

BVGer B-4103/2021 vom 17. März 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4103_2021

FR: TAF B-4103/2021 du 17 mars 2023

IT: TAF B-4103/2021 del 17 marzo 2023

Regeste

Widerspruchssachen

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz im Widerspruchsverfahren zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Verfügungsadressatin besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Damit ist sie zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist sowie unter Einhaltung der erforderlichen Formvorschriften eingereicht und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2.1

Vom Markenschutz sind Zeichen ausgeschlossen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, sodass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. c des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). An die Unterschiedlichkeit der beanspruchten Waren und Dienstleistungen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher sich die Zeichen sind (BGE 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller® Switzerland [fig.]/Appenzeller Natural [fig.>"; 128 III 96 E. 2c "Orfina [fig.]/Orfina"). Dabei sind die Aufmerksamkeit der massgebenden Verkehrskreise und die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu berücksichtigen (BGE 122 III 382 E. 2a und 3a "Kamillosan/Kamillan, Kamillon"; 121 III 377 E. 2a "Boss/Boks").

E. 2.2

Die Gleichartigkeit von Waren und Dienstleistungen beurteilt sich anhand eines Vergleichs zwischen den Registereinträgen der Widerspruchsmarke und der angefochtenen Marke, soweit keine frist- und formgerecht erhobene Einrede des Nichtgebrauchs entgegensteht (Urteile des BVGer B-4669/2019 vom 25. November 2021 E. 3.2 "Carglass [fig.]/CARGEST"; B-2165/2018 vom 26. Juni 2019 E. 4.1 "Hero [fig.]/Heera [fig.]", mit Hinweisen). Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für identische Warengattungen bestimmt sind (BGE 126 III 315 E. 6b/bb "RIVELLA/apiella"; 122 III 382 E. 3a "Kamillosan/Kamillan, Kamillon").

E. 2.3

Die Zeichenähnlichkeit beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der Adressaten hinterlassen (BGE 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller® Switzerland [fig.]/Appenzeller Natural [fig.]"). Dem Zeichenanfang kommt in der Regel eine grössere Bedeutung zu, da er besser im Gedächtnis haften bleibt (BGE 127 III 160 E. 2a und 2b/cc "Securitas"). Entscheidend für den Gesamteindruck sind die prägenden Wort- oder Bildelemente, während kennzeichnungsschwache Wort- und Bildelemente diesen weniger beeinflussen (Urteile des BVGer B-2200/2021 vom 26. April 2022 E. 2.4 "HERVYYTA/Enhervyda [fig.>"; B-5972/2017 vom 7. Juni 2019 E. 2.2 "Medical Park [fig.]/Medical Reha Park [fig.>"; je mit Hinweisen). Für die Ähnlichkeit von Wortmarken sind der Wortklang, das Schriftbild und gegebenenfalls der Sinngehalt massgebend (BGE 127 III 160 E. 2b/cc "Securitas"; Urteil des BGer 4A_28/2021 vom 18. Mai 2021 E. 6.6.2.1 "Tellco [fig.]/Tell"). Der Wortklang wird im Wesentlichen durch die Silbenzahl, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale bestimmt, während das Schriftbild durch die Wortlänge und durch die Eigenheiten der verwendeten Buchstaben gekennzeichnet wird (BGE 122 III 382 E. 5a "Kamillosan/Kamillan, Kamillon"; 119 II 473 E. 2c "Radion/Radomat"; je mit Hinweisen).

