



Abteilung II
B-3769/2022

Urteil vom 31. Januar 2024

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Daniel Willisegger, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Selim Haktanir.

Parteien

Thai Agri Foods Public Company Limited,
155/1 Village No 1, Theparak Road, Bang Sao Thong
District, Theparak Road, TH-10570 Samut Prakan,
vertreten durch Rechtsanwalt Frédéric Serra,
HOUSE ATTORNEYS,
Route de Frontenex 46, Postfach 6111, 1211 Genève 6,
Beschwerdeführerin,
gegen

Rivella Aktiengesellschaft,
Neue Industriestrasse 10, 4852 Rothrist,
vertreten durch E. Blum & Co. AG,
Patent- und Markenanwälte VSP,
Vorderberg 11, 8044 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 102372,
CH 741'885 FOCUS / CH 771'064 FOCO (fig.).

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdegegnerin ist Inhaberin der Wortmarke CH 741'885 FOCUS (nachfolgend: Widerspruchsmarke). Diese wurde am 23. Januar 2020 für folgende Waren ins schweizerische Markenregister eingetragen:

Klasse 32: Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken.

B.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der Wort-/Bildmarke CH 771'064 "Foco (fig.)" (nachfolgend: angefochtene Marke). Diese wurde am 21. Oktober 2021, soweit hier interessierend, für folgende Waren ins schweizerische Markenregister eingetragen:

Klasse 32: Boissons glacées à base de fruits; boissons sans alcool; eaux minérales et gazeuses; boissons à base de fruits et jus de fruits; extraits de fruits sans alcool; jus de coco [boissons]; Essences de noix de coco sans alcool pour faire des boissons; extraits de noix de coco sans alcool pour faire des boissons; eau de coco [boissons]; eau de coco biologique [boissons]; jus de goyave rose; boissons sans alcool à l'aloë vera et au miel; jus de goyave; jus de litchi; jus de mangue; jus de mangoustan [jus de fruits]; boissons aux fruits de tamarin; nectars de fruits.

Die angefochtene Marke sieht wie folgt aus:

FOCO

C.

Am 21. Februar 2022 erhob die Beschwerdegegnerin bei der Vorinstanz gestützt auf die Widerspruchsmarke gegen alle Waren der Klasse 32 der angefochtenen Marke Widerspruch.

D.

Mit Widerspruchsantwort vom 14. März 2022 verneinte die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr und beantragte die Abweisung des Widerspruchs.

E.

Mit Verfügung vom 28. Juni 2022 bejahte die Vorinstanz das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr, hiess den Widerspruch vollumfänglich gut und widerrief die angefochtene Marke hinsichtlich aller Waren der Klasse 32.

F.

Mit Beschwerde vom 29. August 2022 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung und die Abweisung des Widerspruchs, eventualiter die Rückweisung zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz; beides unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

G.

Mit Eingabe vom 26. Oktober 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin die Bestätigung der Verfügung und die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

H.

Mit Eingabe vom 27. Oktober 2022 verzichtet die Vorinstanz auf eine Stellungnahme und beantragt die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

I.

Die Parteien liessen sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

J.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchssachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG). Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

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.m. Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11]).

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 [fig.]" ; 126 III 315 E. 6b f. "Rivella/Apiella [fig.]") sowie den Wechselwirkungen zwischen diesen drei Elementen. Als eine Wechselwirkung 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 [fig.]" ; 128 III 96 E. 2a "Orfina"; Urteil des BVGer B-1342/2018 vom 30. September 2020 E. 5.1 "Apple/Apple Boutique"). Dabei ist die Aufmerksamkeit der massgebenden Verkehrskreise zu berücksichtigen (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan"; 121 III 377 E. 2a "Boss/Boks").

