



Urteil vom 11. Januar 2023

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiberin Gizem Yildiz.

Parteien

Reign Beverage Company LLC,
1547 N. Knowles Ave., US-90063 Los Angeles,
vertreten durch Paul Henri Pittet, Rechtsanwalt,
Bovard AG, Patent- und Markenanwälte,
Optingenstrasse 16, 3013 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Red Bull GmbH,
Am Brunnen 1, AT-5330 Fuschl am See,
vertreten durch Swissberg AG,
Seefeldstrasse 224, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 101439,
IR 961'854 RED BULL / CH 743'645 RED DRAGON.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der Schweizer Wortmarke CH 743'645 RED DRAGON, die am 28. Februar 2020 auf Swissreg veröffentlicht und für folgende Waren eingetragen wurde:

Klasse 32

Boissons énergisantes; boissons sans alcool; boissons pour sportifs.

B.

Gegen diese Eintragung erhob die Beschwerdegegnerin am 28. Mai 2020 Widerspruch bei der Vorinstanz und beantragte ihren vollständigen Widerruf. Diesen stützt sie auf ihre internationale Wortmarke IR 961'854 RED BULL, die am 19. März 2008 gestützt auf eine österreichische Basis eintragung mit Prioritätsdatum vom 15. Januar 2008 eingetragen und am 19. Juni 2008 in der *Gazette OMPI des marques internationales* Nr. 2008/20 publiziert wurde. Dabei besteht der Markenschutz u.a. für folgende Waren:

Klasse 32

Boissons sans alcool, y compris boissons rafraîchissantes, boissons énergétiques, boissons à base de petit-lait, boissons isotoniques, hypertoniques et hypotoniques (destinées à être utilisées par des sportifs et adaptées à leurs besoins); bières, bière de malt, bière de froment, porter, ale, stout et lager; boissons maltées sans alcool; eaux minérales et gazeuses; boissons aux fruits et jus de fruits; sirops, essences et autres préparations pour faire des boissons, ainsi que pastilles et poudres effervescentes pour faire des boissons et des cocktails sans alcool.

C.

Nachdem das Verfahren auf gemeinsames Begehren der Parteien für unbestimmte Zeit sistiert und die Sistierung auf Antrag der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 3. März 2021 wieder aufgehoben worden war, erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 6. Mai 2021 u.a. die Einrede des Nichtgebrauchs der Widerspruchsmarke und machte deren Kennzeichnungsschwäche geltend.

D.

Die Vorinstanz schloss die Verfahrensinstruktion am 30. August 2021 nach einem mehrfachen Schriftenwechsel ab. Die Beschwerdeführerin reichte am 10. September 2021 dennoch eine unaufgeforderte Stellungnahme ein.

E.

Mit Entscheidung vom 14. Dezember 2021 hiess die Vorinstanz den Widerspruch Nr. 101439 gut, mit der Begründung, es bestehe insbesondere aufgrund der konzeptuellen Übereinstimmung im Zeichenaufbau zumindest eine mittelbare Verwechslungsgefahr.

F.

Gegen diese Verfügung der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin am 28. Januar 2022 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Le recours contre la décision de l'IPI, du 14 décembre 2021, admettant l'opposition no 101439 contre la marque suisse 743645 RED DRAGON est déclaré recevable.
2. La décision de l'IPI, du 14 décembre 2021, admettant l'opposition no 101439 contre la marque suisse 743645 RED DRAGON est annulée.
3. L'enregistrement de la marque suisse no 743645 RED DRAGON est maintenu pour tous les produits revendus par cette marque.
4. Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge de l'intimée.
5. Des dépens pour la procédure de recours, d'un montant de Fr. 4'500.– sont alloués à la recourante et mis à la charge de l'intimée.

