

## **BVGer B-4841/2007 vom 28. August 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-08-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4841\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4841_2007)

FR: TAF B-4841/2007 du 28 août 2008

IT: TAF B-4841/2007 del 28 agosto 2008

### **Regeste**

Widerspruchssachen

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Es sei der Widerspruch der Beschwerdegegnerin vom 28. Dezember 2006 abzuweisen.

#### **E. 3**

Gleichartigkeit bedeutet, dass die massgeblichen Abnehmerkreise auf den Gedanken kommen können, die unter Verwendung ähnlicher Marken angebotenen Waren würden angesichts ihrer üblichen Herstellungs- und Vertriebsstätten aus demselben Unternehmen stammen oder doch wenigstens unter der Kontrolle des gemeinsamen Markeninhabers hergestellt (Lucas David, a.a.O., Art. 3, N. 35). Für das Bestehen gleichartiger Waren sprechen Übereinstimmungen zwischen den Herstellungsstätten der Waren, dem fabrikationsspezifischen erforderlichen Know-how, den Vertriebskanälen, den Abnehmerkreisen und dem Verwendungszweck der Waren, deren Substituierbarkeit, verwandte oder gleiche technologische Indikationsbereiche sowie das Verhältnis von Hauptware und Zubehör (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7447/2006 vom 17. April 2007 E. 5 Martini Baby, Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 16. August 2004 E. 6 Harry/Harry's Bar, veröffentlicht in sic! 2004 S. 863, Entscheid der RKGE vom 25. Mai 2005 E. 5 Käserosette, veröffentlicht in sic! 2006 S. 36). Gegen das Vorliegen von Gleichartigkeit sprechen getrennte Vertriebskanäle innerhalb derselben Käuferschicht sowie das Verhältnis von Hilfsware oder Rohstoff zu Haupt-, Zwischen- oder Fertigware (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7447/2006 vom 17. April 2007 E. 5 Martini Baby, Entscheid der RKGE vom 16. August 2004 E. 6 Harry/Harry's Bar, veröffentlicht in sic! 2004 S. 863, Eugen Marbach, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Kennzeichenrecht, Basel 1996, Markenrecht, S. 264 ff.).

#### **E. 4**

Ob sich Zeichen ähnlich sind, wird aufgrund ihres Gesamteindrucks beurteilt (Entscheid der RKGE vom 11. Mai 2006 E. 4 Hero/Hello, veröffentlicht in sic! 2006 S. 478). Beim Zeichenvergleich ist von den Eintragungen im Register auszugehen (BGE 119 II 475 E. 2b Radion), doch gilt es zu berücksichtigen, dass das angesprochene Publikum die beiden Marken in der Regel nicht gleichzeitig vor sich hat. Deshalb ist auf das Erinnerungsbild abzustellen, das die Abnehmer von den eingetragenen Marken bewahren (Entscheid der RKGE vom 27. April 2005 E. 6 O [fig.], veröffentlicht in sic! 2006 S. 673). Diesem Erinnerungsbild haftet zwangsläufig eine gewisse Verschwommenheit an (Marbach, a.a.O., S. 116), wobei es wesentlich durch das Erscheinungsbild der kennzeichnungskräftigen