2.3 Die Gleichartigkeit von Waren und Dienstleistungen beurteilt sich, soweit keine Einrede des Nichtgebrauchs entgegensteht, aufgrund der Registereinträge. 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-1974/2022 vom 8. März 2023 E. 2.3 "[Apfel] [fig.], [Apfel] [fig.]/[fig.]" ; 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.]" ; MATTHIAS STÄDELI/SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar zum Markenschutz- und Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 3 N 117). Ein besonders strenger Massstab ist anzulegen, wenn beide Marken für weitgehend identische Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind (BGE 122 III 382 E. 3a "Kamillosan"; 119 II 473 E. 2c "Radion/Radomat"). Die Zugehörigkeit zum gleichen Oberbegriff der Nizza-Klassifikation bildet ein Indiz für Gleichartigkeit (Urteile

des BVGer B-444/2022 vom 11. Januar 2023 E. 2.2 "Red Bull/Red Dragon"; B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 2.2 "Vifor/Vitop"; vgl. GALLUS JOLLER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 3 N 274 m.w.H.).

2.4 Die Zeichenähnlichkeit bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den die Marken in der Erinnerung der angesprochenen Verkehrskreise hinterlassen (BGE 128 III 441 E. 3.1 "Appenzeller [fig.]; 121 III 377 E. 2a "Boss/Boks"; 119 II 473 E. 2d "Radion/Radomat"; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 3 N 41). Massgeblich ist der Registereintrag (Urteil des BVGer B-2473/2022 vom 5. April 2023 E. 2.4 "acara/AICARE [fig.]" m.w.H.).

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. 2b/cc "Securitas"; Urteil des BGer 4A_28/2021 vom 18. Mai 2021 E. 6.6.2.1 "Tellco Holding/Tell et al."; Urteile des BVGer B-4246/2022 vom 5. Juli 2023 E. 2.4.2 "You See Augenlaser/Eye See You Augenlaser [fig.]; 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. 5a "Kamillosan"; 119 II 473 E. 2c "Radion/Radomat"). Übereinstimmungen im Wortanfang bzw. -ende haben im Erinnerungsbild ein besonderes Gewicht (vgl. BGE 122 III 382 E. 5b "Kamillosan"; Urteile des BVGer B-938/2021 vom 21. August 2023 E. 2.5 "Volkswagen/VolksWerkstatt"; B-531/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 6.5 "Gallo/Gallay [fig.]"). Allerdings führen Übereinstimmungen im Wortanfang für sich alleine nicht direkt zur Zeichenähnlichkeit (Urteile des BGer 4A_178/2021 vom 19. Juli 2021 E. 3.2.2 "Canti/Cantique"; 4A_28/2021 vom 18. Mai 2021 E. 6.6.2.1 "Tellco Holding/Tell et al."; Urteile des BVGer B-1306/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.3.2 "YT/EYT [fig.]; B-3264/2020 vom 26. Januar 2022 E. 2.3.2 "EQ/eQart").

Um die Zeichenähnlichkeit zu verneinen, können bei Kurzzeichen und Akronymen geringfügige Abweichungen ausreichen. Sie werden leichter erfasst und prägen sich leichter ein als längere Wörter, womit dem Publikum Unterschiede weniger entgehen. Verwechslungen infolge Verhörens oder Verlesens kommen deshalb bei solchen Kurzzeichen seltener vor (BGE 122 III 382 E. 5a "Kamillosan"; 121 III 377 E. 2b "Boss/Boks"; Urteile des

BVGer B-1306/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.3.5 "YT/EYT [fig.]; B-3264/2020 vom 26. Januar 2022 E. 2.3.4 "EQ/eQart").

2.5 Auch unterschiedliche Sinngehalte können helfen, eine optische oder akustische Zeichenähnlichkeit zu überwinden (Urteile des BVGer B-7057/2016 vom 4. Mai 2018 E. 8.2 "7seven [fig.]/Sevenfriday"; B-6099/2013 vom 28. Mai 2015 E. 5.2.1 "Carpe diem/Carpe noctem"; B-4772/2012 vom 12. August 2013 E. 5.4.2 "Mc [fig.]/MC2 [fig.]"). Massgebend ist, dass sie in allen Sprachregionen der Schweiz erkannt werden (Urteile des BVGer B-2191/2018 vom 25. Februar 2020 E. 8.4 "Smac/Lissmac"; B-7768/2015 vom 4. Dezember 2017 E. 8.4 "Capsa/Cupsy [fig.]; B-234/2014 vom 4. Juli 2015 E. 6.4 "Juke/Jook Video [fig.]").