Sie führt insbesondere aus, beide Marken würden zwar den Begriff "red" enthalten, bei der Widerspruchsmarke handle es sich aber um einen Ausdruck für ein reales Tier, wohingegen es bei der angefochtenen Marke um eine mythologische Kreatur gehe. Die Widerspruchsmarke widerspiegle Kraft, Fülle, Reichtum und Vitalität. Die angefochtene Marke rufe jedoch böse Gefühle und Furcht hervor. Der Getränkekonsument habe keinen objektiven Grund, um einen Drachen mit einem Stier zu verwechseln.

G.

Mit Schreiben vom 16. März 2022 verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung und beantragt unter Hinweis auf die Begründung im angefochtenen Entscheid, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

H.

Mit Beschwerdeantwort vom 27. Mai 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die angefochtene Marke RED DRAGON vermittele unmissverständlich eine Botschaft wie "Ersatz für ein anderes Produkt", nämlich für RED BULL, weshalb zumindest eine mittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen sei.

I.

Mit Replik vom 26. August 2022 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Standpunkt fest und ergänzte, allein der Umstand, dass beide Marken den gleichen Zeichenbeginn RED haben, führe nicht zur Zeichenähnlichkeit.

J.

Mit Schreiben vom 12. September 2022 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Duplik und hielt an ihrem Begehren fest.

K.

Mit Duplik vom 27. Oktober 2022 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest und wiederholt grundsätzlich ihre Ausführungen gemäss Beschwerdeantwort vom 27. Mai 2022.

Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt.

L.

Auf die Durchführung einer Parteiverhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

M.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde zudem frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher 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 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). An die Unterschiedlichkeit der Waren und Dienstleistungen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je ähnlicher sich die Zeichen sind, und umgekehrt (BGE 128 III 445 E. 3.1 "Appenzeller"; 128 III 99 E. 2.c "Orfina"). Dabei sind die Aufmerksamkeit der massgebenden Verkehrskreise und die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu berücksichtigen (BGE 121 III 378 E. 2.a "Boss/Boks"; Urteil des BVGer B-531/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.1 mit Hinweisen "Gallo/Gallay [fig.]").

2.2 Die Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen beurteilt sich anhand der Einträge im Markenregister (Urteil des BVGer B-531/2013 E. 2.2 "Gallo/Gallay [fig.]"), soweit aufgrund einer Nichtgebrauchseinrede keine Einschränkung gegeben ist (Urteil des BVGer B-5179/2012 vom 20. Mai 2014 E. 3.2 "Tivo/Tivù Sat HD [fig.]; GALLUS JOLLER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar Markenschutzgesetz [MSchG] [nachfolgend: MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 3 N. 267). Gleichartigkeit liegt vor, wenn die massgeblichen Abnehmerkreise auf den Gedanken kommen 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 Kontrolle eines gemeinsamen Markeninhabers hergestellt (Urteile des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 2.2 "Vifor/Vitop"; B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 3.2 "Axotide/Acofide"). Für die Annahme gleichartiger Waren und Dienstleistungen sprechen eine einheitliche Wertschöpfungskette, der gleiche Verwendungszweck, ein ähnliches fabrikationsspezifisches Know-how, die marktübliche Verknüpfung oder enge Zusammengehörigkeit der Produkte mit gleichen Abnehmerkreisen und Vertriebsstätten (Urteile des BVGer B-2269/2011 vom 9. März 2012 E. 6.1 "Bonewelding [fig.]; B-758/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1 "G-mode/Gmode"; JOLLER, MSchG, Art. 3 N. 253 ff.). Die Zugehörigkeit zum gleichen Oberbegriff der Nizza-Klassifikation bildet ein Indiz für Gleichartigkeit (Urteil des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 2.2 "Vifor/Vitop"; JOLLER, MSchG, Art. 3 N. 274).