Markenelemente geprägt wird (BGE 122 III 386 E. 2a Kamillosan). Schwache oder gemeinfreie Markenbestandteile dürfen jedoch bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit nicht einfach weggestrichen werden (Willi, a.a.O., Art. 3, N. 65; vgl. Entscheid der RKGE vom 20. Oktober 2005 E. 6 f. Mictonorm, veröffentlicht in sic! 2006 S. 90). Bei reinen Bildmarken bestimmt sich der Gesamteindruck durch das Erscheinungsbild und durch den allfälligen Sinngehalt (Marbach, a.a.O., S. 121, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-789/2007 vom 27. November 2007 E. 2.4 [Pfotenabdruck] [fig.], Entscheid der RKGE vom 20. August 2003 E. 4 Bonhomme [fig.], veröffentlicht in sic! 2003 S. 969). Grundsätzlich genügt es zur Annahme einer Verwechslungsgefahr bereits, wenn unter einem dieser Aspekte eine Ähnlichkeit besteht (David, a.a.O., Art. 3, N. 17, Marbach, a.a.O., S. 121, Entscheid der RKGE vom 20. August 2003 Bonhomme [fig.] E. 4, veröffentlicht in sic! 2003 S. 969). Heikel ist vielfach die Grenzziehung zwischen einer blossen Übereinstimmung im Bildmotiv und eigentlicher Markenähnlichkeit. Entscheidend ist, ob das konkurrierende Zeichen als eigenständige Gestaltung anerkannt werden kann, oder ob sich dasselbe den Verkehrskreisen bloss als eine Variation oder Bearbeitung der älteren Marke präsentiert (Marbach, a.a.O., S. 121 f.). Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit zwischen geometrischen Formen gilt es zu beachten, dass das menschliche Gehirn bei der Bildunterscheidung grundlegend weniger spezifisch vorgeht als bei der Unterscheidung von Wörtern. Wahrgenommene Formenteile werden im Geist nach Möglichkeit zu einer prägnanten Gesamtform abstrahiert und vereinfacht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7506/2006 vom 21. März 2007 E. 7 [Karomuster] [fig.], mit Hinweisen). Ein bestimmter Blickwinkel, unscharfe Einzelheiten und Abweichungen in Nebenpunkten bleiben bei Formen darum weniger stark in der Erinnerung haften als eine verkehrte Buchstabenreihenfolge oder ähnliche Unterschiede bei Wörtern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7506/2006 vom 21. März 2007 E. 7 ["Karomuster"] [fig.]).

## **E. 5**

Als erstes sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen, also die Händler und Letztabnehmer der interessierenden Waren (vgl. Willi, a.a.O., Art. 3, N. 20). Die massgeblichen Verkehrskreise für die im vorliegenden Fall beanspruchten Diätprodukte und Lebensmittel in den Klassen 5, 29, 30 und 32 bestehen vornehmlich aus den Schweizer Durchschnittskonsumenten. Betroffene Abnehmer sind aber auch Spitalküchen, Kurhäuser, Altersheime, Catering Services, Restaurants, Hotels und andere Gastgewerbebetriebe.

## **E. 6**

Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz festgestellt, dass die beiden Marken gleiche oder gleichartige Waren beanspruchen (E. III. B. des angefochtenen Entscheids). Dies wird weder von den Parteien bestritten, noch ist es zu beanstanden.

## **E. 7**

In einem nächsten Schritt ist die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu klären. Die Widerspruchsmarke erschöpft sich nicht in einer oder mehreren banalen geometrischen Formen oder einer kennzeichnungsschwachen Kombination derselben, sondern besteht im Gesamteindruck aus einer kennzeichnungskräftigen, graphischen Gestaltung. Nicht zuletzt trägt zur Kennzeichnungskraft dieser Marke bei, dass sie in mehrerlei Hinsicht menschliche Eigenschaften und Neigungen anspricht: Zu erwähnen sind hier die stilisierte Herzform an sich, aber auch die handschriftlich anmutende "Federführung" sowie die seitliche Neigung der beiden Ovale, die der natürlichen Neigung der Schreibhand entgegenkommt. Es ist nicht

ersichtlich, inwiefern die Widerspruchsmarke für die in den Klassen 5, 29 und 30 beanspruchten Waren direkt beschreibend ist. Schliesslich könnte die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke durch eine allfällige Verwässerung des Zeichens am Markt geschwächt sein (Sebastian Gruson, Die verwässerungsschutzwürdige Marke, Bern 2003, S. 10). Zwar wird im Bereich des Marketing ein reger Gebrauch von stilisierten Herzformen im Zusammenhang mit den unterschiedlichsten Waren und Dienstleistungen gemacht. Die Widerspruchsmarke hebt sich aber aufgrund der Farbwahl (Grün/Blau), des abgerundeten "Herzspitzes" wie auch der farbfreien Innenräume der beiden Herzhälften deutlich von der wohlbekanntem, gängigen Darstellungsweise eines stilisierten Herzens in roter Farbe und mit einem ausgeprägten Spitz ab. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist im vorliegenden Fall demnach nicht durch Verwässerung geschwächt.