2.6 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise nach einer Landessprache schutzunfähig, ist die Eintragung zu verweigern (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Puma World Cup Qatar 2022 et al./Qatar 2022 [fig.] et al."; 145 III 178 E. 2.3.1 "Apple"; 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; Urteil des BGer 4A_514/2023 vom 3. Januar 2024 E. 2.1 und 2.3.2 "Novafoil"). Auch Sinngehalte in anderen als den schweizerischen Landessprachen sind zu berücksichtigen, falls sie von den massgebenden Verkehrskreisen – sei es auch nur in einem Sprachraum der Schweiz – verstanden werden (Urteil des BVGer B-362/2016 vom 13. September 2017 E. 6.3 "Doña Esperanza/Alejandro Fernandez, Esperanza"; siehe auch Entscheid der RKGE vom 10. September 2003 E. 5 "Caixa Geral de Depositos [fig.]/caixanova [fig.]" in: sic! 2004 S. 232 ff.). Vom breiten Publikum ist dabei die Kenntnis eines Grundwortschatzes englischer Vokabeln zu erwarten (BGE 125 III 193 E. 1c "Budweiser"; Urteil des BVGer B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.2 "Ironwood"). Grundkenntnisse der spanischen Sprache sind nur in Einzelfällen vorhanden (vgl. Urteil des BVGer B-5226/2015 vom 13. September 2017 E. 5.3.2.3 "Estrella Galicia [fig.]/Estrella Damm Barcelona [fig.]").

2.7 Der Schutzzumfang einer Marke hängt von ihrer Kennzeichnungskraft ab. So ist für bekannte Marken die Zeichenähnlichkeit rascher zu bejahen als bei unbekanntem (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan"). Schwach sind insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an das Gemeingut anlehnen (Urteile des BVGer B-3464/2020 vom 8. Juli 2022 E. 2.6 "Ägeribier/Ägeribier [fig.]; B-5440/2008 vom 24. Juli 2009 E. 6.2 "Jump [fig.]/Jumpman"), stark hingegen Marken, die das Ergebnis einer schöpfe-

rischen Leistung oder langen Aufbauarbeit sind (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan"; Urteil des BVGer B-444/2022 vom 11. Januar 2023 E. 2.4.3 "Red Bull/Red Dragon").

3.

3.1 Nach Ansicht der Vorinstanz besteht zwischen den zu vergleichenden Getränken Warengleichheit und würden die beanspruchten Waren nur mit reduzierter Aufmerksamkeit nachgefragt. Zwischen den Marken bestehe eine starke Ähnlichkeit. Die Widerspruchsmarke werde als "Fokus" verstanden. Auch die angefochtene Marke bedeute "Brennpunkt, Fokus, Mittelpunkt" auf spanisch und rufe darum starke Assoziationen zu jenem Begriff hervor. Die Widerspruchsmarke sei für die beanspruchten Getränke nicht beschreibend. Eine Verwechslungsgefahr müsse bejaht werden.

3.2 Die Beschwerdeführerin argumentiert, Sportler kauften namentlich isotonische Sportgetränke mit erhöhtem Aufmerksamkeitsgrad. Bei den Marken handle es sich um Kurzzeichen mit signifikanten Unterschieden in der zweiten Silbe und einer markanten Bedeutung bei der Widerspruchs-, nicht aber bei der angefochtenen Marke. Spanisch werde vom Publikum mehrheitlich nicht verstanden. Die Fokussierung (Verbesserung der Konzentrationsfähigkeit) sei überdies ein Verkaufsargument für Getränke. Insgesamt müsse die Verwechslungsgefahr verneint werden.

3.3 Die Beschwerdegegnerin schliesst im Beschwerdeverfahren ohne inhaltliche Ausführungen auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Entscheids unter Kostenaufgabe.

4.