E. 2.4

Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn aufgrund der Ähnlichkeit der Marke Fehlzurechnungen zu befürchten sind, welche das besser berechnigte Zeichen in seiner Individualisierungsfunktion beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung ist gegeben, wenn eines der zu vergleichenden Zeichen für das andere gehalten wird ("unmittelbare Verwechslungsgefahr"), aber auch dann, wenn die massgeblichen Verkehrskreise die Zeichen zwar auseinanderhalten, dahinter aber unrichtige wirtschaftliche Zusammenhänge vermuten und namentlich annehmen, dass beide gekennzeichneten Angebote aus demselben Unternehmen stammen (vgl. BGE 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller® Switzerland [fig.]/Appenzeller Natural [fig.>"; 128 III 96 E. 2a "Orfina [fig.]/Orfina"; 127 III 160 E. 2a "Securitas"; Urteil des BVGer B-3464/2020 vom 8. Juli 2022 E. 2.1 und 2.8 "ÄGERIBIER/Ägeribier [fig.]", mit Hinweisen; Matthias Städeli/Simone Brauchbar Birkhäuser, in: David/Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 3 N 26 f.). Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, hängt auch vom Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ab. Der geschützte Ähnlichkeitsbereich für schwache Marken ist dabei kleiner als jener für starke Marken (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan/Kamillan, Kamillon", mit Hinweisen).

E. 3.1

Zunächst sind die massgeblichen Verkehrskreise sowie deren Aufmerksamkeitsgrad zu bestimmen. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verkehrskreise ist das Warenverzeichnis der älteren Marke (Gallus Joller, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 3 N 51).

E. 3.2

Zu den "pharmazeutischen Präparaten" der Klasse 5 zählen sowohl rezeptpflichtige als auch frei erhältliche Pharmazeutika. Nach ständiger Rechtsprechung setzen sich die massgeblichen Verkehrskreise dieser Waren aus Fachpersonen der Medizin und Pharmazie sowie aus Endabnehmerinnen und Endabnehmern zusammen, die in der Nachfragesituation einen höheren Grad an Aufmerksamkeit aufwenden, als dies bei Gütern des täglichen

Bedarfs der Fall ist (Urteile des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 4 "VIFOR/VITOP"; B-5119/2014 vom 17. März 2016 E. 4.2 "VISUDYNE/VIVADINE"; B-6375/2011 vom 12. August 2013 E. 4.7 "Fucidin/Fusiderm"; je mit Hinweisen).

E. 4

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). Die Vorinstanz hat angenommen, die eingetragenen Waren der angefochtenen Marke (Pharmazeutische Präparate für den Humangebrauch) und der Widerspruchsmarke (Pharmazeutische Präparate) seien identisch. In einem vergleichbaren Fall, in welchem ebenfalls eine Konstellation mit einem Oberbegriff (ohne spezifischen Indikationsbereich) vorlag, hat das Bundesverwaltungsgericht für pharmazeutische Erzeugnisse für den Menschen seitens der Widerspruchsmarke und pharmazeutische Präparate und Substanzen seitens der angefochtenen Marke auf Warengleichheit beziehungsweise auf eine mindestens hochgradige Gleichartigkeit geschlossen (Urteil des BVGer B-2200/2021 vom 26. April 2022 E. 4 "HERVYYTA/Enhervyda [fig.]). Die vorinstanzliche Annahme, wonach vorliegend von einer Warengleichheit auszugehen ist, wurde von keiner der Parteien bestritten. Es liegen folglich keine Gründe vor, von dieser Beurteilung abzuweichen.

E. 5.1

Zur schriftbildlichen Ähnlichkeit erwog die Vorinstanz, die sich gegenüberstehenden Marken "VYQUELVO" und "FYDENVO" verfügten zwar über eine ähnliche Anzahl von Buchstaben. Der besonders prägende Wortanfang, das Alleinstellungsmerkmal "Q" der Widerspruchsmarke sowie weitere abweichende Buchstaben führten aber zu nicht unerheblichen Unterschieden im Schriftbild (Verfügung, Ziff. III.C.3). Die Beschwerdeführerin nimmt demgegenüber an, die ähnliche Wortlänge und die identischen Buchstaben Y-E-V-O erzeugten eine hochgradige Ähnlichkeit im Schriftbild (Beschwerdeschrift, Rz. 14). Die Beschwerdegegnerin tritt diesem Vorbringen entgegen und weist auf die Zeichenunterschiede im Erstbuchstaben und in der Mittelsilbe hin (Beschwerdeantwort, Rz. 10 und 23).