## **E. 8**

Bevor die Zeichenähnlichkeit der im Widerspruch stehenden Marken geprüft werden kann, bleibt zu klären, welche Farbe die linke Hälfte der Widerspruchsmarke tatsächlich aufweist. Beizupflichten ist der Vorinstanz insofern, als nicht auf den Eintrag der Widerspruchsmarke in der Online-Datenbank "Madrid Express" sondern auf die entsprechende Publikation in der Gazette OMPI des marques internationales (Gazette OMPI des marques internationales Nr. 37/2005, S. 657) abzustellen ist. Denn bei der "Gazette" handelt es sich um die einzige amtliche Veröffentlichung internationaler Marken durch die zuständige Behörde (Weltorganisation für Geistiges Eigentum, Genf WIPO (Hrsg.), Leitfaden für die internationale Registrierung von Marken unter dem Madrider Abkommen und dem Madrider Protokoll, 3. Aufl., Genf 2005, Rz. 08.02). Die Vorinstanz hat dem Umstand allerdings zu wenig Beachtung geschenkt, dass bereits die Publikation der Widerspruchsmarke in der genannten Ausgabe der "Gazette" in sich widersprüchlich ist. So werden unter dem Code "591" ("Farbanspruch") für die Widerspruchsmarke die Farben "Grün" und "Blau" angegeben (Gazette OMPI des marques internationales Nr. 37/2005, S. 101), während die linke Hälfte der in derselben Ausgabe der "Gazette" separat wiedergegebenen Markenabbildung (Gazette OMPI des marques internationales Nr. 37/2005, S. 657) nicht "grün" ist. Für die Auflösung dieser Ungereimtheit kann die Abbildung der deutschen Basisregistrierung (Registernummer 30423117 des deutschen Markenregisters) herangezogen werden (Art. 46 Abs. 1 MSchG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7514/2006 vom 31. Juli 2007 E. 6 [Quadrat] [fig.], mit Hinweis). Er enthält folgende Wiedergabe der Widerspruchsmarke mit einer grünen linken Hälfte:

### **E. 9.1**

Die Widerspruchsmarke besteht im Gesamteindruck aus den Umrissen eines stilisierten Herzens, dessen beide Hälften aus zwei sich teilweise überlagernden Ovalen gebildet werden. Die Herz-Silhouette entsteht insbesondere, da sich die ovalen Hälften im unteren Bildteil überlagern, während sie im oberen Teil ungefähr rechtwinklig auseinanderklaffen. Die herzförmige Silhouette schliesst nicht aus, dass in der Marke zugleich auch zwei seitlich abgebildete Ringe gesehen werden, zumal der Sinngehalt verschlungener Ringe als Hochzeitssymbol und eines Herzens als einem Symbol der Liebe eng verwandt sind. Mit nur zwei dargestellten Gliedern ist nicht davon auszugehen, dass die Widerspruchsmarke bereits Gedankenverbindungen zu einer "Kette" hervorruft. Beide Ovale weisen eine etwas unscharfe, einfarbige Peripherie auf. Die unregelmässig breite Strichführung dieser Peripherien mahnt an die unterschiedliche Strichbreite, die für das Schreiben mit einer

Feder charakteristisch ist. Das rechts liegende Oval mit blauer Peripherie ist im Innenraum transparent beziehungsweise weiss. Die Peripherie dieses Ovals ist unten links unterbrochen. Das andere, links liegende Oval weist einen grünen, rechts oben offenen Rand auf, der eine weisse Innenfläche entstehen lässt.