Ausgehend vom Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke sind die massgeblichen Verkehrskreise festzulegen. Die Widerspruchsmarke beansprucht Schutz für Bier, alkoholfreie (Frucht-)Getränke und Sirupe in Klasse 32. Diese Waren werden von der breiten Bevölkerung, teilweise erst ab 16 Jahren, nachgefragt. Sie gehören zu den Massenartikeln des täglichen Bedarfs, die mit reduziertem Aufmerksamkeitsgrad erworben werden (BGE 126 III 315 E. 6b "Rivella/Apiella [fig.]"; Urteile des BVGer B-2068/2021 vom 13. Oktober 2022 E. 3 "Granini/Granislush"; B-1105/2021 vom 15. August 2022 E. 3.3 f. "Kris [fig.]/KISS"), wobei kein Anlass besteht, diese Praxis in Frage zu stellen (vgl. Urteile des BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 6.3.3 "Goldhase", nicht publiziert in BGE 148

III 409 "Goldhase"; 4A_178/2021 vom 19. Juli 2021 E. 2.1 "Canti/Canti-que") und der von der Beschwerdeführerin angerufene Entscheid (Entscheid der RKGE vom 11. Mai 2006 E. 7 "Hero [fig.]/Hello [fig.]" in: sic! 2006 S. 478 ff.) nicht einschlägig ist. Somit muss von einem strengen Massstab bezüglich der Verwechslungsgefahr ausgegangen werden (Urteile des BVGer B-4104/2021 vom 5. Dezember 2022 E. 4.2 "Capri-Sun/Pri-sun"; B-3464/2020 vom 8. Juli 2022 E. 3.2 "Ägeribier/Ägeribier [fig.]; B-6099/2013 vom 18. Mai 2015 E. 3.2 "Carpe diem/Carpe noctem").

5.

Die Marken sind teilweise für dieselben Oberbegriffe in Klasse 32 geschützt. Die übrigen von der angefochtenen Marke beanspruchten Waren "boissons glacées à base de fruits; boissons à base de fruits et jus de fruits; extraits de fruits sans alcool; jus de coco (boissons); Essences de noix de coco sans alcool pour faire des boissons; extraits de noix de coco sans alcool pour faire des boissons; eau de coco (boissons); eau de coco biologique (boissons); jus de goyave rose; boissons sans alcool à l'aloë vera et au miel; jus de goyave; jus de litchi; jus de mangue; jus de mangoustan (jus de fruits); boissons aux fruits de tamarin; nectars de fruits" sind "alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte", wofür die Widerspruchsmarke eingetragen ist, und diesen gleich. Die Vorinstanz ist daher zutreffend von Warenidentität ausgegangen, was die Beschwerdeführerin nicht in Frage stellt.

6.

6.1 Im nächsten Schritt ist die Zeichenähnlichkeit zu beurteilen. Obschon die angefochtene Marke als Wort-/Bildmarke eingetragen ist, enthält sie keine grafischen Elemente, sondern nur das in einer unauffälligen Computerschrift geschriebene Wort "Foco". Es stehen sich im Grunde zwei Wortmarken gegenüber (vgl. Urteil des BVGer B-2473/2022 vom 5. April 2023 E. 5.1 "acara/AICARE [fig.]").

6.2 Die Widerspruchsmarke besteht aus fünf Buchstaben, die angefochtene Marke aus vier. Der Wortanfang ist derselbe und entspricht dem Wortstamm "foc-" beider Marken. Beide Zeichen haben zwei Silben und werden gleich getrennt: "fo-cus" und "fo-co", so dass sie in der ersten Silbe übereinstimmen. In den Vokalfolgen o-u und o-o unterscheiden sie sich im zweiten Vokal. Die dunklen Vokale u und o sind sich akustisch allerdings ähnlich (Urteil des BVGer B-5179/2012 vom 20. Mai 2014 E. 6.2 "Tivo/Tivù Sat HD

[fig.]; zustimmend JOLLER, a.a.O., Art. 3 N 162; vgl. auch Urteil des BVGer B-234/2014 vom 4. Juli 2015 E. 6.2 "Juke/Jook Video [fig.]").

6.3 Das englische Wort "focus", das die Widerspruchsmarke bildet, wird ['fœukəs], mit dem Buchstaben "o" als "ou" und einem unbetonten "ä" als "u", ausgesprochen, während die angefochtene Marke mit offenen "o" ausgesprochen werden dürfte, doch könnten manche deutschsprachige Abnehmer die Widerspruchsmarke auch wie "Fokus" und französisch- und italienischsprachige Verkehrskreise sie in ihren Sprachen prononcieren.

6.4 Dass die Marken wie Kurzzeichen oder Akronyme gelesen werden und entsprechend mehr Wert auf kleine Abweichungen zu legen ist (vgl. oben E. 2.4), wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist insbesondere für die Widerspruchsmarke zu verneinen. Auch zweisilbige Zeichen hat die Praxis zwar schon als Kurzzeichen angesehen (Urteil des BVGer B-1185/2014 vom 7. Oktober 2016 E. 5.3.2 "Meco/Meso [fig.]"; vgl. Urteil des BGer 4A_300/2013 vom 2. Oktober 2013 E. 7.3 f. "Nova/Nafa"). Gemeinhin gilt jedoch, dass Akronyme aus zwei bis vier (Gross-)Buchstaben bestehen (Urteile des BVGer B-1306/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.3.5 "YT/EYT [fig.]"; B-3264/2020 vom 26. Januar 2022 E. 2.3.4 "EQ/eQart"; B-3149/2014 vom 2. März 2015 E. 6.2.4 "COS [fig.]"). Die Beurteilung muss im Einzelfall getroffen werden. Angesichts der Länge und des nahe liegenden Sinngehalts der Widerspruchsmarke ist vorliegend jedoch von keinen Kurzzeichen auszugehen.

6.5

6.5.1 Deutschsprachige Verkehrskreise werden bei "Focus" rasch an das deutsche Wort "Fokus" denken, das den Brennpunkt, Schwer- oder Mittelpunkt einer Sache bezeichnet (Duden online, Eintrag zu: "Fokus", abrufbar unter <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Fokus>>, abgerufen am 24.01.2024).

Das englische Verb "to focus" bedeutet in ähnlicher Weise: fokussieren, die Aufmerksamkeit oder das Interesse auf etwas richten, bündeln, scharfstellen, scharf einstellen, bzw. "focus" als Substantiv: den Schwerpunkt, das Hauptaugenmerk, Fokus, Brennpunkt, Mittelpunkt, die Bildschärfe" etc. (Urteil des BVGer B-259/2012 vom 27. März 2013 E. 5.1 "Focus/Abafocus"; siehe auch PONS, Englisch-Deutsch Übersetzung für "focus", abrufbar unter <<https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/focus>>,

abgerufen am 24.01.2024). Das Markenwort wird von den Verkehrskreisen somit problemlos verstanden.

In einigen französischen Wörterbüchern existiert das Wort "focus" nicht (vgl. PONS, Französisch-Deutsch Übersetzung für "focus", abrufbar unter <<https://de.pons.com/übersetzung/französisch-deutsch/focus>>, abgerufen am 24.01.2024). Andere Wörterbücher geben folgende Bedeutungen an: "(1) Photographie: Mise au point, (2) Gros plan (sur quelqu'un, quelque chose), Focus sur la formation" (Le Robert dictionnaire, Eintrag zu: "focus", abrufbar unter <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/focus>>, abgerufen am 24.01.2024).

Auch für die italienische Sprache liefern die Wörterbücher unterschiedliche Resultate. Manche übersetzen das Wort mit "Fokus, Schwerpunkt" ins Deutsche (PONS, Italienisch-Deutsch "focus", abrufbar unter <<https://de.pons.com/übersetzung/italienisch-deutsch/focus>>, abgerufen am 24.01.2024), erwähnen einen spezifisch medizinischen Sinn, der den vorliegend relevanten Verkehrskreisen kaum bekannt ist, oder liefern für das Wort "focus" keinen Treffer (vgl. dict.cc, Italienisch-Deutsch Übersetzung für "focus", abrufbar unter <<https://deit.dict.cc/?s=focus>>, abgerufen am 24.01.2024).

6.5.2 Die angefochtene Marke hat in den hiesigen Sprachen keinen Sinngehalt. "Foco" existiert jedoch in der spanischen Sprache und bedeutet übersetzt "Fokus" (PONS, Spanisch-Deutsch Übersetzung für "foco", abrufbar unter <<https://de.pons.com/übersetzung/spanisch-deutsch/foco>>, abgerufen am 24.01.2024; dict.cc, Spanisch-Deutsch Übersetzung für "foco", abrufbar unter <<https://es-de.dict.cc/?s=foco>>, abgerufen am 24.01.2024). Dass die massgeblichen Verkehrskreise diesen Sinn verstehen, erscheint zweifelhaft.

Auf Italienisch besteht weiter das Wort "fuoco" ("Feuer", aber auch "Brennpunkt, Fokus" im optischen bzw. technischen Sinn, vgl. Langenscheidt, Italienisch-Deutsch Übersetzung für "fuoco", abrufbar unter <<https://de.langenscheidt.com/italienisch-deutsch/fuoco>>, abgerufen am 24.01.2024; PONS, Italienisch-Deutsch Übersetzung für "fuoco", abrufbar unter <<https://de.pons.com/übersetzung/italienisch-deutsch/fuoco>>, abgerufen am 24.01.2024; Dizionario di Italiano il Sabatini Coletti, Eintrag zu: "fuoco", abrufbar unter <https://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/F/fuoco.shtml>, abgerufen am 24.01.2024). Dieser Begriff steht der spanischen Vokabel "foco" zwar nahe, aber im Kontext mit den vorliegenden

Waren werden die Verkehrskreise eher an Feuer als an einen Brennpunkt denken.

6.5.3 Zusammengefasst ist im Sinngehalt keine Übereinstimmung zwischen den Marken festzustellen.

6.6 Aufgrund der deutlichen Übereinstimmungen der Zeichen auf den Ebenen des Schriftbildes und Wortklangs ist die Zeichenähnlichkeit insgesamt zu bejahen.

7.

7.1 Weiter ist die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu prüfen. Die mit dem Sinngehalt "Schwerpunkt, Mittelpunkt, die Aufmerksamkeit oder das Interesse auf etwas richten, fokussieren" verstandene Marke ist für alkoholfreie (Frucht-)Getränke in der Regel nicht beschreibend. Diese werden, auch wenn es sich um Vitaminwasser oder sportunterstützende Getränke handelt, kaum dafür erworben, sich besser auf etwas fokussieren bzw. konzentrieren zu können. Getränke werden vor allem wegen des Geschmacks, gegen Durst und allenfalls ihrer gesundheitsfördernden Wirkungen wegen gekauft. Höchstens über einen weiteren Gedankenschritt und nach besonderen Überlegungen werden die Verkehrskreise eine Verbindung zur besseren Fokussierung herstellen.

7.2 Aus der Rechtsprechung betreffend Marken, die einen Sinngehalt aufwiesen, der vermittelte, was die Konsumenten nach dem Verzehr von Lebensmitteln erwarten konnten (vgl. Urteil des BGer 4C.353/2001 vom 25. März 2002 E. 3.1 "Activia/Acteva"; Entscheide der RKGE vom 8. Dezember 2006 E. 6 "Actimel et al. [fig.]/Actismile" in: sic! 2007 S. 448 ff.; RKGE vom 28. März 2003 E. 3 f. "Fitness" in: sic! 2003 S. 800 f.; RKGE vom 28. Dezember 2000 E. 4 "Kraft/NaturKraftWerke" in: sic! 2001 S. 135 ff.), ergibt sich kein anderes Bild. Die dort beanstandeten Bezeichnungen für Nahrungsmittel zielen alle direkt auf die Gesundheit, einen Aspekt, der beim Erwerb von Lebensmittel (und Flüssigkeiten), von Bedeutung ist. Für die Widerspruchsmarke ist eine beschreibende oder anpreisende Aussage dagegen nicht unmittelbar zu entnehmen. Bei der beanspruchten Ware "Bier" dürfte schliesslich von vornherein klar sein, dass eher der gegenteilige Effekt eintritt und mit dem damit einhergehenden zunehmenden Konsum von Alkohol die Fähigkeit sich zu fokussieren abnimmt.

