVGer B-1009/2010 vom 14. März 2011 E. 2 "Credit Suisse/UniCredit Suisse"). Als eine Wechselwirkung zwischen der Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen und der Zeichenähnlichkeit sind an die Verschiedenheit der Zeichen umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher sich die Produkte sind, und umgekehrt (BGE 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller Natural [fig.]", 128 III 96 E. 2a "Orfina"; Urteil des BVGer B-1342/2018 vom 30. September 2020 E. 5.1 "[Apfel] [fig.], APPLE/ APPLE BOUTIQUE"). Dabei sind die Aufmerksamkeit der massgebenden Verkehrskreise und die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu berücksichtigen (BGE 121 III 377 E. 2a "Boss/Boks"; Urteil des BVGer B-684/2017 vom 13. März 2018 E. 2.1 "Quantex/Quantum CapitalPartners"). Eine Verwechslungsgefahr wird weder dadurch ausgeschlossen, dass alle Bestandteile der zu vergleichenden Marken verschieden sind, noch ist sie ohne Weiteres gegeben, wenn einzelne von ihnen übereinstimmen (BGE 78 II 379 E. 1 "Alucol/ Aludrox").

E. 2.3

Die Gleichartigkeit von Waren und Dienstleistungen beurteilt sich, soweit keine Einrede des Nichtgebrauchs entgegensteht, aufgrund der Registereinträge (Urteil des BVGer B-1342/2018 E. 5.3 m.H. "[Apfel] [fig.], APPLE/ APPLE BOUTIQUE"). Der tatsächliche oder beabsichtigte Gebrauch der Marke auf dem Markt ist irrelevant (Urteil des BVGer B-6921/2018 vom 27. Mai 2020 E. 3.2 und 7.5.3 "Facebook [fig.]/Facegirl [fig.]"). Entsprechend sind marketingmässige Segmentierungen bezüglich Preis und Qualität der Waren unbeachtlich (Eugen Marbach, in: von Büren/ David [Hrsg.], SIWR, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl. 2009 [hiernach: Marbach, SIWR III/1], N. 822; Ralph Schlosser/ Claudia Maradan, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013, art. 3 LPM n. 142; Städeli/ Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 N. 128). Gleichartigkeit liegt vor, wenn die massgeblichen Abnehmerkreise annehmen können, die unter Verwendung ähnlicher Marken angebotenen Waren oder Dienstleistungen würden angesichts ihrer üblichen Herstellungs- und Vertriebsstätten aus demselben Unternehmen stammen oder doch wenigstens unter der Kontrolle eines gemeinsamen Markeninhabers hergestellt (Urteile des BVGer B-5868/2019 vom 8. Juli 2020 E. 2.2 "Nivea [fig.]/Neauvia", B-6761/2017 vom 5. Juni 2019 E. 2.2 "Qnective/Q qnnect [fig.]"; Städeli/ Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 N. 117).

E. 2.4

Die Zeichenähnlichkeit bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrskreise hinterlassen (BGE 128 III 446 E. 3.1 "Appenzeller"; 121 III 377 E. 2.a "Boss/ Boks"; 119 II 473 E. 2.d "Radion/ Radomat"; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 N. 41). Hierfür ist der Registereintrag massgeblich (Urteile des BVGer 5325/2007 vom 12. November 2007 E. 3 "Adwista/ advista [fig.]"; B-7475/2006 vom 20. Juni 2007 E. 5 "Converse All Stars [fig.]/Army tex [fig.]"). Für die Ähnlichkeit von Wortmarken sind der Wortklang, das Schriftbild und gegebenenfalls der Sinngehalt massgebend, wobei die Übereinstimmung auf einer Ebene zur Annahme einer Zeichenähnlichkeit genügt (BGE 127 III 160 E. 2.b.cc "Securitas"; Urteil des BVGer B-6732/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.4 "Calida/ Calyana"). Der Wortklang wird im Wesentlichen durch die Silbenzahl, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale bestimmt; das Schriftbild durch die Anordnung und optische Wirkung der Buchstaben sowie die Wortlänge (BGE 122 III 382 E. 5.a "Kamillosan"; 119 II 473 E. 2.c "Radion/ Radomat"). Übereinstimmungen im Wortanfang haben im

Erinnerungsbild ein besonderes Gewicht (vgl. BGE 122 III 382 E. 5.b "Kamillosan"; Entscheid der RKGE, in: sic! 2002, S. 756 E. 7 "Bally/ Ball [fig.]; Urteil des BVGer B-531/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 6.5 "Gallo/ Gallay [fig.]). Aber auch die Endung findet, insbesondere wenn sie bei der Aussprache betont wird, grössere Beachtung als unbetonte Mittelsilben (BGE 126 III 315 E. 6.c "Rivella/Apiella [fig.]; 122 III 382 E. 5.a "Kamillosan"). Der Verkehr fokussiert sich bei der Wahrnehmung von Wörtern nicht alleine auf deren Anfang, sondern merkt sich den Anfang und das Ende und erkennt diese wieder, während die Mitte eines Wortes ausgetauscht werden könnte, wodurch zwar die Lesegeschwindigkeit, nicht aber der Wiedererkennungswert leidet (vgl. Graham Rawlinson, Summary of "The Significance of Letter Position in Word Recognition", abrufbar unter: < <https://www.mrc-cbu.cam.ac.uk/people/matt.davis/cmabridge/rawlinson/> > [zuletzt am 6. März 2023 aufgerufen]; "MRC Cognition and Brain Sciences Unit", abrufbar unter: < <https://www.mrc-cbu.cam.ac.uk/people/matt.davis/cmabridge/> > [zuletzt am 6. März 2023 aufgerufen]; vgl. auch Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 N. 67).

E. 2.5

Reine Wortmarken geniessen Schutz für jede verkehrsübliche bildliche Wiedergabeform, was gängige Schrifttypen und -grössen, Fett- und Kursivschrift, Gross- und Kleinbuchstaben, gesperrte und schmale Laufweiten einschliesst (vgl. Carola Onken, in: Kur/v. Bomhard/Albrecht [Hrsg.], Kommentar zum Markengesetz [MarkenG] und der Verordnung über die Unionsmarke [UMV], 3. Aufl. 2020, § 14 MarkenG N. 361), sodass in Bezug auf die Zeichenähnlichkeit reiner Wortmarken nicht auf die Gross- und Kleinschreibung zu achten ist. Doch kann die im Register eingetragene Gross- und/oder Kleinschreibung helfen, einen von mehreren Sinngehalten anzuzeigen (Urteil des BVGer B-2849/2020 vom 13. Januar 2022 E. 3.4 "PIC SOLUTION/SYRIPIC").

E. 2.6

Weiter sind bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Einzelfall der Aufmerksamkeitsgrad, mit dem die Abnehmer bestimmte Waren oder Dienstleistungen nachfragen, sowie die Kennzeichnungskraft der Zeichen, da diese massgeblich den Schutzzumfang einer Marke bestimmt, zu berücksichtigen (Gallus Joller, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2017, Art. 3 N. 45). Eine Marke gilt als stark, wenn sie aufgrund ihres prägenden Ausdrucks oder fantasiehaften Gehalts auffällt oder dank intensiven Gebrauchs eine überdurchschnittliche Bekanntheit genießt (statt vieler: BGE 122 III 382 E. 2.a "Kamillosan"). Für schwächere Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke und es genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan"; Urteil des BVGer B-6173/2018 E. 3.6 m.H. "WORLD ECONOMIC FORUM [fig.]/ZURICH ECONOMIC FORUM [fig.]). Die Verwechselbarkeit zweier Zeichen ist daher nicht aufgrund eines abstrakten Zeichenvergleichs, sondern stets vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen (Urteile des BVGer B-6046/2008 E. 3.2 "R Rothmans [fig.]/ Roseman Crown Agencies KING SIZE [fig.]", B-4511/2012 vom 8. August 2014 E. 3.3 "DROSSARA/DROSIOLA").

E. 3.1.1

Zunächst sind ausgehend vom Warenverzeichnis der älteren Marke die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (Raphael Nusser, Die massgeblichen Verkehrskreise im