### **E. 9.2**

Die angegriffene Marke besteht im Gesamteindruck ebenfalls aus den Umrissen eines stilisierten Herzens, dessen beide Hälften aus zwei sich teilweise überlagernden Ovalen gebildet werden. Die Herz-Silhouette entsteht auch hier, weil sich die beiden ovalen Hälften im unteren Bildteil überlappen, während sie im oberen Teil ungefähr in einem rechten Winkel auseinanderklaffen. Die rechte ovale Hälfte weist eine blaue, unregelmässig breite Peripherie auf, was den Eindruck entstehen lässt, sie sei mit der Tuschfeder gezeichnet. Der Innenraum dieses Ovals ist weiss beziehungsweise transparent, wobei der Rahmen unten links über eine weite Strecke unterbrochen ist. Das andere, links liegende Oval weist einen unscharfen dunkelgelben Rand und eine etwas hellere, gelbe Innenfläche auf. Der dunkelgelbe Rand, der wiederum in der für die Führung einer abgeschrägten Feder charakteristischen Weise unterschiedlich breit ist, ist oben rechts unterbrochen. Ob es sich bei den beiden ovalen Hälften um Scheiben oder Ringe handelt, lässt sich nicht eindeutig festlegen. Es könnte sich beim linken Oval ohne weiteres um eine komplexere geometrische Form als ein Oval handeln, womit aus der Tatsache, dass die linke Hälfte unter der rechten Hälfte nirgends sichtbar ist, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nichts abgeleitet werden kann. Dies ist für den erinnerten Gesamteindruck der Marke jedoch nicht von Bedeutung.

### **E. 9.3**

Figurativ unterscheiden sich die Marken damit nur unwesentlich. Insbesondere in der massgeblichen Erinnerung werden die geringfügigen Unterschiede verwischt. Die massgeblichen Verkehrskreise werden bei beiden Bildmarken nicht auf Details achten, sondern sich aufgrund der Umrisse an den Gesamteindruck zweier Herzfiguren erinnern. Dagegen schafft auch der noch markanteste Unterschied, nämlich die grün/weisse Farbgebung für die linke Hälfte der Widerspruchsmarke gegenüber der Farbgebung in verschiedenen Gelbtönen im linken Teil der angefochtenen Marke, keine Abhilfe. Die bei beiden Marken in der rechten Hälfte vorkommenden Blautöne unterscheiden sich kaum von einander. Der Beschwerdeführerin kann nicht beigeplichtet werden, soweit sie behauptet, die Ähnlichkeit im Erscheinungsbild werde durch ein unterschiedliches Motiv der beiden Marken wettgemacht. Vielmehr lassen beide Marken das Motiv "Herz" anklingen, wenn auch das "Herz" als zentrales Organ des Blutkreislaufs wie auch im symbolischen Sinn eher mit der Farbe Rot in Verbindung gebracht werden mag, was die von der Beschwerdeführerin eingereichten Ergebnisse einer Online-Recherche zu diesem Bildmotiv veranschaulichen. Damit sind die zu vergleichenden Marken hinsichtlich ihres Sinngehalts nicht nur ähnlich, sondern stimmen überein. Entscheidend ist aber, dass die angefochtene Marke im Vergleich zur Widerspruchsmarke keine eigene Gestaltungsweise verwendet, zumal sie sogar deren vergleichsweise unübliche Farbgebung übernimmt. Die Zeichen sind damit ähnlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c. MSchG.

### **E. 10**

Vor diesem Hintergrund sind schliesslich noch die weiteren Elemente der Verwechslungsgefahr zu prüfen. Die Widerspruchsmarke ist kennzeichnungskräftig. Hinzu

kommt, dass die von der Widerspruchsmarke beanspruchten Diätprodukte und Lebensmittel als Massenprodukte des alltäglichen Gebrauchs von den massgeblichen Verkehrskreisen mit keiner besonderen Aufmerksamkeit gekauft werden, insbesondere nicht von den Durchschnittskonsumenten, die vorliegend einen Grossteil der massgeblichen Verkehrskreise bilden. Dies gilt auch im Hinblick auf die in Klasse 5 beanspruchten Diätprodukte, wie etwa Diätmargarine. Im Ergebnis ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

#### **E. 11**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wobei bei eher unbedeutenden Zeichen ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (BGE 133 III 492 E. 3.3 [Turbinenfuss] [3D], mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen.

#### **E. 12**

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Aufwand der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin beschränkt sich auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort kleineren bis mittleren Umfangs. Trotz der eingereichten Kostennote in der Höhe von Fr. 2'600.- erscheint vorliegend eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.- angemessen (Art. 14 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 VGKE).

#### **E. 13**

Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit rechtskräftig. Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

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