Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-4841/2007
{T 0/2}

Urteil vom 28. August 2008

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richterin Vera Marantelli,
Richter Bernard Maitre, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

Parteien

X._____,
vertreten durch Baker & McKenzie Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwälte Wenger & Vieli,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum,
Stauffacherstrasse 65, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 8641 IR 859'648 [Herz] (fig.) /
IR 890'390 [Herz] (fig.)

Sachverhalt:

A.
Die Marke IR 890'391 der Beschwerdeführerin wurde am 1. Februar 2006 gestützt auf eine Benelux-Basismarke für folgende Waren der Klassen 5, 29, 30 und 32 registriert:

Klasse 5: *Produits diététiques et compléments alimentaires à usage médical, notamment margarine diététique à usage médical.*

Klasse 29: *Saucisses, pâté et pâtes à tartiner à base de viande; margarine, beurre, matières grasses pour la friture et la cuisson, fromages et produits fromagers, fromage blanc caillé, lait et produits laitiers, lait écrémé, lait de soja, produits laitiers, yaourts, crème, succédanés de crèmes et de fromage; oeufs; confitures, gelées; oeufs en poudre; huiles et graisses alimentaires.*

Klasse 30: *Café, thé, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés de café; farine et préparations à base de céréales, pain, biscuits, pâtisseries et confiseries; glaces comestibles; miel, sirop de mélasse; levure, poudre à lever; sel, moutarde; vinaigre, sauce de soja, sauces à salade; mayonnaises; sauces (condiments); épices; glace à rafraîchir.*

Klasse 32: *Boissons sans alcool contenant du jus de fruits et du lait, du babeurre ou du yaourt.*

Die Marke sieht wie folgt aus:



B.
Die Beschwerdegegnerin erhob am 28. Dezember 2006 Widerspruch gegen die Registrierung des Schweizer Anteils dieser Marke. Sie

stützte den Widerspruch auf ihre internationale Marke Nr. 859'648:



Die Marke, welche am 6. September 2004 registriert worden ist, ist für Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 18, 29, 30, 31, 35, 39, 42 und 44, registriert. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende registrierten Waren von Belang:

Klasse 5: *Préparations pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; produits pharmaceutiques et vétérinaires confectionnés à partir de substances naturelles à l'état brut; substances diététiques à usage médical; produits alimentaires diététiques à usage médical; compléments alimentaires à usage médical; aliments pour bébés; gommes à mâcher à usage médical.*

Klasse 29: *Viande, saucisse, poisson, volaille et gibier, mollusques et crustacés; extraits de viande; conserves de viande, de saucisse, de poisson, de volaille, de gibier, de fruits et de légumes; fruits et légumes conservés, séchés et cuits; gelées, gelées de viande, de poisson et de gibier, pâté de foie gras, gelées de fruits et de légumes; pommes de terre précuites et préparations de pommes de terre de toutes sortes, y compris en flocons, pommes de terre en poudre, pommes croquettes, frites, pommes de terre sautées, boulettes de pommes de terre, galettes de pommes de terre frites, pommes de terre crues râpées et sautées comme garnitures de crêpes; chips et pommes allumettes, comprises dans cette classe; confitures, coulis de fruits; oeufs, lait et*

produits laitiers, en particulier beurre, margarine, fromages, crème, yaourt, fromage blanc, lait en poudre pour l'alimentation, boissons lactées (où le lait prédomine), képhir; huiles et graisses comestibles, soupes, jus de viande, bouillons de viande concentrés, ragoûts, aliments diététiques non à usage médical (compris dans cette classe); fruits oléagineux transformés ainsi que fruits oléagineux salés et non salés.