7.3 Insofern die Beschwerdeführerin schliesslich auf die häufige Verwendung des Begriffs "Fokus" bzw. "focus" in den Medien hinweist, kann sie nichts für sich ableiten, da sie die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht beeinflusst (vgl. bereits Urteile des BVGer B-259/2012 vom 27. März 2013 E. 5.1 und 5.4 "Focus/AbaFocus"; B-3578/2007 vom 31. Oktober 2007 E. 2 "Focus/Pure Focus"). Damit eine Verwässerung einer Marke angenommen werden kann, muss eine erhebliche Anzahl von Drittzeichen in der Schweiz für gleiche oder ähnliche Waren bzw. Dienstleistungen tatsächlich gebraucht werden (Urteil des BVGer B-444/2022 vom 11. Januar 2023 E. 7.3 "Red Bull/Red Dragon; JOLLER, a.a.O., Art. 3 N 110), wofür die Beschwerdegegnerin keine Belege liefert. Auch eine Schwächung der Widerspruchsmarke durch Verwässerung erscheint somit nicht glaubhaft.

7.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Widerspruchsmarke für die vorliegenden Waren nicht beschreibend ist und folglich über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft und einen normalen Schutzzumfang verfügt.

8.

Schliesslich ist in einer Gesamtbetrachtung über die Verwechslungsgefahr zu befinden.

Die Gemeinsamkeiten der beiden Zeichen überwiegen die Unterschiede. Insbesondere ist schriftbildlich die komplette Übereinstimmung in den ersten drei Buchstaben im Wortstamm "foc-" am wichtigen Zeichenanfang zu erkennen. Weiter weisen die Zeichen die gleiche Silbenzahl auf und in der Vokalfolge sind Übereinstimmungen ersichtlich. In Anbetracht dessen, dass sowohl eine ähnliche, wie auch eine abweichende Aussprache der gegenüberstehenden Zeichen möglich ist, fällt dieser Aspekt kaum ins Gewicht. Im Sinngehalt bestehen keine Übereinstimmungen was aber nicht genügt, um die Zeichenähnlichkeit insgesamt zu relativieren. Unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke, der Warenidentität sowie der reduzierten Aufmerksamkeit der Verkehrskreise ist die Verwechslungsgefahr zwischen FOCUS und "Foco (fig.)" zu bejahen.

9.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang erscheint auch das Eventualbegehren, die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, nicht begründet.

10.

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

10.2 Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dafür ist im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wobei im Widerspruchsbeschwerdeverfahren das Interesse des Widersprechenden an der Löschung beziehungsweise jenes der Widerspruchsgegnerin am Bestand der angefochtenen Marke zu veranschlagen ist. Bei eher unbedeutenden Zeichen wird praxismässig ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen (BGE 133 III 492 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen, da keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke sprechen. Im Ergebnis rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf Fr. 4'500.– festzulegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

10.3 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 Bundesverwaltungsgericht legt die Entschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine solche eingereicht worden ist, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts dessen, dass sich der Aufwand der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren darauf beschränkt hat, in ihrer Beschwerdeantwort ohne weitere Begründung einzig die kostenfällige Abweisung der Beschwerde zu beantragen, erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 600.– zu Lasten der Beschwerdeführerin angemessen (vgl. Urteile des BVer B-5061/2019 vom 10. Mai 2022 E. 8.2 "POPPIT'S/POPPCHIPS"; B-6251/2013 vom 9. September 2014 E. 4.2 "P&C [fig.]/PD&C"). Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

11.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Der Beschwerdegegnerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 600.– zulasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Selim Haktanir

Versand: 9. Februar 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 102372; Einschreiben; Vorakten zurück)