E. 5.1.1

Unter dem Aspekt Schriftbild lassen sich die identischen und die unterschiedlichen Buchstaben wie folgt darstellen: VYQUELVOVYQUELVO FYDENVOFYDENVO Die Widerspruchsmarke enthält acht und die angefochtene Marke sieben Buchstaben. Hinsichtlich Art und Stellung der verwendeten Buchstaben unterscheiden sich die Zeichen zunächst im Wortanfang ("V" und "F"), den die Verkehrskreise üblicherweise gut erinnern und dem sie ein grösseres Gewicht beimessen (BGE 127 III 160 E. 2b/cc "Securitas"; Joller, a.a.O. Art. 3 MSchG N 147). Obschon die Buchstaben "D" und "Q" beide einen geschlossen Buchstabeninnenraum aufweisen, bieten die unterschiedliche Bogenform und der Schweif des Buchstabens "Q" aber hinreichende Anhaltspunkte, um eine bildliche Ähnlichkeit auszuschliessen. In der Mittelsilbe tragen das im Deutschen selten verwendete "Q" beziehungsweise das Buchstabenpaar "QU" sowie die ungleichartigen Schriftzeichen "N" versus "L" zur optischen Unterscheidbarkeit der beiden Wortmarken bei (<<https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Die-haufigsten-Buchstaben-deutschen-Wortern>>, abgerufen am 2.2.2023). Damit rufen insgesamt vier von acht Buchstaben der Widerspruchsmarke ausgeprägte Unterschiede im Schriftbild hervor. Demgegenüber sind die Zweitbuchstaben "Y", der gemeinsame Vokal "E" in der Mittelsilbe und die

gleichlautende Endsilbe (-VO) identisch. Diese Übereinstimmungen entfalten aufgrund ihrer Position aber keine prägende Wirkung im Gesamteindruck. Es ist folglich davon auszugehen, dass diese vier übereinstimmenden Buchstaben im Erinnerungsbild der Abnehmerinnen und Abnehmer eine entfernte bildliche Ähnlichkeit hervorrufen können.

E. 5.2

Zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin auf der einen und die Beschwerdeführerin auf der anderen Seite besteht Uneinigkeit über die Aussprache des Erstbuchstabens "V" der Widerspruchsmarke (Verfügung, Ziff. III.C.4, Vernehmlassungsbeilage 5.7; Beschwerdeantwort, Rz. 14 f.; Beschwerdeschrift, Rz. 15 f.; Beschwerdebeilage 2). Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin treffen weiter die Annahme, die Vokalfolge laute Y-U-E-O für das Widerspruchszeichen und Y-E-O für das angefochtene Zeichen (Verfügung, Ziff. III.C.4; Beschwerdeantwort, Rz. 13). Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Auffassung, die Vokale der beiden Marken seien identisch (Y-E-O und Y-E-O), weil das Buchstabenpaar "QU" ein Digraph sei, dem keine eigenständige Bedeutung als Vokal zukomme (Beschwerdeschrift, Rz. 17 f.).

E. 5.2.1

Der Erstbuchstabe "V" kann in der deutschen Sprache als "F" oder "W" ausgesprochen werden. Das "V" wird in der Regel als "F" gesprochen, wenn es am Anfang der Silbe oder des Wortes steht und anschliessend ein Vokal oder die Buchstaben "L" oder "R" folgen. Demgegenüber wird der Laut "W" [v] (wie Visum) unter anderem dann verwendet, wenn er in einem eingedeutschten Fremdwort steht. Allerdings kann man sich im Sprachalltag nicht in allen Fällen nach diesen Kriterien richten (Gesellschaft für deutsche Sprache e.V., Der Sprachdienst 3/2013, abrufbar unter: <<https://gfd.sds.de/wann-spricht-man-den-buchstaben-v-als-w-aus-wann-als-f/>>, abgerufen am 1.2.2023; Beschwerdebeilage 2).

Der Erstbuchstabe "V" ist zwar an einem Silbenanfang positioniert. Weil die deutschsprachigen Verkehrskreise in "VYQUELVO" aber kein Wort der deutschen Sprache erkennen, werden sie den Erstbuchstaben - wie im Französischen oder Italienischen - als "W" [v] und nicht als "F" [f] aussprechen. Die Beschwerdeführerin wendet sich damit ohne Erfolg gegen die vorinstanzliche Beurteilung, wonach die Erstbuchstaben "V" und "F" phonetisch verschieden seien. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die unterschiedlich ausgesprochenen Erstbuchstaben wegen ihrer Position massgeblich zur klanglichen Unterscheidbarkeit beitragen.

E. 5.2.2

Die voneinander abweichenden Auffassungen der Verfahrensbeteiligten zur Vokalfolge gründen darin, dass die Beschwerdeführerin das Konsonantengraphem "QU" ausschliesslich aus der Perspektive der deutschsprachigen Verkehrskreise heraus beurteilt (zum Konsonantengraphem "QU": Albert Busch/Oliver Stenschke, Germanistische Linguistik. Eine Einführung, 2018, S. 65 ff.). Bei der Beurteilung von Marken sind aber alle Landessprachen miteinzubeziehen (Urteil des BVGer B-5061/2019 vom 10. Mai 2022 E. 5.3.2 "POPPIT'S/POPCHIPS"; Eugen Marbach, in: von Büren/David [Hrsg.], SIWR, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl. 2009 [zit: Marbach, SIWR III/1], Rz. 876). Im Deutschen wird der Digraph "QU" - wie im Wort "Quelle" - als /kv/ ausgesprochen, in französischer Sprache wie bei "quel" als /k / und im Italienischen wie bei "questione" als /ku/. Gestützt auf diesen Sprachenvergleich ist der Buchstabe "U" durchaus ein Vokalträger und im Vokalvergleich entsprechend zu berücksichtigen. Die Verfahrensbeteiligten haben sodann

für den zweiten Buchstaben "Y" zutreffend angenommen, dieser werde bei "VYQUELVO" und "FYDENVO" entweder als Umlaut /ü/ oder als /i/ ausgesprochen. Weil der Buchstabe "Y" in beiden Fällen vokalisch realisiert wird, lautet die Vokalfolge I/Ü-U-E-O für das Widerspruchszeichen und I/Û-E-O für das angefochtene Zeichen (zur Notation der Vokale: vgl. BGE 127 III 160 E. 2c "Securitas"). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf eine unterschiedliche Vokalfolge abgestellt, erweist sich somit als unbegründet.

E. 5.2.3

Daran anknüpfend lassen sich auch Unterschiede in der Konsonantenfolge erkennen: Die drei ersten von vier Konsonanten sind verschieden (V-Q-L-V und F-D-N-V). Auch wenn bei der Beurteilung des Merkmals Klang vorrangig der Vokalvergleich Prüfgegenstand bildet, prägen die Konsonanten V-Q-L-V und F-D-N-V den Gesamteindruck durchaus mit (vgl. Marbach, SIWR, Bd. III/1, Rz. 880). Beide Wortmarken setzen sich schliesslich aus drei Silben zusammen, was einen ähnlichen Sprachrhythmus erzeugt.

E. 5.2.4

Für das Widerspruchszeichen ist demnach anzunehmen, dass die Verkehrskreise je nach Sprache "VYQUELVO" entweder als /vy'kvelvo/ oder /vi'kvelvo/ beziehungsweise als /vi'k lvo/ und /vi'kuelvo/ aussprechen. Die Aussprache des angefochtenen Zeichens "FYDENVO" ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig. Sie gehen zutreffend davon aus, das angefochtene Zeichen laute /fy'denvo/ oder /fi'denvo/. Unter Einbezug aller geprüften Aspekte ist im Gesamteindruck von einer entfernten klanglichen Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen auszugehen.