2.3

2.3.1 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. 2.a "Boss/Boks"; 119 II 473 E. 2.d "Radion/Radiomat"). Dabei ist davon auszugehen, dass die beiden Zeichen meist nicht gleichzeitig wahrgenommen werden. Das Erinnerungs- und Unterscheidungsvermögen der massgebenden Verkehrskreise wird durch die Umstände mitbeeinflusst, unter denen sich der Handel mit Waren der in Frage stehenden Gattung abzuwickeln pflegt, und hängt insb. von der Aufmerksamkeit ab, die beim Einkauf solcher Waren gewöhnlich angewendet wird (BGE 121 III 377 E. 2.a "Boss/Boks"; 98 II 138 E. 1 "Luwa/Lumatic"; 93 II 424 E. 2 "Burberrys"; 90 II 259 E. 3 "Schwarzkopf"). Übereinstimmungen im Wortanfang bzw. -ende haben im Erinnerungsbild ein besonderes Gewicht (vgl. BGE 122 III 382 E. 5.b "Kamillosan"; Urteil des BVGer 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 E. 6.6.2.1 "Telco [fig.]/Tell"; Urteile des BVGer B-3264/2020 vom 26. Januar 2022 E. 2.3.2 "EQ/EQart"; B-1306/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.3.2 "YT/EYT [fig.]").

2.3.2 Für die Ähnlichkeit von Wortmarken sind der Wortklang, das Schriftbild und der Sinngehalt massgebend, wobei die Übereinstimmung auf einer Ebene i.d.R. zu Annahme einer Zeichenähnlichkeit genügt (BGE 127 III 160 E. 2.b.cc; Urteil des BGer 4A_28/2021 vom 18. Mai 2021 E. 6.6.2.1 "Telco [fig.]/Tell"; Urteil des BVGer B-6732/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.4 "Calida/Calyana"). Der Wortklang wird im Wesentlichen durch die Silbenzahl, die Aussprachekadenz und die Aufeinanderfolge der Vokale bestimmt; das Schriftbild durch die Anordnung und optische Wirkung der Buchstaben sowie die Wortlänge (BGE 122 III 382 E. 5.a "Kamillosan"; 119 II 473 E. 2.c "Radion/Radiomat").

2.3.3 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 auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, ist die Eintragung zu verweigern (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; 128 III 477 E. 1.5 "Première"; 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"). Auch englischsprachige Ausdrücke werden im Rahmen der schweizerischen Markenprüfung berücksichtigt, sofern sie für einen erheblichen

Teil der massgeblichen Verkehrskreise verständlich sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 "Masterpiece"; Urteil des BVGer B-3745/2020 vom 3. August 2021 E. 3.5 "Stellar"). Vom breiten Publikum ist die Kenntnis eines Grundwortschatzes englischer Vokabeln zu erwarten (BGE 125 III 203 E. 1c "Budweiser"; Urteile des BVGer B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.2 "Ironwood"; B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 "Factfulness"). Für die Beurteilung der Englischkenntnisse können weitere Indizien herangezogen werden, etwa die Ähnlichkeit fremdsprachiger Begriffe mit jenen einer Landessprache oder die zunehmende Verbreitung von Anglizismen (vgl. Urteile des BVGer B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.6 "Factfulness"; B-4849/2017 vom 8. Februar 2019 E. 4.2 "Revelation"; B-1615/2014 vom 23. März 2016 E. 6.2 "Gridstream AIM/aim [fig.]"; CLAUDIA KELLER, Do you speak English? – Anmerkungen zum Bundesverwaltungsgerichtsentscheid B-804/2007 vom 4. Dezember 2007 "Delight Aromas [fig.]", in: *sic!* 2008, 485).

2.4

2.4.1 Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn aufgrund der Ähnlichkeit der Zeichen und der Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen Fehlzurechnungen zu befürchten sind, so dass die mit dem jüngeren Zeichen versehenen Waren und Dienstleistungen dem falschen Markeninhaber zugerechnet werden. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn eines der zu vergleichenden Zeichen für das andere gehalten wird, eine mittelbare, wenn die massgeblichen Verkehrskreise die Zeichen zwar auseinanderhalten, dahinter aber wirtschaftliche Zusammenhänge der Markeninhaber vermuten, die in Wirklichkeit nicht bestehen (Urteile des BVGer B-5404/2021 vom 16. August 2022 E. 2.3 "Vifor/Vitop"; B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 3.5 "Axotide/Acofide"); JOLLER, MSchG, Art. 3 N. 23 f.).