Klasse 30: *Café, succédanés du café, thé, cacao, produits de cacao, poudres à base de cacao pour boissons, préparations sous forme de pâtes à base de cacao pour boissons, ainsi qu'extraits de cacao à usage alimentaire en tant que produits de demi-luxe, boissons à base de cacao, café, thé ou chocolat, riz, tapioca, sagou; farine et préparations à base de céréales, céréales entières décortiquées, en particulier blé, avoine, orge, seigle, millet, maïs et sarrasin, lesdits produits également sous forme de mélanges et d'autres préparations, notamment son de blé, germes de blé, farine de maïs, semoule de maïs, graines de lin, müesli et barres de müesli (essentiellement à base de flocons de céréales, fruits séchés et fruits à coque), maïs grillé et éclaté, pâtes alimentaires et pâtes alimentaires complètes; nouilles; pizzas; pain, pain spécial pour toasts, pain craquant et sec, produits à base de pain plat (ou pita), petits pains, biscuits, gâteaux et pâtisseries de fantaisie, gâteaux, pâtisseries et confiseries, ainsi que desserts, compris dans cette classe; glaces comestibles; miel, sirop de mélasse; levure, poudre à lever, poudres de blanc-manger; préparations aromatiques pour la cuisson au four, essences pour la cuisson au four; sucre, sucreries, gommes à mâcher, massepain, massepain artificiel, nougat, chocolat; produits de massepain, nougat et chocolat; bonbons, chocolats, également fourrés de liquides, notamment de vins et spiritueux; biscuits salés; petits gâteaux sans valeur nutritive; sel, poivre, moutarde, vinaigres, sauces (assaisonnements), sauces à salade; épices; glace à rafraîchir; produits alimentaires diététiques non à usage médical (compris dans cette classe); mayonnaises; plats instantanés à base de haricots.*

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Widerspruch damit, es bestehe Warenidentität zwischen den beanspruchten Waren ausser mit Bezug auf die von der angefochtenen Marke beanspruchten nichtalkoholischen Getränke in Klasse 32, die aber mit Waren der Widerspruchsmarke gleichartig seien. Die Zeichen seien in einem so hohen Masse ähnlich, dass es im Erinnerungseindruck der durchschnittlichen Käuferschaft zu Verwechslungen komme.

C.
Die Vorinstanz teilte der ausländischen Beschwerdeführerin am 22. Januar 2007 eine einstweilige Schutzverweigerung mit und setzte ihr eine Frist bis zum 22. April 2007, um einen Schweizer Rechtsvertreter zu benennen. Erst am 27. April 2007 meldete sich ein Schweizer Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz und beantragte, als Vertreter für die Marke Nr. IR 890'391 vorgemerkt zu werden. Da diese Konstituierung verspätet erfolgt war, wurde die Widerspruchsgegnerin mit Verfügung vom 11. Mai 2007, wie in der einstweiligen Schutzverweigerung angedroht, vom Widerspruchsverfahren ausgeschlossen.

D.
Die Vorinstanz hiess den Widerspruch am 14. Juni 2007 gut und versagte der angefochtenen Marke den Schutz für die Schweiz. In ihrem Entscheid stellte die Vorinstanz fest, dass die beiden Marken gleiche oder gleichartige Waren beanspruchen. Sie bejahte das Bestehen der Zeichenähnlichkeit, weil beide Marken aus jeweils zwei ovalen Formen bestünden, welche derart miteinander verbunden seien, dass eine stilisierte Herzform entstehe. In beiden Fällen sei eines der Ovale in Gelb, das andere in Blau gehalten. Sie bejahte auch das Vorliegen der Verwechslungsgefahr, da der Widerspruchsmarke normale Kennzeichnungskraft eigne. Je nachdem, auf welche Quelle man sich abstütze, erscheine die Farbgebung des linken Ovals allerdings eher grün (Eintrag der Widerspruchsmarke in der Online-Datenbank „Madrid Express“) oder eher gelb (Gazette OMPI des marques internationales, Nr. 37/2005, S. 657). Die Vorinstanz hielt zu dieser Ungereimtheit fest, massgeblich sei die Abbildung in der offiziellen Publikation in der Gazette OMPI des marques internationales, Nr. 37/2005, S. 657 (E. III. D. 6. des angefochtenen Entscheids), zufolge der die linke Hälfte der Widerspruchsmarke gelb sei. So oder so sei die Farbe aber in der Erinnerung nicht unterscheidbar von der Farbgebung in der Widerspruchsmarke.

E.
Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 16. Juli 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und stellte die folgenden Anträge:

"1. Es sei der Entscheid des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 14. Juni 2007 im Widerspruchsverfahren Nr. 8641 aufzuheben.