schweizerischen Markenrecht, Diss. 2015, Rz. 13.06; Joller, a.a.O., Art. 3 N. 51; Eugen Marbach, Die Verkehrskreise im Markenrecht, in: sic! 1/2007, S. 1, 6 f. und 11). Die Widerspruchsmarke beansprucht in der massgebenden Klasse 5 folgende Waren: "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke; Chemische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Biologische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Medizinische Haut- und Mundpflegemittel; Arzneimittel für humanmedizinische und tierärztliche Zwecke; Medikamentensets (gefüllt), Arzneimittelssets (gefüllt); Salben für pharmazeutische Zwecke; Tinkturen für medizinische Zwecke; Diätetische Erzeugnisse für humanmedizinische und veterinärmedizinische Zwecke; Babykost; Heilnahrung für medizinische Zwecke; medizinische Tees; medizinische Getränke; Nahrungsergänzungsmittel und Kaugummis für medizinische Zwecke; Vitamin- und Multivitaminpräparate; Mineralstoffe und Mineralstoffpräparate für medizinische Zwecke; Bonbons für medizinische Zwecke, insbesondere Brust- und Hustenkaramellen; Medizinische Raucherentwöhnungsmittel; Diagnostische Mittel für medizinische Zwecke; Teststreifen für Diabetes- und Schwangerschaftstests, Teststreifen für Cholesterintests; Pflaster- und Verbandmaterial; Watte für medizinische Zwecke; Frauenhygienische Artikel, nämlich Damenbinden, Slipeinlagen, Tampons, Monatshöschen; Windeln für Inkontinente; Desinfektionsmittel für hygienische Zwecke; Detergenzien für medizinische Zwecke; Biologische und chemische Mittel für medizinische und veterinärmedizinische Zwecke für Laboratorien, Apotheken und Arztpraxen; Chemische Prüfmittel für medizinische Zwecke, insbesondere Reagenzien, Masslösungen, Indikatoren und Nährmedien; Mittel zur Desodorierung der Luft; Hefe und Hefepreparate für pharmazeutische Zwecke; Traubenzucker für medizinische Zwecke; Pastillen für pharmazeutische Zwecke; Klebebänder für medizinische Zwecke; sämtliche zuvor genannten Waren nicht bestimmt für den Bereich Zahnmedizin und -technik sowie sämtliche zuvor genannten Waren ausgenommen Gele, Präparate, Substanzen und Reagenzien zur Behandlung von Lippenherpes."

E. 3.1.2

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass sich die vorliegend beanspruchten Waren der Klasse 5 vorwiegend an Fach- bzw. Berufsleute, aber auch an den Durchschnittskonsumenten richten (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/D, Ziff. 5). Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Beurteilung nicht, fügt indes hinzu, dass sich Waren der Klasse 5, nur weil sie medizinischen Zwecken dienen können, nicht per se an Fachpersonal allein richten (Beschwerde, Rz. 17). Vielmehr würden sich die beanspruchten Waren sowohl an medizinische Fachpersonen, wie auch an Durchschnittsabnehmerinnen und -abnehmer richten (Beschwerde, Rz. 18). Gerade bezüglich der vorliegend relevanten diversen Desinfektions- und Nahrungsergänzungsmitteln sei mittlerweile davon auszugehen, dass diese ohne Weiteres zu Artikeln des täglichen Gebrauchs zu zählen seien, welche unter anderem auch bei sämtlichen gängigen Schweizer Lebensmittelhändlern - und damit rezeptfrei - erwerbbar seien und von den massgeblichen Abnehmerkreisen regelmässig gekauft würden (Beschwerde, Rz. 18 mit Hinweis auf Beschwerdebeilagen 4 bis 8). Die Beschwerdeführerin ist demnach der Ansicht, dass sich die beanspruchten Waren mehrheitlich an Endkonsumenten und nicht in erster Linie an Fachkreise richten.

E. 3.1.3

Unter die von der Widerspruchsmarke in Klasse 5 beanspruchten pharmazeutischen, medizinischen und hygienischen Produkte fallen sowohl rezeptpflichtige Waren, welche

Patienten erst auf Anraten einer medizinischen Fachperson abgegeben werden, als auch frei erhältliche Waren wie zum Beispiel die von der Beschwerdeführerin hervorgehobenen Nahrungsergänzungs- und Desinfektionsmittel. Dies hat zur Folge, dass die Verkehrskreise sowohl medizinisch fachkundige Personen als auch das breite Publikum umfassen (vgl. Urteile des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 4 "VIFOR/VITOP", B-1605/2019 vom 31. Oktober 2019 E. 5 mit Hinweisen "CREMOLAN/XEROLAN", B-4511/2012 vom 8. August 2014 E. 4.1 f. mit Hinweisen "DROSSARA/DROSIOLA").

E. 3.2.1

Die Bestimmung der massgeblichen Verkehrskreise ist im Rahmen der Prüfung einer allfälligen Verwechslungsgefahr zweier Marken, vor allem in Bezug auf die Frage zu ihrer Aufmerksamkeit, von Bedeutung. Je höher die Aufmerksamkeit bei der Inanspruchnahme der fraglichen Waren und Dienstleistungen ist, desto höher ist das Unterscheidungsvermögen der angesprochenen Abnehmerkreise (Urteil des BVGer B-6173/2018 E. 4.2 "WORLD ECONOMIC FORUM [fig.]/ZURICH ECONOMIC FORUM [fig.]"; Joller, a.a.O., Art. 3 N. 50).

E. 3.2.2

Die Beschwerdeführerin beurteilt die Aufmerksamkeit der massgebenden Abnehmer vorliegend so, dass Desinfektionsmittel heutzutage selbst an Kiosken oder in Selbstbedienungsautomaten erwerbbar seien, weshalb es sich dabei um Massenartikel des täglichen Gebrauchs handle, die mit geringer Aufmerksamkeit erworben würden (Beschwerde, Rz. 18 mit Hinweis auf Beschwerdebeilage 4). Gleiches gelte auch für die beanspruchten Nahrungsergänzungsmittel. Diese seien rezeptfrei bei sämtlichen gängigen Schweizer Lebensmittelhandhändlern erhältlich, und würden als Massenartikel des täglichen Gebrauchs regelmässig und mit geringer Aufmerksamkeit gekauft (Beschwerde, Rz. 18 mit Hinweis auf Beschwerdebeilagen 5 bis 7). Schliesslich seien auch "Reiseapotheken" (respektive gefüllte "Arzneimittel-Sets") im allgemeinen Handel erwerbbar (Beschwerde, Rz. 18 mit Hinweis auf Beschwerdebeilage 8). Dieser sich in wohl jedem Schweizer Haushalt und an Bord der allermeisten Kraftfahrzeuge auffindbare sowie oftmals zu Wanderungen mitgenommene Artikel, werde mit geringer Aufmerksamkeit erworben. Angesichts der Allgegenwärtigkeit dieser Produkte könne nicht mehr davon ausgegangen werden, dass diese - selbst im Falle einer angeblichen Erfüllung von medizinischen Anforderungen - von den Abnehmern mit einer erhöhten Aufmerksamkeit gekauft würden (Beschwerde, Rz. 18). Viel eher handle es sich bei diesen Waren um Artikel des täglichen Gebrauchs, bei welchen mit einer geringen oder zumindest eher geringen Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumentinnen und Konsumenten zu rechnen sei, als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibe (Beschwerde, Rz. 18).

E. 3.2.3

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass obwohl es sich bei den beanspruchten Waren teilweise auch um Verbrauchsmaterial handle, welches mit einer normalen Aufmerksamkeit erworben werde, vorliegend die Abnehmer diese Waren mit Sorgfalt auswählen würden, da die Waren medizinische Anforderungen erfüllen müssten. Entgegen der Beschwerdeführerin geht die Vorinstanz von einer erhöhten Aufmerksamkeit der Abnehmer aus (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/D, Ziff. 5).

E. 3.2.4

Es ist der Beschwerdeführerin insoweit zuzustimmen, dass gewisse Vitaminpräparate, Nahrungsergänzungsmittel und medizinische Tees mittlerweile für die Abnehmer rezeptfrei in Supermärkten erwerbbar sind. Insofern können sie vom Abnehmer tatsächlich ohne Aufwand im Laufe des täglichen Einkaufs erworben werden. Indes ist im Einklang mit der Vorinstanz festzustellen, dass aus der freien Zugänglichkeit einer Ware nicht per se auf eine geringe Aufmerksamkeit bei deren Erwerb geschlossen werden kann. Wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, haben die beanspruchten Waren einen medizinischen und/oder hygienischen Zweck zu erfüllen. Insofern ist davon auszugehen, dass die Abnehmer die beanspruchten hygienischen, medizinischen und pharmazeutischen Waren - unabhängig von einer allfälligen Rezeptpflicht - sorgfältig und mit einer erhöhten Aufmerksamkeit erwerben (vgl. Urteile des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 4 mit Hinweisen "VIFOR/VITOP", B-1605/2019 vom 31. Oktober 2019 E. 5 mit Hinweisen "CREMOLAN/XEROLAN", B-3650/2009 vom 12. April 2010 E. 4 "5 am Tag/ 5 par jour/ 5 al giorno/ 5 a day").

E. 4.1

Die Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c MSchG setzt voraus, dass die Marken für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind (1. Satz, 2. Teil). Entsprechend ist nun zu prüfen, inwiefern die von der angefochtenen Marke in Klasse 5 beanspruchten "Arzneimittel für humanmedizinische Zwecke; Präparate zum Sterilisieren; Alkohol für medizinische Zwecke; Antiseptika; Jodtinkturen; Desinfektionsmittel; Kräuterextrakte für medizinische Zwecke; Diätgetränke für medizinische Zwecke; Augenklappen für medizinische Zwecke; Reiseapotheken (Arzneimittel-Sets)" aus Sicht der Verkehrskreise identisch oder zumindest gleichartig zu den von der Widerspruchsmarke in Klasse 5 beanspruchten Waren (vgl. Sachverhaltsziffer A.a hiavor) sind.

E. 4.2

Im Einklang mit der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist festzustellen, dass beide Vergleichszeichen jeweils Markenschutz für "Arzneimittel für humanmedizinische Zwecke; Desinfektionsmittel; Reiseapotheken (Arzneimittel-Sets)" und damit diesbezüglich die identischen Waren beanspruchen (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/B, Ziff. 4; Beschwerde, Rz. 20). Ebenso besteht zwischen den von der angefochtenen Marke beanspruchten "Präparate zum Sterilisieren; Alkohol für medizinische Zwecke; Antiseptika; Jodtinkturen" unbestrittenermassen Warenidentität zu den von der Widerspruchsmarke beanspruchten "Desinfektionsmittel", da es sich hierbei allesamt um (Wund-)Desinfektionsmittel handelt (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/B, Ziff. 4; Beschwerde, Rz. 20). Schliesslich ist auch der Subsumtion der angefochtenen "Kräuterextrakte für medizinische Zwecke" unter die von der Widerspruchsmarke beanspruchten Waren "Biologische Erzeugnisse für medizinische Zwecke", und der daraus gefolgerten Warenidentität zuzustimmen (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/B, Ziff. 4; Beschwerde, Rz. 21).

E. 4.3

Im Einklang mit der Beschwerdeführerin subsumiert die Vorinstanz die von der angefochtenen Marke beanspruchten "Diätgetränke für medizinische Zwecke" unter die von der Widerspruchsmarke beanspruchten "Nahrungsergänzungsmittel", da es sich - so beide -

definitionsbedingt um Nahrungsergänzungsmittel handeln würde (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/B, Ziff. 4; Beschwerde, Rz. 21). Dieser Beurteilung kann sich das Gericht insoweit nicht anschliessen, als es sich bei Nahrungsergänzungsmitteln - wie ihr Name es vorgibt - um Lebensmittel handelt, die dazu bestimmt sind, die normale Ernährung zu ergänzen (Art. 1 Verordnung des EDI über Nahrungsergänzungsmittel vom 16. Dezember 2016 [VNem; SR 817.022.14]; Urteil des BGer 4A:444/2013 vom 5. Februar 2014 E. 5.3 "G5"; vgl. auch Angaben zu "Nahrungsergänzungsmittel" unter: <https://www.blv.admin.ch> > Lebensmittel und Ernährung > Lebensmittelsicherheit > Lebensmittel im Fokus > Nahrungsergänzungsmittel). Sie bestehen aus Einfach- oder Mehrfachkonzentraten von Vitaminen, Mineralstoffen oder sonstigen Stoffen mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung und werden in dosierter Form in Verkehr gebracht, zum Beispiel als Tabletten, Kapseln, Pulverbeutel, Flüssigampullen oder Flaschen mit Tropfeinsätzen (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VNem). Sie sind weder für die Vorbeugung, noch für die Behandlung einer menschlichen Krankheit bestimmt und dürfen auch nicht dafür angepriesen werden (vgl. Angaben zu "Nahrungsergänzungsmittel" unter: <https://www.blv.admin.ch> > Lebensmittel und Ernährung > Lebensmittelsicherheit > Lebensmittel im Fokus > Nahrungsergänzungsmittel). Demgegenüber dienen "Diätgetränke für medizinische Zwecke" in erster Linie einem medizinischen Zweck, nämlich zum Beispiel als Nahrungersatz für von Krankheiten betroffenen Personen (vgl. hierzu bspw. Art. 24 der Verordnung des EDI über Lebensmittel für Personen mit besonderem Ernährungsbedarf vom 16. Dezember 2016 [VLBE; SR 817.022.104]). Weiter kommen Diätgetränke auch im Rahmen einer medizinischen Diät zum Einsatz, doch handelt es sich dabei nicht um eine Nahrungsergänzung, sondern um einen Mahlzeitenersatz. Insofern kommt das Gericht zum Schluss, dass es sich bei den von der angefochtenen Marke beanspruchten "Diätgetränke für medizinische Zwecke" vielmehr um von der Widerspruchsmarke beanspruchten "Diätetische Erzeugnisse für humanmedizinische Zwecke" handelt, und dahingehend von Warenidentität zu sprechen ist. Darüber hinaus sind "Diätgetränke für medizinische Zwecke" auch unter die ebenfalls von der Widerspruchsmarke beanspruchte "Heilnahrung für medizinische Zwecke" bzw. "medizinische Getränke" zu subsumieren.

E. 4.4

Schliesslich kommen die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz zum Schluss, dass die von der angefochtenen Marke beanspruchten "Augenklappen für medizinische Zwecke" hochgradig gleichartig zum bzw. zu den von der Widerspruchsmarke benannten "Pflaster- und Verbandmaterial; Klebebänder für medizinische Zwecke" sind (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/B, Ziff. 4; Beschwerde, Rz. 21). Wenngleich festzustellen ist, dass medizinische Augenklappen zum einen der Wundversorgung und zum anderen dem Schutz der Augen dienen, und somit "Pflaster- und Verbandmaterial" für Augen darstellen, kann angesichts des Verfahrensausganges offengelassen werden, inwiefern nicht eher von Warenidentität als von Gleichartigkeit zu sprechen ist. Der von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Beurteilung, zwischen diesen Waren liege eine hochgradige Gleichartigkeit vor, kann in diesem Sinne gefolgt werden.

E. 5

Angesichts der festgestellten Warenidentität bzw. hochgradigen Gleichartigkeit gilt es nun zu prüfen, ob zwischen den beiden Marken "acara" und "AICARE (fig.)" eine Zeichenähnlichkeit unter den Aspekten Schriftbild, Klang und Sinngehalt besteht.

E. 5.1

Obschon die angefochtene Marke "AICARE (fig.)" als Wort-/Bildmarke eingetragen ist, enthält sie keine grafischen Elemente, sondern stellt lediglich das in einer unauffälligen Computerschrift dargestellte Wort "AICARE" dar. Insofern ist die grafische Gestaltung, genauso wie die Tatsache, dass die angefochtene Marke in Majuskeln und die Widerspruchsmarke in Kleinbuchstaben gehalten, für die Prüfung der Verwechslungsgefahr unwesentlich (Urteile des BVGer B-3239/2021 vom 16. März 2022 E. 2.3.3 "STOPLANNER/STOA", B-4849/2020 vom 13. Januar 2022 E. 3.4 "PIC SOLUTION/SYRIPIC", B-970/2019 vom 11. Februar 2020 E. 6.1 "clever fit [fig.]/CLEVERFIT [fig.]"; angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 2 und 4; Beschwerde, Rz. 26). Demnach ist vorliegend festzustellen, dass sich im Grunde zwei Wortmarken gegenüberstehen. Die Widerspruchsmarke "acara" besteht aus fünf und die angefochtene Marke "AICARE" aus sechs Buchstaben, wovon 4 übereinstimmen (A-C-A-R). Im Einklang mit den Verfahrensbeteiligten ist festzustellen, dass die Silbenzahl (jeweils drei [A-CA-RA vs. AI-CA-RE]) sowie die Konsonantenfolge (C-R) identisch sind (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 6; Beschwerde, Rz. 28 f.). Indes sind in der Vokalfolge, bedingt durch die in der Widerspruchsmarke nicht enthaltenen Buchstaben I und E, Unterschiede auszumachen ("A-A-A" vs. "A-I-A-E"). Trotz dieser zwei unterschiedlichen Buchstaben in der angefochtenen Marke, liegt im Zeichenvergleich unbestritten eine schriftbildliche Ähnlichkeit vor (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 6 und 10; Beschwerde, Rz. 28).

E. 5.2

Die Vorinstanz schliesst in Bezug auf die Widerspruchsmarke, dass es sich beim Begriff "acara" zwar um den Namen einer amerikanischen Fischart handelt, doch geht sie mit der Beschwerdeführerin einig, dass diese Bedeutung dem massgebenden Abnehmer kaum bekannt ist, weshalb die Abnehmer von einem Fantasiezeichen ausgehen werden (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 9; Beschwerde, Rz. 27). Aber auch die übereinstimmende Beurteilung der Parteien, wonach die angefochtene Marke "AICARE" ebenso als Fantasiezeichen wahrgenommen wird (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 9; Beschwerde, Rz. 27), ist nicht zu beanstanden. Es kann zwar sein, dass die Bestandteile getrennt und im Bestandteil "CARE" mittels einer englischen Aussprache das Verb "(to) care" entdeckt wird und damit auch nach einem Sinngehalt für den zweiten Bestandteil "AI" gesucht wird. Indessen bedarf es selbst für den Fall, dass diesem zweiten Bestandteil mittels einer englischen Interpretation die Bedeutung "artificial intelligence" zugesprochen werden sollte, mehrerer Gedankenschritte, um den Sinngehalt von "AI [Artificial Intelligence] CARE" zu entdecken (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 9; Beschwerde, Rz. 27). Im Übrigen würde selbst die Annahme, dass der Bestandteil "AI" phonetisch als "I [ay]" gelesen werden könnte, womit wiederum sinngehaltlich "I care" interpretiert werden könnte, sich nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin auswirken und damit aufgrund der nachfolgenden Erwägungen am Verfahrensausgang nichts ändern.

E. 5.3.1

Zur klanglichen Ähnlichkeit hält die Vorinstanz fest, dass die Widerspruchsmarke aufgrund ihrer Endung auf a römisch und somit "a-ca-ra" ausgesprochen werde und demgegenüber die angefochtene Marke englisch ausgesprochen werde, da sich die Adressaten bemühen würden, eine Marke zu entschlüsseln und auf diese Weise die beiden Bestandteile "AI" bzw.

"CARE" erkennen und die angefochtene Marke somit als "ay-cèr" gelesen werde (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 7). Auf Französisch werde die angefochtene Marke gar "è-car" ausgesprochen (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 7). Jedenfalls werde die Widerspruchsmarke als "a-ca-ra" und die angefochtene Marke entweder als "ay cèr" (englisch) oder "è car" (französisch), nicht aber als "ai-ca-re" ausgesprochen (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 7). Damit würden sich die Vergleichszeichen phonetisch deutlich voneinander unterscheiden (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 7).

E. 5.3.2

Dem widerspricht die Beschwerdeführerin und führt aus, dass es sich bei den Vergleichszeichen in sämtlichen Landessprachen um unbekannte Fantasiezeichen handle, sodass sie in den Landessprachen (insbesondere auf Deutsch und Italienisch) als "A-CA-RA" bzw. "AI-CA-RE" ausgesprochen würden (Beschwerde, Rz. 29). Damit ergebe sich eine identische Silbenzahl und dieselbe Aussprachekadenz (Beschwerde, Rz. 29). Selbst wenn ein französischsprachiger Abnehmer das angefochtene Zeichen "ècar" ausspreche, seien die phonetischen Unterschiede in allen Landessprachen derart marginal, dass auf eine starke klangliche Ähnlichkeit zu schliessen sei (Beschwerde, Rz. 29).

E. 5.3.3

Im Einklang mit der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Lesart der angefochtenen Marke im Rahmen des phonetischen Vergleichs im Widerspruch zu ihrer eigenen Zeichenlesart im Rahmen des schriftbildlichen und sinngemässigen Vergleichs steht (Beschwerde, Rz. 29). Während die Vorinstanz mit Recht im schriftbildlichen Zeichenvergleich davon ausging, die angefochtene Marke werde als dreisilbig, nämlich "AI-CA-RE" gelesen und verstanden, nimmt sie im phonetischen Zeichenvergleich plötzlich an, dass Zeichen werde klar englisch gelesen, nämlich als (zweisilbiger Begriff) "ay-cèr" (phonetisch [a .ke]), wobei französischsprachige Abnehmer das Zeichen möglicherweise als "è-car" lesen würden (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 7). Damit ist insoweit anzunehmen, dass die Abnehmer beide Zeichen im Rhythmus ihrer Silben lesen (Beschwerde, Rz. 29). Folglich liegen zwar Unterschiede in der ersten und letzten Silbe vor, doch in Anbetracht dessen, dass beide Zeichen dieselbe Kadenz aufweisen und der Unterschied in der ersten Silbe und letzten Silbe nur in einem Vokal besteht, sind diese Unterschiede - wie die Beschwerdeführerin mit Recht ausführt - marginal (Beschwerde, Rz. 29 mit Hinweis auf Urteil des BVGer B-6732/2014 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1 "CALIDA/CALYANA"). Im Übrigen würde selbst eine englische Interpretation und Lesart der angefochtenen Marke im Sinne von "[a .ke]" (also "AI care" bzw. "I care") nicht dazu führen, dass eine Zeichenähnlichkeit zu verneinen wäre.

E. 5.4

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergleichszeichen sowohl im Schriftbild als auch im Klang ähnlich sind. Inwieweit - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht (Beschwerde, Rz. 30) - von einer hochgradigen Ähnlichkeit zu sprechen ist, kann dabei offengelassen werden. Unbestritten führen die Unterschiede in Klang und Schrift nicht dazu, dass eine Zeichenähnlichkeit zu verneinen wäre. Wenngleich beiden Zeichen grundsätzlich ein Sinngehalt zugesprochen werden könnte, ist im Einklang mit allen Verfahrensbeteiligten festzuhalten, dass beide Marken als Fantasiezeichen wahrgenommen werden und sich die Sinngehalte daher nicht derart unterscheiden, dass dies zu einer

Relativierung der Zeichenähnlichkeit führen würde (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, III/C, Ziff. 9; Beschwerde, Rz. 29 f.).

E. 6

Abschliessend ist die Verwechslungsgefahr in einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des Aufmerksamkeitsgrades der massgeblichen Verkehrskreise und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu beurteilen.