2.4.2 Eine starke Kennzeichnungskraft und ein hoher Bekanntheitsgrad einer Marke erhöhen die Wahrscheinlichkeit von Assoziationen und damit die Gefahr, dass die Abnehmer ähnliche Drittmarken missdeuten (BGE 128 III 445 E. 3.1 "Appenzeller"; Urteil des BVGer B-5179/2012 vom 20. Mai 2014 E. 3.5 mit Hinweisen "Tivo/Tivù Sat HD [fig.]"). Starke Marken sind das Ergebnis einer schöpferischen Leistung oder langen Aufbauarbeit und verdienen deshalb einen weiten Ähnlichkeitsbereich (BGE 122 III 382 E. 2.a "Kamillon/Kamillosan"; Urteil des BVGer B-5692/2012 vom 17. März 2014 E. 3.5 mit Hinweisen "Yello/Yellow Lounge"; vgl. GALLUS JOLLER, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anforderungen an die Unterscheidbarkeit von Kennzeichen

im Marken-, Firmen-, Lauterkeits- und Namensrecht, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht [SMI] Bd. 53, 2000, S. 204). Wer sich auf die Bekanntheit einer Marke beruft, muss diese glaubhaft machen (Urteile des BVGer B-2232/2019 vom 10. Dezember 2019 E. 2.5 "JB Blancpain [fig.]/Reapain [fig.>"; B-1306/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.4 "YT/EYT [fig.>"). Die Bekanntheit kann einerseits mit einer demoskopischen Umfrage ermittelt werden, andererseits aber auch mit einem indirekten Nachweis wie Belege (JOLLER, MschG, Art. 3 N. 103). Um eine erhöhte Verkehrsbekanntheit zu bejahen, müssen die Belege in der Schweiz einen langjährigen Gebrauch der Marke und intensive Werbung ausweisen. Auch Umsatzzahlen und die Höhe des Werbeaufwandes können einen intensiven Gebrauch dokumentieren (Urteile des BVGer B-5294/2016 vom 31. Oktober 2018 E. 6.2.3, "Meister/ZeitMeister"; B-3162/2010 vom 8. Februar 2012 E. 6.4, "5th Avenue [fig.]/Avenue" [fig.]).

2.4.3 Für schwächere Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Bei schwachen Marken genügen daher schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen (BGE 122 III 382 E. 2a "Kamillosan"). Schwach sind insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an das Gemeingut anlehnen (Urteil des BVGer B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 3.7 "Axotide/Acofide"). Dazu gehören Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie die Bestimmung, den Verwendungszweck oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, sofern sie von den Verkehrskreisen ohne besondere Denkarbeit oder Fantasieaufwand verstanden werden und sich nicht in blossen Anspielungen erschöpfen (BGE 135 II 359 E. 2.5.5 "akustische Marke"; Urteil des BVGer B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 4.1 "Noblewood"). Ihr Schutzzumfang ist in der Regel schon eingeschränkt, wenn sie nur einen Teil der vom Oberbegriff umfassten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, für den sie eingetragen sind (Urteile des BVGer B-1190/2013 vom 3. Dezember 2013 "Ergo"; B-953/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 2.4 "Cizello/Scielo" m.w.H.).

3.

Als erstes zu prüfen sind die massgeblichen Verkehrskreise, welche ausgehend vom Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke festgelegt werden. Diese bestehen im vorliegenden Fall aus den Konsumenten von nichtalkoholischen Getränken, insbesondere auch Sportler, die Energie- und isotonische Getränke, sowie Kinder und Erwachsene, die Mineral- und Fruchtrgetränke nachfragen (vgl. Urteil des BVGer B-2766/2013 vom 28. April 2014 E. 3.3 "Red Bull/Bulldog"). Da es sich um Massenartikel des täglichen

Bedarfs handelt, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (BGE 126 II 315 E. 6b/bb "Apiella"; 122 II 382 E. 3a "Kamillosan"; Urteil des BGer 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3 "Yello").