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

3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führte sie an, sie teile zwar die Einschätzung der Vorinstanz, dass die Waren identisch beziehungsweise quasiidentisch seien, es bestehe jedoch zwischen den kollidierenden Marken keine Zeichenähnlichkeit. Sowohl das Erscheinungsbild als auch der Sinngehalt der im Widerspruch stehenden Zeichen seien verschieden. Ihre eigene, angefochtene Marke bestehe aus zwei ovalen Scheiben, wobei die rechte Scheibe die linke Scheibe überlagere. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass es sich nur bei der rechten Hälfte der angefochtenen Marke um eine offene, ovale Linie handle. In Wirklichkeit sei auch die rechte Hälfte eine Scheibe, weil in der von der ovalen Linie gezogenen Innenfläche der darunterliegende Teil des linksliegenden, gelben Ovals sonst sichtbar sein müsste. Dies sei nicht der Fall. Der nicht durch die rechte Scheibe verdeckte, sichtbare Teil des gelben Ovals präge aufgrund seiner auffälligen Farbgebung den Gesamteindruck der angefochtenen Marke. Aufgrund der vergleichsweise spärlichen Einfärbung des rechten Ovals konzentriere sich die Aufmerksamkeit des Betrachters auf den gelben, linken Teil der Marke. Die gelbe Farbe symbolisiere das Licht. Anders beurteilt die Beschwerdeführerin das Erscheinungsbild und den Sinngehalt bei der Widerspruchsmarke. Diese bestehe nicht aus Scheiben, sondern aus zwei ovalen Ringsegmenten von kettengliedartiger Form. Eine Aussparung im linken Kettenglied oben und im rechten unten sowie die Form der in der Widerspruchsmarke enthaltenen Ovale sprächen dafür, dass es sich um die Darstellung von Kettengliedern (Ringe) handle. Der kettengliedartige Eindruck werde durch die Anordnung der beiden Elemente verstärkt. Hier dominiere das blaue Kettenglied im Gesamteindruck der Widerspruchsmarke, da das linke Kettenglied bloss fahl eingefärbt sei. Diese Marke werde entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als stilisiertes Herz angesehen, da eine Herzform nie durch zwei offene Ringsegmente dargestellt werde. Letzteres versucht die Beschwerdeführerin mit einer „Google“-Bildrecherche zum Stichwort „herz“ zu belegen. Sie bestritt auch die Aussage der Vorinstanz, der linke Teil dieser Marke sei in gelber Farbe gehalten, da die Widerspruchsmarke neben „Blau“ auch

die Farbe „Grün“ beanspruche. Auch die in der Gazette OMPI des marques internationales Nr. 37/2005, S. 657 enthaltene Abbildung zeigt nach Auffassung der Beschwerdeführerin keine gelbe Färbung der linken Hälfte der Widerspruchsmarke, vielmehr handelt es sich bei dieser Farbe ihrer Ansicht nach um eine Mischung zwischen „Olive“ und „Beige“. Selbst wenn man die in der Abbildung enthaltene Farbe als Gelb bezeichnen wollte, sei sodann auf den formell beantragten Farbanspruch („Grün“) abzustellen und nicht auf die konkrete Farbgebung in der Anmeldung. Andernfalls würde man nach Auffassung der Beschwerdeführerin den Schutzbereich der Widerspruchsmarke unzulässig erweitern, sodass sich die Inhaberin der Widerspruchsmarke je nach Opportunität einmal auf die Farbe der Abbildung und einmal auf den formellen Farbanspruch stützen könne. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Widerspruchsmarke sei nicht besonders kennzeichnungskräftig, da sie im Wesentlichen aus einer Kombination von einfachen geometrischen Grundformen bestehe, die an gewissen Stellen durchbrochen seien. In Anbetracht dieses engen Schutzbereichs weise die angefochtene Marke genügend Unterschiede auf, um den nötigen Abstand zur Widerspruchsmarke zu wahren. Es liege keine Verwechslungsgefahr vor.

F.
Mit Schreiben vom 12. September 2007 verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme und beantragte, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

G.
Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 13. September 2007 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

H.
Mit Schreiben vom 1. November 2007 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin, beschränkt auf die Frage, warum sie sich trotz ihres Ausschlusses vom vorinstanzlichen Verfahren als beschwerdelegitimiert betrachte, das rechtliche Gehör.

I.
Mit Schreiben vom 11. Dezember 2007 nahm die Beschwerdeführerin Stellung, indem sie sowohl eine eigene besondere Betroffenheit als auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung behauptete. Sie führte aus, der in Art. 21 Abs. 2 der

Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992 (MSchV, SR 232.111) vorgesehene Ausschluss vom Verfahren gelte bloss für das erstinstanzliche Widerspruchsverfahren, während sich die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ausschliesslich nach Art. 48 VwVG beurteile. Dies entspreche der bisherigen Praxis.