E. 5.3

Zum Sinngehalt hat die Vorinstanz erwogen, die massgeblichen Verkehrskreise fassten die beiden Wortmarken "VYQUELVO" und "FYDENVO" als Fantasiezeichen auf. Der Sinngehalt lasse daher für die Bestimmung des Ähnlichkeitsgrades keine Differenzierung zu (Verfügung, Ziff. III.C.5). Diese Beurteilung wird von den Verfahrensparteien nicht beanstandet. Es gibt auch keinen Anlass zur Annahme, dass die französisch- oder italienischsprachigen Verkehrskreise die Mittelsilbe der Widerspruchsmarke ("-quel") als eigenständigen bedeutungstragenden Wortteil auffassen werden. Mangels unterschiedlicher Sinngehalte können die bildlichen und klanglichen Übereinstimmungen auch nicht kompensiert werden (vgl. BGE 121 III 377 E. 2b "Boss"/"Boks"; Urteil des BVGer B-2091/2018 vom 25. Februar 2020 E. 8.4 f. "SMAC/LISSMAC").

E. 5.4

Unter Einbezug aller genannten Aspekte treten die bildlichen und klanglichen Unterschiede zwischen den Kennzeichen im jeweiligen Gesamteindruck in den Vordergrund, ohne dass deswegen die übereinstimmenden Zeichenelemente vollständig vernachlässigbar wären. Unter diesen Umständen ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von einer entfernten Zeichenähnlichkeit in den Wahrnehmungsbereichen Schriftbild und Klang auszugehen.

E. 6.1

Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist unbestritten, dass die Wortneuschöpfung "VYQUELVO" keine beschreibenden oder anpreisenden Hinweise auf pharmazeutische Präparate enthält (Verfügung, III.D.3; Beschwerdeschrift, Rz. 22; Beschwerdeantwort, Rz.

24 ff.). Die Beschwerdegegnerin weist aber nach, dass das nicht beschreibende Suffix "-VO" im Pharmabereich bei einer Vielzahl von schweizerischen und internationalen Markenregistrierungen auftritt (Beschwerdeantwort, Rz. 24; Vernehmlassungsbeilagen 5). Unter Bezugnahme auf das Urteil B-142/2009 ("Pulcino/Dolcino") hält die Vorinstanz entgegen, die Registerlage reiche für sich alleine nicht aus, um auf eine Verwässerung des Markenbestandteils "-VO" zu schliessen. Denn der Abnehmerschaft seien nur auf dem Markt tatsächlich gebrauchte Marken bekannt. Die zitierte Praxis zu den Beweisanforderungen bei Markenverwässerungen ist auch in der jüngeren Rechtsprechung wiederholt bestätigt worden (Urteile des BVGer B-444/2022 vom 11. Januar 2023 E. 7.3 "RED BULL/RED DRAGON"; B-7057/2016 vom 4. Mai 2018 E. 9.2.3 "7seven [fig.]/Sevenfriday"; B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 8.2 "Axotide/Acofide"). Im Beschwerdeverfahren ergänzte die Beschwerdegegnerin ihre Beweismittel (Beschwerdeantwort, Beilage 2). Sie weist nach, dass auf dem Apothekenmarkt rund ein halbes Dutzend Drittmarken mit der Endsilbe "-VO" angeboten werden, die nicht der Beschwerdeführerin gehören. Eine Verwässerung im markenrechtlichen Sinn würde allerdings eine erhebliche Anzahl von Drittzeichen voraussetzen (Joller, a.a.O., Art. 3 N 109 ff.). Die Beschwerdegegnerin begründet mit diesen Beweismitteln aber plausibel, dass die übereinstimmende Endsilbe "-VO" den Verkehrskreisen jedenfalls nicht nahelegt, jedes Markenprodukt mit dieser Endung stamme vom gleichen Pharmaunternehmen.

E. 6.2

Mangels gegenteiliger Feststellungen ist die Widerspruchsmarke "VYQUELVO" in ihrer Gesamtheit im Zusammenhang mit den eingetragenen Waren nicht verkehrsblich. Ausgehend von der Annahme, dass die Widerspruchsmarke keine beschreibenden oder anpreisenden Hinweise auf pharmazeutische Präparate enthält, kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, die Widerspruchsmarke sei in Verbindung mit den hier massgeblichen Waren durchschnittlich kennzeichnungskräftig und verfüge über einen normalen Schutzzumfang. Diese Beurteilung steht in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zur normativen Umschreibung des Schutzzumfangs von Marken mit Fantasiegehalt (Urteile des BVGer B-2200/2021 vom 26. April 2022 E. 6 "HERVYYTA/Enhervyda [fig.]"; B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 8.3 "Axotide/Acofide"; B-4511/2012 vom 8. August 2014 E. 7.2 "DROSSORA/DROSIOLA"; B-1760/2012 vom 11. März 2013 E. 6.2 "Zurcal/Zorcal"; B-5780/2009 vom 12. Januar 2010 E. 3.3 "Sevikar/Sevicad"; siehe auch: Marbach, SIWR III/1, Rz. 980; Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 100 f.).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz stelle zu Unrecht auf common stems ab, um die angebliche Kennzeichnungsschwäche der Endung "-VO" zu begründen (Beschwerdeschrift, Rz. 23-31).

E. 6.3.1

Die World Health Organization (WHO) weist seit den 1950er Jahren pharmazeutische Substanzen in einer internationalen Nomenklatur aus. Common stems (sogenannte Kennsilben in Form von Präfixen, Infixen und/oder Suffixen) charakterisieren pharmazeutische Wirkstoffgruppen. Durch die Verwendung dieser definierten Kennsilben in den International Nonproprietary Names ("INN") lässt sich deren Zugehörigkeit zu einer Wirkstoffgruppe erkennen. Solche Freinamen dienen der eindeutigen Identifizierung von Wirkstoffen und werden weltweit anerkannt. Die WHO empfiehlt, diese nicht als

Markenbestandteile zu verwenden ("The use of stems in the selection of International Nonproprietary Names [INN] for pharmaceutical substances", 2018, S. 1 f., 209, <<https://www.who.int/publications/m/item/who-emp-rht-tsn-2018-1>>; Pschyrembel online: <<https://www.pschyrembel.de/INN/K0AU5/doc/>>; Franz Bracher/Frank Dombeck, Nomenklatur. Was internationale Freinamen aussagen, in: Pharmazeutische Zeitung (PZ), 45/2002, <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=titel_45_2002>; alle abgerufen am 8. März 2023; vgl. Urteile des BVGer B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 8.3 "Axotide/Acofide"; B-5871/2011 vom 4. März 2013 E. 4.3.1 ff. "Gadovist/Gadogita").

E. 6.3.2

Die Vorinstanz hat im Zusammenhang mit dem Aufmerksamkeitsgrad der Verkehrskreise festgestellt, diese seien es gewohnt, dass Heilmittel unterschiedlicher Hersteller über gleiche oder ähnliche Endungen verfügten. Sie zitiert hierzu beispielhaft common stems wie "-cilline" "-mycine" oder "-caïne" (Verfügung, Ziff. III.D.5). Zu Recht hat sie aber nicht erwogen, das Suffix "-VO" sei ein common stem und vermittle aus diesem Grund eine Kennzeichnungsschwäche. Vielmehr hat sie mit Bedacht ihr Argument nicht im Zusammenhang mit der Kennzeichnungskraft der Endsilbe "-VO" vorgetragen, sondern im Rahmen der Beurteilung der Aufmerksamkeit, der Markterfahrung und dem erwartbaren Unterscheidungsvermögen der Verkehrskreise. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist nach dem Gesagten unbegründet.

E. 7.1

Die je dreisilbigen Marken sind für gleiche Waren eingetragen (E. 4). Aufgrund der Wechselwirkung zwischen der Identität der Waren und der entfernten Zeichenähnlichkeit in den Wahrnehmungsbereichen Schriftbild und Klang (E. 5.4) sind besonders strenge Anforderungen an den Zeichenabstand zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr auszuschliessen (E. 2.2). Anders als bei den Pharmamarken "Alucol/Aludrox", "VISUDYNE/VIVADINE"; "FEMIBION [fig.]/FEMINABIANE" und "GADOVIST/GADOGITA", bei denen eine Verwechslungsgefahr jeweils bejaht wurde, unterscheidet sich der Wortanfang der prioritätsjüngeren Marke "FYDENVO" von der älteren Marke "VYQUELVO" in den Merkmalen Schriftbild und Klang (BGE 78 II 379 ff. "Alucol/Aludrox", Urteile des BVGer B-5119/2014 vom 17. März 2016 E. 4.2 "VISUDYNE/VIVADINE"; B-1637/2015 vom 14. September 2015 "FEMIBION [fig.]/FEMINABIANE"; B-5871/2011 vom 4. März 2013 "GADOVIST/GADOGITA", mit Rechtsprechungsübersicht). Der Erfahrungssatz, wonach dem Wortanfang in der Regel ein grösseres Gewicht zukommt, weil sich die Verkehrskreise an diesen besser erinnern können (E. 2.3), führt zu einer entsprechenden Gewichtung bei den unterschiedlich ausgesprochenen und im Schriftbild verschiedenen Erstbuchstaben "V" und "F". Zusätzlich bildet in der Mittelsilbe das Buchstabenpaar "QU" ein auffälliges Unterscheidungsmerkmal.

E. 7.2

Bei den dreisilbigen Kollisionsmarken "Trileptal/Desileptal", "Cizello/Scielo" und "CREMOLAN/XEROLAN" hat die Rechtsprechung trotz übereinstimmenden Endungen keine Verwechslungsgefahr beziehungsweise im letzten Fall fehlende Zeichenähnlichkeit festgestellt (Urteile des BVGer B-1605/2019 vom 31. Oktober 2019 "CREMOLAN/XEROLAN"; B-3138/2013 vom 3. Oktober 2014 E. 3.1 "Trileptal/Desileptal"; B-953/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 4 "Cizello/Scielo"). Die vorliegende Konstellation ist insofern vergleichbar, als ebenfalls zwei dreisilbige Marken

mit einer identischen Endsilbe zu beurteilen sind. Die Verkehrskreise werden nicht annehmen, dass Pharmamarken mit der gleichen Endung vom gleichen Hersteller stammen (E. 6.1 und E. 6.3). Die Streitfrage, ob das fachlich geschulte Publikum durch berufliche Übung zusätzlich zur erhöhten Aufmerksamkeit ein besonderes Differenzierungsvermögen bei Endsilben von Heilmitteln und Pharmamarken erworben hat, kann sodann offenbleiben (Verfügung, Ziff. III.C.5; Beschwerdeschrift, Rz. 23 ff.; Beschwerdeantwort, Rz. 24). Denn die Verkehrskreise setzen sich nicht nur aus Fachpersonen der Medizin und Pharmazie, sondern auch aus Endabnehmerinnen und Endabnehmern ohne professionelle Markterfahrung zusammen (E. 3). Da die angesprochenen Verkehrskreise den pharmazeutischen Waren mit einer erhöhten Aufmerksamkeit begegnen, genügen bereits kleinere Unterschiede, um eine Verwechslungsgefahr zu verneinen. Unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke fallen die über drei Silben verteilten, übereinstimmenden Zeichenelemente im Verhältnis zur Gesamtlänge der streitbetroffenen Marken auch bei hohen Anforderungen an den Zeichenabstand zu wenig ins Gewicht, um eine direkte oder indirekte Verwechslungsgefahr zu begründen.