E. 6.1.1

Die Vorinstanz verneint eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken mit der Begründung, dass wenngleich infolge Warenidentität bzw. ausgeprägter Warengleichartigkeit ein besonders strenger Massstab anzulegen sei (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, Teil III/C, Ziff. 6), die beanspruchten Waren mit einer erhöhten Aufmerksamkeit in Anspruch genommen werden (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, Teil III/C, Ziff. 4 f.), weshalb die deutlichen phonetischen und schriftbildlichen Unterschiede beider Vergleichszeichen ins Gewicht fallen würden (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, Teil III/C, Ziff. 7) und eine Verwechslungsgefahr somit auch bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszuschliessen sei (angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, Teil III/C, Ziff. 8).

E. 6.1.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet dies und führt aus, dass in Anbetracht dessen, dass zwischen beiden Marken eine hochgradige phonetische und visuelle Zeichenähnlichkeit gegeben sei, beide Marken für identische und hochgradig ähnliche Waren Schutz beanspruchen und diese Produkte insbesondere von Endabnehmern mit geringer Aufmerksamkeit in Anspruch genommen würden, eine Verwechslungsgefahr klar gegeben sei (Beschwerde, Rz. 33 und 35).

E. 6.2

Der Widerspruchsmarke sprechen die Parteien übereinstimmend eine normale Kennzeichnungskraft zu (vgl. angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2022, Teil III/C, Ziff. 8; Beschwerde, Rz. 32). In Anbetracht des Umstandes, dass der Widerspruchsmarke im Zusammenhang mit den von ihr beanspruchten Waren kein beschreibender Sinngehalt zukommt, ist dieser Beurteilung nicht zu widersprechen.

E. 6.3

Im Sinne einer gesamthaften Würdigung ist festzustellen, dass sich infolge zumindest hochgradiger Gleichartigkeit der beanspruchten Waren in der Klasse 5 (vgl. E. 4 hiavor) und Zeichenähnlichkeit (vgl. E. 5.4 hiavor) die Anforderungen an den Zeichenabstand im Zeichenvergleich erhöhen: Es ist ein strenger Massstab anzulegen und die angefochtene Marke muss sich umso stärker vom Widerspruchszeichen abheben (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan"). Weiter ist zu beachten, dass der Widerspruchsmarke ein normaler Schutzzumfang zuzusprechen ist (vgl. E. 6.2 hiavor). Es reichen demnach nicht bereits kleine Abweichungen aus, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen (vgl. E. 2.5 hiavor). Indes reichen die festgestellten klanglichen und schriftbildlichen Unterschiede im prägenden Zeichenanfang und -ende (Urteile des BVGer B-1605/2019 vom 31. Oktober 2019 E. 6.2 "CREMOLAN/Xerolan", B-5119/2014 vom 17. März 2016 E. 7.4 "VISUDYNE/VIVADINE") angesichts dessen, dass die massgeblichen Abnehmer bei der

Betrachtung der Marken im Zusammenhang mit den beanspruchten pharmazeutischen und sanitärhygienischen Artikeln einer erhöhten Aufmerksamkeit walten lassen (vgl. E. 3.2.4 hiervor) aus, um selbst eine mittelbare Verwechslungsgefahr auszuschliessen (Urteil des BVGer B-1605/2019 vom 31. Oktober 2019 E. 6.2 "CREMOLAN/Xerolan"). Dies gilt umso mehr unter der Voraussetzung, dass die angefochtene Marke "AICARE" Englisch gelesen und ausgesprochen wird (vgl. E. 5.3.3 in fine hiervor).

E. 7

Im Ergebnis ist die Beschwerde aus den dargelegten Gründen unbegründet und daher abzuweisen.

E. 8.1

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

E. 8.2

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen 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 Streitigkeiten mit Vermögensinteressen bemisst sich die Gebühr nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Der Streitwert eines Widerspruchsbeschwerdeverfahrens richtet sich nach dem Interesse an der Löschung beziehungsweise am Bestand der angefochtenen Marke, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen von einem Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- ausgegangen werden darf (BGE 133 III 492 E. 3.3 m.w.H. "Turbinenfuss"). Von diesem Erfahrungswert ist grundsätzlich auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Demnach sind die Verfahrenskosten auf Fr. 4'500.- festzusetzen. Sie sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem von ihr in dieser Höhe einbezahlten Kostenvorschuss zu entnehmen.

E. 8.3

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Antrag eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zulasten der unterliegenden Partei zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 VKGE). Der Beschwerdegegnerin sind mangels Beteiligung am vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Kosten entstanden. Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Es werden daher keine Parteientschädigungen gesprochen.

E. 9

Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es erwächst demnach bei Zustellung in Rechtskraft.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.