J.
Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz verzichteten auf eine Stellungnahme zu dieser Äusserung.

K.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchsverfahren zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist von Art. 50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) am 23. Mai 2003 eingereicht, und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet. Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin trotz ihres Ausschlusses vom erstinstanzlichen Verfahren zur Beschwerde legitimiert ist. Die formelle Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG liegt beim Adressaten einer belastenden Verfügung immer vor (vgl. André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 2.26; Heribert Rausch, Öffentliches Prozessrecht auf der Basis der Justizreform, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2006, S. 18). Insofern entfaltet Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG keine von der Beschwerde ausschliessende Wirkung gegenüber den Parteien eines erstinstanzlichen Verfahrens. Die Beschwerdeführerin wurde von der Vorinstanz gestützt auf Art. 21 Abs. 2 MSchV vom Verfahren ausgeschlossen, da sie die ihr gesetzte Frist zur Bestellung eines schweizerischen Rechtsvertreters nicht gewahrt hatte. Dadurch verlor sie zwar das Recht auf die Ausübung der ihr vor der Vorinstanz als Partei zustehenden Verteidigungsrechte, als formelle Adressatin der angefochtenen, sie belastenden Verfügung nahm sie aber am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist daher nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin ist durch

die angefochtene Verfügung zudem besonders berührt und durch den Entscheid beschwert (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Somit ist sie im vorliegenden Fall zur Beschwerde legitimiert. Schliesslich ist die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch einen Rechtsvertreter gemäss Art. 42 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) vertreten. Auf die Beschwerde ist aus diesen Gründen einzutreten.

2.

Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c. des MSchG sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn sie einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen registriert sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr richtet sich nach der Ähnlichkeit der Zeichen im Erinnerungsbild des Letztabnehmers (BGE 121 III 378 E. 2a *Boss*) und nach dem Mass an Gleichartigkeit zwischen den geschützten Waren und Dienstleistungen. Zwischen diesen beiden Elementen besteht eine Wechselwirkung: An die Verschiedenheit der Zeichen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher die Produkte sind, und umgekehrt (Lucas David, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG, Art. 3, N. 8). Damit eine Verwechslungsgefahr droht, müssen aber noch weitere Faktoren hinzukommen. Ausschlaggebend ist, ob aufgrund der Ähnlichkeit Fehlzurechnungen zu befürchten sind, welche das besser berechtigte Zeichen in seiner Individualisierungsfunktion gefährden (BGE 127 III 166 E. 2a *Securitas*). Zu berücksichtigen sind im Einzelfall der Aufmerksamkeitsgrad, mit dem die Abnehmer bestimmte Waren oder Dienstleistungen nachfragen, sowie die Kennzeichnungskraft, da diese massgeblich den Schutzumfang einer Marke bestimmt (Christoph Willi, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 3, N. 17 ff.). Massenprodukte des alltäglichen Gebrauchs werden mit einem geringen Aufmerksamkeitsgrad nachgefragt, sodass bei entsprechenden Waren im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr ein strengerer Massstab anzulegen ist (BGE 117 II 326 E.4 *Valser*).

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 fabrikationsspezifisch 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.).

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.]*).

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.

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.

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 wohlbekannten, 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.

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) ab-

zustellen 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:



9.

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.

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.

9.3 Figurativ unterscheiden sich die Marken damit nur unwesentlich. Insbesondere in der massgeblichen Erinnerung werden die geringfügigen Unterschiede verwischen. 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 beigepflichtet 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.

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.

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.

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).

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:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen und der angefochtene Entscheid bestätigt.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der überschüssige Betrag aus dem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.- (inkl. allfällige MWST) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdebeilagen und Vernehmlassung der Vorinstanz vom 15. Januar 2008; Rückerstattungsformular)
- der Beschwerdegegnerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdeantwortbeilagen und Vernehmlassung der Vorinstanz vom 15. Januar 2008)
- die Vorinstanz (Ref.: Widerspruchsverfahren Nr. 8641; Einschreiben; Beilagen: Vernehmlassungsbeilagen)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Aschmann	Philipp J. Dannacher

Versand: 2. September 2008