4.

Vorliegend ist strittig, ob zwischen den beiden Marken RED BULL und RED DRAGON in Bezug auf Energydrinks und alkoholfreie Getränke eine Verwechslungsgefahr besteht, was von der Vorinstanz bejaht wurde.

4.1 Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Widerspruchsmarke sei für Energiegetränke in der Schweiz notorisch bekannt und werde von einer Mehrheit des Publikums zweifelslos der Beschwerdegegnerin zugeordnet. Es handle sich dabei um ein Zeichen mit erhöhter Kennzeichnungskraft und entsprechend erweitertem Schutzzumfang (Verfügung, Ziff. E. 5). Die angefochtene Marke stimme (teilweise) klanglich und sinngemäss, vor allem aber konzeptuell mit der Widerspruchsmarke überein, weshalb eine Verwechslungsgefahr begründet sei. In Anbetracht der Warenidentität bzw. starken Gleichartigkeit und der Übernahme des ersten Teils der Widerspruchsmarke lassen sich falsche Zusammenhänge vermuten, sodass zumindest von einer mittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen sei (Verfügung, Ziff. E.10).

4.2 Dem entgegnet die Beschwerdeführerin, bei der Widerspruchsmarke handle es sich um ein Wort für ein existierendes Tier, bei der angefochtenen Marke hingegen für ein Fabelwesen. Weiter sei das Element "red" kennzeichnungsschwach, da es die Farbe bestimmter, von der Widerspruchsmarke beanspruchter Waren beschreibe (Beschwerde, Ziff. 2.3). Darüber hinaus seien 23 Wortmarken in der Schweiz – wovon nur sechs auf den Namen der Beschwerdegegnerin lauten – und zahlreiche internationale Wortmarken mit demselben Begriff eingetragen, weshalb die Beschwerdegegnerin kein Vorrecht auf die ausschliessliche Verwendung dieses Begriffes habe. Insgesamt sei trotz verminderter Aufmerksamkeit weder von einer unmittelbaren noch von einer mittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen (Beschwerde, Ziff. 3). Zur Verstärkung ihrer Argumentationen verweist sie auf ein estländisches Gerichtsurteil, in welchem eine Verwechslungsgefahr zwischen den strittigen Zeichen verneint wurde (Beschwerde, Ziff. 2.4).

4.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführerin lehne sich ganz bewusst an die Marke RED BULL und mit einem Drachen als "geflügeltes Tier" auch an die Vermarktung "Red Bull verleiht Flügel" an, um ohne eigenen Aufwand von deren ausserordentlich hohen Bekanntheit und gutem Ruf zu profitieren. Die Marken seien gleich aufgebaut: Bei beiden stehe am Anfang das englische Wort "red", welches von einem englischen Tierbegriff, der Kraft und Stärke symbolisiere, gefolgt werde (Beschwerdeantwort, Ziff. 41f.). Bereits das Zeichen RED in Alleinstellung sei ein starkes Markenelement. Die Beschwerdegegnerin verweist dabei auf eine im Jahre 2010 erhobene demoskopische Umfrage und behauptet gestützt darauf eine Verkehrsdurchsetzung des Zeichenelements RED für Energydrinks in der Schweiz (Beschwerdeantwort, Ziff. 51 f.). Bezüglich des ausländischen Entscheids, den die Beschwerdeführerin ins Recht legte, stellt sie sich auf den Standpunkt, es handle sich um einen singulären Entscheid (Beschwerdeantwort, Ziff. 44).

5.

Die von der Vorinstanz festgestellte Gleichheit bzw. Gleichartigkeit wird von den Parteien nicht in Frage gestellt, weshalb nachfolgend nicht weiter darauf einzugehen ist.

6.