E. 7.3

Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist daher abzuweisen.

E. 8.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind 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 73.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wobei im Widerspruchsbeschwerdeverfahren das Interesse der Widersprechenden an der Löschung, beziehungsweise jenes der Widerspruchsgegnerin am Bestand der angefochtenen Marke zu gewichten ist. Bei eher unbedeutenden Zeichen wird praxisgemäss ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss"). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen, da keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke sprechen. Damit sind die Gerichtskosten auf Fr. 4'500.- festzusetzen.

E. 8.2

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Antrag eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKGE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Die darin ausgewiesenen Kosten sind allerdings nicht unbesehen zu ersetzen. Es ist vielmehr zu prüfen, in welchem Umfang diese als für die Vertretung notwendig anerkannt werden können. An den Detaillierungsgrad der Kostennote werden gewisse Anforderungen gestellt. Aus der Kostennote hat nicht nur hervorzugehen, welche Arbeiten durchgeführt worden sind und wer wie viel Zeit zu welchem Tarif aufgewendet hat, sondern auch, wie sich der geltend gemachte Aufwand auf die einzelnen Arbeiten verteilt (vgl. Michael Beusch, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl., 2019,

Art. 64 N 17 f.). Nur dann kann überprüft werden, ob es sich beim geltend gemachten Aufwand um einen entschädigungspflichtigen notwendigen Aufwand im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt (vgl. BGE 131 II 200 E. 7.2; Urteil des BVGer B-2585/2020 vom 15. April 2021 E. 6.2).

E. 8.3

Die Beschwerdegegnerin hat für das Beschwerdeverfahren eine detaillierte Kostennote im Betrag von Fr. 5'032.10 eingereicht (Beschwerdeantwort, Beilage 1). Dabei weisen die Rechtsvertreter für das Verfassen der 10 Seiten umfassenden Beschwerdeantwort samt neu eingereichter Beweismittel insgesamt 13,6 Stunden aus (2,8 Stunden à Fr. 400.- und 10,8 Stunden à Fr. 360.-). Angesichts der durchschnittlichen Schwierigkeit der Streitsache erscheint dieser Zeitaufwand angemessen. Allerdings entsprechen die geltend gemachten Stundenansätze mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 VGKE nahezu beziehungsweise ganz dem Maximalansatz, welcher gemäss ständiger Rechtsprechung nur bei besonders komplexen Fällen in Betracht kommt (Urteile des BVGer B-5334/2016 vom 15. März 2019 E. 9.3 "THINK DIFFERENT/Tick different [fig.]; B-5294/2016 vom 31. Oktober 2018 E. 8.3 "MEISTER/ZeitMeister"; zum Regelsatz: B-2585/2020 vom 15. April 2021 E. 6.3 "Happy Cola/Happy Cola [fig.]; B-4669/2019 vom 25. November 2021 E. 8.4 "Carglass/Cargest"; B-3005/2014 vom 3. November 2015 E. 7.2 "NIVEA STRESS PROTECT/STRESS DEFENCE"; B-4829/2012 vom 28. Juli 2014 E. 9.3 "Land Rover/Land Glider"). Angesichts des einfachen Schriftenwechsels und der durchschnittlichen Komplexität der Streitsache, unter Berücksichtigung der im Streit liegenden Interessen sowie in Würdigung vergleichbarer Beschwerdeverfahren in Widerspruchsachen erscheint eine Parteientschädigung im Betrag von insgesamt Fr. 4'500.- angemessen. Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 8.4

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

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