Die zu vergleichenden Marken sind reine Wortmarken. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit müssen daher der Wortklang, das Schriftbild und der Sinngehalt miteinander verglichen werden:

6.1 Im Zusammenhang mit dem Wortklang verfügt die Widerspruchsmarke über zwei (red-bull), die angefochtene Marke über drei Silben (red-dragon). Was die Vokalfolge anbelangt, besteht diese bei Ersterem aus e-u, bei Letzterem aus e-a-o. Bei beiden Marken sind bei den vorgenannten Kriterien Unterschiede feststellbar. Die Zeichen stimmen jedoch im Wort "red" überein. Vergleicht man weiter die Schriftbilder der Marken, so setzen sich diese aus zwei Wörtern zusammen, wobei das gemeinsame Wort "red" drei, das zweite Wort "bull" bei der Widerspruchsmarke ebenfalls drei und das zweite Wort "dragon" bei der angefochtenen Marke fünf Buchstaben lang ist. Aufgrund des gleichen Zeichenanfangs und der Betonung auf demselben besteht höchstens eine entfernt klangliche und schriftbildliche Ähnlichkeit, da das zweite Wort bei beiden Marken verschieden ist.

6.2

6.2.1 Das gemeinsame Anfangselement RED ist ein Wort der englischen Sprache. Es bedeutet "rot" und gehört zum Grundwortschatz (<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/red>, besucht am 8. Dezember 2022). Rot ist eine der drei Grundfarben und hat in verschiedenen Ländern und Kulturen unterschiedliche Bedeutungen; Rot steht bekannterweise für Feuer. In positiver Hinsicht symbolisiert die Farbe Liebe bzw. Leidenschaft, in negativer Hinsicht Wut (Erröten), Aggressivität, Gewalt (rotes Tuch als Aufruf zum Kampf) oder Gefahr (bspw. Warnsignale). In der griechischen und römischen Antike wurde die rote Farbe sodann mit Kraft und Stärke verbunden (vgl. hierzu https://praxistipps.focus.de/farbe-rot-bedeutung-und-wirkung-der-farbe-rot_107802, besucht am 8. Dezember 2022).

6.2.2 Das zweite Wort der Widerspruchsmarke "bull" ist ebenfalls Teil des englischen Grundwortschatzes und wird mit "Stier, Bulle" übersetzt (<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/bull?bidir=1>, besucht am 8. Dezember 2022). Der Stier kommt als Wesen in der Mythologie verschiedener Kulturen vor. Er galt im Verlauf der Geschichte als ein wichtiges Lasttier (Stiere haben eine enorme Kraft). Heutzutage wird das Tier aufgrund von Stierkämpfen eher mit Gewalt und Aggressivität in Verbindung gebracht (<https://www.auszeit.bio/zu-sich-finden/krafttiere-1/krafttier-stier/>, besucht am 8. Dezember 2022).

6.2.3 Schliesslich gehört auch das zweite Wort der angefochtenen Marke "dragon" zum englischen Grundwortschatz und wird als "Drache" verstanden (<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/dragon>, besucht am 9. Dezember 2022). Wie der Stier ist auch der Drache ein mythologisches Wesen. Er widerspiegelt Schutz, Kraft und Stärke (www.zukunftsblick.ch/wissensdatenbank/infos/drachen/, besucht am 9. Dezember 2022).

6.2.4 Bei allen drei Begriffen besteht eine grosse Ähnlichkeit zu den Landessprachen ("red" für "rot" [dt.], "bull" für "Bulle" [dt.], "dragon" für "drago" [it.] / "dragon" [fr.] / "Drache" [dt.]); Unbestrittenermassen verstehen die Verkehrskreise unter den beiden Zeichen somit "roter Stier" und "roter Drache". Von den Verkehrskreisen ist nicht zu erwarten, dass sie sich in mythologischen Wesen auskennen. Entscheidend ist vielmehr, dass beide Marken aus zwei Wörtern bestehen und für diese ohne Weiteres ein rotes Tier symbolisieren. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass eine Assoziation von beiden Tieren zur Kraft, Stärke und Gefahr besteht, wobei die

Farbe Rot diese Gedankenverbindung umso mehr verstärkt (vgl. E. 6.2.1). Der Vorinstanz zustimmend macht dieselbe Idee in Bezug auf den Zeichenaufbau die Marken in sinngeltlicher Hinsicht ähnlich.

6.3 Im Ergebnis ist zumindest eine leichte Zeichenähnlichkeit aufgrund des gemeinsamen Anfangselements RED sowie des gleichen Zeichenaufbaus eines Farbadjektivs mit nachgestelltem Substantiv, wobei dieses bei beiden ein wildes, kräftiges Tier ist, zu bejahen.

7.

Schliesslich ist in einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft beider Marken und des Aufmerksamkeitsgrades, den die massgeblichen Verkehrskreise bei der Nachfrage der beanspruchten Waren walten lassen, über die Verwechslungsgefahr zu befinden:

7.1 Die Widerspruchsmarke RED BULL lässt weder für Energydrinks noch für andere alkoholfreie Getränke einen beschreibenden Sinngehaltsbezug erkennen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Sinngehalt der Marke als Ganzes zu berücksichtigen; aber selbst der Bestandteil RED wäre für Energydrinks nicht beschreibend, da kein rotes Getränk zu erwarten ist. Die Farbe Rot kann zwar gewisse Assoziationen zu Kraft wecken (vgl. E. 6.2.1), jedoch nur mit Zuhilfenahme der Fantasie, weshalb keine Produktnähe besteht. Damit ist bei der Widerspruchsmarke von einer ursprünglich normalen Kennzeichnungskraft auszugehen.

7.2

7.2.1 Die Vorinstanz stellte fest, bei der Widerspruchsmarke handle es sich um eine instituts- und gerichtsnotorische Marke mit erhöhter Kennzeichnungskraft und entsprechend erweitertem Schutzzumfang. Unabhängig von älteren Entscheiden, in welchen die Bekanntheit von RED BULL bereits festgehalten wurde (vgl. Urteile des BVGer B-1085/2008 vom 13. November 2008 E. 7 "Red Bull/Stierbräu"; BVGer B-2766/2013 vom 28. April 2014 E. 6.1 "Red Bull/Bulldog"), reichte die Beschwerdegegnerin schon im vorinstanzlichen Verfahren zahlreiche Belege ein (Umsatzzahlen von Grossdetailhändlerin in der Schweiz, Medien- und Marketingaufwand etc.), welche einen intensiven Gebrauch beweisen. Im Beschwerdeverfahren wurde die Bekanntheit von der Beschwerdeführerin nur pauschal bestritten. Mit Replik vom 26. August 2022 führte sie lediglich aus, der Markt für Energiegetränke habe sich stark gewandelt. Einerseits würden heute auch andere Marken den Status der "bekannten Marke" geniessen, andererseits seien die Verkaufszahlen von RED BULL rückgängig (Replik, S. 6). Der

Verweis der Beschwerdeführerin auf eine Umfrage in den USA, welche die Jahre 2021/2022 betrifft, genügt vorliegend nicht, um die Bekanntheit in Frage zu stellen. Einerseits fehlt der Bezug zur Schweiz, andererseits sind die Parameter der Befragung unbekannt, sodass es dieser an Beweiswert fehlt.

7.2.2 Die festgestellte Bekanntheit in Bezug auf Energiegetränke erstreckt sich sodann auch auf alle gleichartigen Waren (vgl. Urteil des BVGer B-720/2017 vom 6. Dezember 2018 E. 7.3 "BLACKBERRY/blackphone [fig.]").

7.2.3 Die angefochtene Marke übernimmt von der Widerspruchsmarke den Anfangsbestandteil RED. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin ist hier nicht relevant, ob sich der Bestandteil RED im Verkehr durchgesetzt habe; vielmehr geht es darum, dass kennzeichnungskräftige Zeichen starke Erinnerungsvorstellungen hinterlassen, die unzutreffende Assoziationen begünstigen. Vorliegend genügt somit die Teilidentität im Anfangselement und Parallelität im Aufbau der beiden Marken, um im Bewusstsein des Konsumenten eine Gedankenverbindung zur bekannten Widerspruchsmarke hervorzurufen (BGE 122 III 382 E. 2.a "Kamillosan"; Urteil des BVGer B-720/2017 vom 6. Dezember 2018 E. 7.5 "BLACKBERRY/blackphone [fig.]").

7.2.4 Insgesamt wird in Anbetracht der geringen Aufmerksamkeit der Verkehrskreise "ein wildes rotes Tier" im Erinnerungsbild haften bleiben. Der Markenbestandteil RED charakterisiert die Widerspruchsmarke dank ihres erhöhten Schutzzumfangs hinreichend, um im Verhältnis zur angefochtenen Marke eine mittelbare Verwechslungsgefahr hervorzurufen. Trotz Benutzung von verschiedenen Tieren besteht immer noch die Gefahr, dass dahinter wirtschaftliche Zusammenhänge vermutet werden, die in Wirklichkeit nicht bestehen.

7.3 Das Argument der Beschwerdeführerin, es könne eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen werden, da weitere Marken mit dem Bestandteil RED bereits eingetragen seien, kann nicht gehört werden. Sie macht implizit eine Verwässerung des Elements RED geltend. Damit eine Verwässerung der Marke angenommen werden kann, muss eine erhebliche Anzahl von Drittzeichen in der Schweiz für gleiche oder ähnliche Waren bzw. Dienstleistungen gebraucht werden (JOLLER, MSchG, Art. 3 N. 110 ff.). Alleine aufgrund der Registerlage darf nicht auf eine Verwässerung der

Marke geschlossen werden, weil erfahrungsgemäss nicht alle eingetragenen Marken in Gebrauch kommen (vgl. Urteile des BVGer B-2636/2015 vom 29. März 2016 E. 8.2 "Axotide/Acofide"; B-7057/2016 vom 4. Mai 2018 E. 9.2.3 "7seven [fig.]/Sevenfriday"). Ein solcher Nachweis fehlt jedoch vorliegend.

7.4 Auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf ausländische Entscheide (vgl. Eingabe vom 21. Februar 2021, Entscheid des norwegischen Amts für gewerblichen Rechtsschutz vom 31. Januar 2022 und Entscheidung des estnischen Komitees für gewerblichen Rechtsschutz vom 28. April 2006) vermag an der Beurteilung nichts zu ändern; ausländische Entscheide haben im Widerspruchsbeschwerdeverfahren keine präjudizielle Wirkung und können nur im Rahmen einer rechtsvergleichenden Auslegung mitberücksichtigt werden, sofern die Rechtslage vergleichbar ist und die ausländische Rechtsprechung sich auf dieselbe Marke bezieht (BGE 130 III 113 E. 3.2 "Montessori"; Urteil des BVGer B-6219/2013 vom 27. April 2016 E. 6.2 "Rote Damenschuhsohle"). In den eingereichten Entscheiden handelt es sich um andere Marken, die für das vorliegende Verfahren somit unbeachtlich bleiben.

8.

Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 14. Dezember 2021 zu bestätigen.

9.

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

9.1 Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien festzulegen (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]). 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 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"). 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.

9.2 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 und ist anhand der eingereichten Kostennote oder, wird keine Kostennote eingereicht, aufgrund der Akten festzulegen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 VGKE). Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Kostennote einen Aufwand von Fr. 7'000.– (inkl. MWST) geltend. Angesichts der Tatsache, dass im zweiten Schriftenwechsel keine grundlegenden Erneuerungen aufgeführt wurden, erscheint dieser Betrag zu hoch und ist angemessen auf Fr. 5'500.– (inkl. MWST, Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zu kürzen. Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

9.3 Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 73 BGG). Es wird daher mit Eröffnung rechtskräftig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung vom 14. November 2021 bestätigt.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Der Beschwerdegegnerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– zulasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Gizem Yildiz

Versand: 17. Januar 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdebeilagen zurück)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; Beilagen: Akten zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 101439; Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück)