

# **BVGer B-3550/2009 vom 26. Mai 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-05-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3550\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3550_2009)

FR: TAF B-3550/2009 du 26 mai 2011

IT: TAF B-3550/2009 del 26 maggio 2011

## **Regeste**

Absolute Ausschlussgründe

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz gewährte mit Verfügung vom 15. September 2009 den "isotonischen Getränken" der Klasse 32 den beantragten Schutz. Diesbezüglich ist die Beschwerde gegenstandslos geworden.

### **E. 1.3**

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde einzutreten, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

### **E. 2.1**

Nach der Legaldefinition ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]).

### **E. 2.2**

Die Marke hat eine Unterscheidungs-, eine Herkunfts- und allenfalls weitere tatsächliche Funktionen (Michael Noth/Florent Touvenin, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 1, N. 26 ff.).

### **E. 2.3**

Als "Herkunftsfunktion" der Marke wird seit den Anfängen ihre wichtigste wirtschaftliche Funktion für den Wirtschaftsverkehr bezeichnet. Jede Marke sollte ursprünglich der "Feststellung der Herkunft gewerblicher und landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder Waren" dienen (Art. 1 Ziff. 2 des aMSchG - des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken [...] vom 26. September 1890 [AS 12, 1 ff.]), und auch heute wird diese

Hauptbedingung noch ihre "Herkunftsfunktion" genannt, obwohl sie nun etwas abgeschwächt lautet, die Marke müsse eine "ungestörte abstrakte Zuordnungsmöglichkeit zu einer anonymen Quelle bzw. als Mittel der abstrakten Ursprungsidentifikation" leisten (Noth/Thouvenin, a.a.O., Art. 1, N. 34, vgl. zur der Entwicklung und den verschiedenen Definitionen: N. 33 ff.).

#### **E. 2.4**

Nach Art. 2 Bst. a MSchG sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr durchgesetzt haben.

#### **E. 2.5**

Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, denen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 4848/2009 vom 14. April 2010 E. 2.2 Trendline/Comfortline, B 1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2 Pirates of the Caribbean, mit Hinweisen; Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 17. Februar 2003, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003 S. 495 E. 2 Royal Comfort; Eugen Marbach, Markenrecht, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel 2009, N. 247; Christoph Willi, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 34). Zu den Zeichen mit fehlender Unterscheidungskraft zählen u.a. Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie die Beschaffenheit, die Bestimmung, den Verwendungszweck, die Zeit der Erzeugung oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, für welche das Zeichen hinterlegt wurde (BGE 128 III 447 E. 1.5 Première, BGE 127 III 160 E. 2b.aa Securitas; RKGE vom 17. Februar 2003, in: sic! 2003 S. 495 E. 2 Royal Comfort mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A.7/1977 vom 23. März 1998 Avantgarde, publ. in: sic! 1998 S. 397). Marken, die sich in der Bezeichnung einer generischen Herkunft der Ware erschöpfen, hat die Praxis stets umfassend als Gemeingut qualifiziert, und zwar ohne Differenzierung aufgrund der Verkaufs- oder Kaufsabsicht, der Warenqualität, der Rückverfolgbarkeit oder der Häufigkeit am Markt (vgl. z.B. Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-2125/2008 vom 15. Mai 2009 Total Trader für Wertschriften, B-7445/2008 vom 7. August 2007 Webautor für wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen, RKGE vom 14. Oktober 2004, in: sic! 2005, S. 131 Marché für Restaurant-Verpflegung, RKGE vom 23. Juni 1999, in: sic! 1999, S. 643 Swiss Military für Uhren). Grundlegend für den Ausschluss vom Markenschutz ist, dass die von der Herkunftsfunktion erfasste "betriebliche Herkunft" abgegrenzt werden muss von Bezeichnungen, die ausschliesslich eine generische oder - hier nicht zur Diskussion stehende - geografische Herkunft zum Ausdruck bringen. Als Gemeingut schutzunfähig sind auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (BGE 120 III 225 E. 5.1 Masterpiece, Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 we make ideas work).

#### **E. 2.6**

Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen nicht schon zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen

muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke für einen wesentlichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne Zuhilfenahme der Fantasie zu erkennen ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 *Première*, BGE 127 III 160 E. 2b.aa *Securitas*, Urteil des Bundesgerichts 4A.265/2007 vom 26. September 2007 E. 2.1 *American Beauty*).

### **E. 2.7**

Zu berücksichtigen ist ferner, dass ein Zeichen für den gesamten Oberbegriff unzulässig ist, wenn es dies für bestimmte Produkte, die unter den Oberbegriff fallen, ist (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 5.2 *Terroir*, B-2125/2008 vom 15. Mai 2009 E. 5.2.1 *Total Trader*, B-1878/2007 vom 15. Februar 2008 E. 2 *Teddybär*; RKGE vom 30. April 1998, in: *sic!* 1998 S. 477 E. 2c *Sourcesafe*).

### **E. 2.8**

Setzt sich die Marke aus Wörtern einer anderen als einer schweizerischen Landessprache zusammen, so ist auf die Sprachkenntnisse der angesprochenen schweizerischen Verkehrskreise abzustellen. Die englische Sprache ist dem schweizerischen Durchschnittsverbraucher zumindest in den Grundzügen vertraut, so dass nicht nur einfache Wörter mit leicht verständlichem Sinngehalt, sondern auch komplexe Aussagen verstanden werden (Willi, a.a.O., Art. 2 N. 17). Englische Begriffe müssen mit anderen Worten berücksichtigt werden, sofern sie einem wesentlichen Teil der Bevölkerung unseres Landes bekannt sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 *Masterpiece*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8186/2008 vom 23. Februar 2010 E. 3 *Babyrub*, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; vgl. ferner die Übersicht über die Rechtsprechung bei: David Aschmann, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], *Markenschutzgesetz [MschG]*, Bern 2009, Art. 2 lit. a, N. 112 f.).

### **E. 2.9**

Die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Marke ist aus Sicht der angesprochenen Abnehmerkreise der Waren und Dienstleistungen vorzunehmen (BGE 129 III 225 E. 5.1 *Masterpiece*, BGE 128 III 447 E. 1.6 *Première*, BGE 116 II 609 E. 2c *Fioretto*).

### **E. 3.1**

Das strittige Zeichen besteht aus dem Begriff *FARMER* und ist hinterlegt für alkoholfreie Getränke, mit Ausnahme von Mineralwasser und kohlenensäurehaltigen Wässern. Es richtet sich somit neben Fachhändlern vor allem an Durchschnittskonsumenten.

### **E. 3.2**

Zu prüfen ist ausschliesslich das konkret vorgelegte Zeichen (Eugen Marbach, a.a.O., N 204). In der Regel werden Tatsachen aus dem persönlichen Umfeld der die Marke anmeldenden oder innehabenden Person nicht in die Beurteilung mit einbezogen, es sei denn, der Sinngehalt könne aufgrund einer faktischen Alleinstellung dieser Person auch in Zukunft nur mit dieser in Verbindung gebracht werden (Aschmann, a.a.O., N. 41, mit Hinweisen). Eine solche Alleinstellung liegt hier nicht vor. Die Tatsache, dass der Markenschutz von einer historisch als Selbsthilfeorganisation der örtlichen Bauern konzipierten Genossenschaft (vgl. *Beschwerdeschrift* vom 2. Juni 2009, Ziff. III.1) beantragt wird, ist deshalb hier nicht von Bedeutung.

### **E. 3.3.1**

"Farmer" ist ein Wort aus der englischen Sprache, das insbesondere übersetzt wird mit "(Gross-)Bauer, Landwirt", aber auch mit dem Begriff "Farmer" (vgl. Langenscheidt Handwörterbuch Englisch, Berlin/München/Wien/Zürich/New York 2005). Wie bereits diese Übersetzung zeigt, aber auch der Eintrag im Duden bestätigt, wird das Wort auch als "deutsches" Wort gebraucht (vgl. Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich, 2006, und Das Synonymwörterbuch, 4. Aufl. Mannheim 2007 [CD-ROM]). Im Französischen wird "farmer" unter anderem mit "agriculteur, cultivateur, fermier, paysan" übersetzt (WordReference.com English - French, look up: farmer). Dabei ist "farmer" dem Begriff "fermier" sehr ähnlich (vgl. dazu die Herkunft des englischen Worts "farmer", mit dem engen Bezug zur lateinischen und französischen Sprache: [www.etymonline.com](http://www.etymonline.com) search: farmer, sowie die Herkunft des Wortes "Farm": Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. Mannheim 2006 [CD-ROM]). Als in der deutschen Sprache auch verwendetes Wort bzw. aufgrund seiner Ähnlichkeit mit dem französischen "fermier" und zudem als Substantiv, das dem Grundwortschatz zugerechnet werden kann, kann der Begriff "farmer" als dem schweizerischen Durchschnittskonsumenten bekannt vorausgesetzt werden. Dies wird im Übrigen auch nicht bestritten.

### **E. 3.3.2**

"Farmer" ist ebenfalls ein Name, als solcher aber in der Schweiz nicht allzu weit verbreitet (vgl. [www.local.ch](http://www.local.ch) und [www.directories.ch](http://www.directories.ch): ungefähr 200 Treffer im März 2011 bezüglich Personen- und Geschäftsadressen), so dass dieses Verständnis des Worts von untergeordneter Bedeutung sein dürfte.

### **E. 3.4.1**

Der Begriff "Farmer" - wenn er nicht in seiner Funktion als Name gebraucht wird - beschreibt den Landwirt, Bauern (vgl. Duden, Synonymwörterbuch, a.a.O.), allenfalls verstanden als solcher aus dem englischsprachigen Raum (wie USA, Kanada, Australien). Auf eine Assoziation mit dem angelsächsischen Raum weist das Universalwörterbuch des Duden, wenn der "Farmer" als Besitzer einer "Farm" und diese wiederum insbesondere als "grösserer landwirtschaftlicher Betrieb (in angelsächsischen Ländern)" bezeichnet wird (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, a.a.O.).

### **E. 3.4.2**

Der Landwirt ist derjenige, der Landwirtschaft betreibt. Die Landwirtschaft befasst sich mit der Nutzung des Bodens, insb. durch Ackerbau und Viehzucht (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, 13. Aufl., Wiesbaden 1993, Stichwort "Landwirtschaft"). Im Rahmen von Diversifikationsmassnahmen hat unter anderem auch der Direktverkauf, die Verarbeitung und Vermarktung von landwirtschaftlichen Produkten durch landwirtschaftliche Betriebe an Bedeutung gewonnen (vgl. Vielfältiges Unternehmertum in der Landwirtschaft - Situationsbericht 2007 des Schweizerischen Bauernverbands, S. 33, 40, 45 [[www.bauernverband.ch](http://www.bauernverband.ch), zu finden unter der Suchfunktion]). Dies bedeutet, dass der Landwirt seine Produkte, unter Umständen nach einer Verarbeitung, selbst an einem Stand oder in einem Hofladen, d.h. einem direkt dem landwirtschaftlichen Betrieb angeschlossenen Laden, verkauft, allenfalls ergänzt durch zugekaufte Waren.

### **E. 3.5.1**

Vorliegend wird der Markenschutz für Waren der Klasse 32 beantragt, und zwar für "alkoholfreie Getränke (ausgenommen Mineralwasser und kohlenensäurehaltige Wässer)".

Diese werden präzisiert als "namentlich Eistee, Fruchtgetränke, insbesondere Orangen- und Grapefruitsaft, Süssmost, Traubensaft und Multivitamin-Fruchtgetränke, Gemüsesäfte". Die Präzisierung erfolgt in nicht abschliessender Weise ("namentlich"). Somit ist nicht ausgeschlossen, dass das Zeichen auch für andere Getränke verwendet werden könnte. Damit sind eine Vielzahl von Produkten angesprochen. So nennt die Verordnung des EDI über alkoholfreie Getränke [...] vom 23. November 2005 (SR 817.022.111) unter dem Begriff der alkoholfreien Getränke, neben anderen Fruchtsaft, Fruchtnektar, Sirup, Fruchtsirup und Ahornsirup, Tafelgetränk mit Fruchtsaft, Limonade, Tafelgetränk mit Milch, mit Molke, mit Buttermilch, mit Milchserum oder mit anderen Milchprodukten, Gemüsesaft, Tee, Sojadrink und Getreidedrink sowie Kaffee (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung des EDI über alkoholfreie Getränke).

### **E. 3.5.2**

In Bezug auf Getränke ist das Merkmal der Herkunft (meist der Rohstoffe) im Allgemeinen - von synthetischen Getränken abgesehen - von wesentlicher Bedeutung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 4.5 Terroir (fig.), mit Hinweisen).

### **E. 3.5.3**

Wie oben dargelegt, gibt es sehr viele Arten von Getränken. Zu deren Herstellung werden unterschiedliche Zutaten verwendet. Natürliche Rohstoffe haben nicht bei allen diesen Getränken die gleich grosse Bedeutung. Bei einigen stellen sie jedoch das hauptsächliche Verkaufs- oder Konsumationsargument dar, so insbesondere Früchte und Gemüse in den entsprechenden Säften. Produziert werden diese Rohstoffe vom Bauern. Das Zeichen FARMER, verstanden als "Bauer", auf Getränken stellt somit nicht einen Hinweis auf ein Unternehmen dar, sondern beschreibt die Herkunft der verwendeten massgeblichen Zutaten ("vom Farmer"). Es genügt, dass diese Herkunft aus der Sicht der Konsumenten assoziiert wird, damit dem Wort ein beschreibender Gehalt zukommt. Nicht von Bedeutung ist dabei, wo diese Waren verkauft oder produziert werden. So ist es insbesondere nicht ausschlaggebend, ob die beanspruchten Waren vom Bauern hergestellt oder - z.B. im Hofladen - verkauft werden (könnten). Wie oben dargelegt, ist im Weiteren ein Zeichen für den gesamten Oberbegriff unzulässig, auch wenn es dies nur für bestimmte Produkte ist.

### **E. 3.6**

Es gibt für Getränke kein besonderes Merkmal, sei es bezüglich Geschmack, Qualität oder Herstellungsart, das sich ausschliesslich und in allgemeiner Weise auf von Bauern hergestellte oder verkaufte Getränke bezieht und nur für diese charakteristisch ist. Das Zeichen FARMER, als "Bauer" verstanden, kann jedoch beim Konsumenten gewisse - vielleicht unrichtige - Erwartungen wecken, in dem Sinne, dass es sich um Produkte handelt, die vom Bauern hergestellt werden und deshalb natürlicher bzw. weniger verarbeitet und mit weniger Zusatzstoffen versehen sind. Die Marke FARMER kann deshalb auch als versteckt anpreisender Qualitätshinweis aufgefasst werden.

### **E. 3.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zeichen FARMER für die beanspruchten Waren beschreibend und somit nicht unterscheidungskräftig ist. Es ist folglich dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG zuzurechnen.

### **E. 3.8**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz habe die CH Marke Nr. 606 409 FARMER'S SNACK für die gleichen Waren eingetragen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es sich bei dieser Marke um eine Wort/Bild-Marke mit einem bestimmten Farbanspruch handelt. Zudem ist - wie dies die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 23. Januar 2011 zu Recht feststellt - die Wortkombination "Farmer's Snack" im Zusammenhang mit den beanspruchten Getränken nicht vergleichbar mit dem hier zur Diskussion stehenden Zeichen FARMER. Es erübrigt sich deshalb, weiter auf die Frage der Gleichbehandlung einzugehen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin stellt den Eventualantrag, die Sache sei bezüglich Süssmost und Traubensaft zur Überprüfung der Verkehrsdurchsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

##### **E. 4.1.1**

Zeichen, die Gemeingut sind, können grundsätzlich nach Art. 2 Bst. a MSchG mittels Durchsetzung im Verkehr Kennzeichnungskraft und markenrechtlichen Schutz erlangen, soweit im Einzelfall nicht ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (BGE 134 III 314 E. 2.3.2 M/M-joy).

##### **E. 4.1.2**

Von einem absoluten Freihaltebedürfnis, das eine Durchsetzung als Marke in jedem Fall ausschliesst, darf nur ausgegangen werden, wenn der Verkehr auf die Verwendung des Zeichens angewiesen ist, wobei diese Bedingung nicht allgemein, sondern im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen zu prüfen ist, für die das Zeichen bestimmt ist (BGE 134 III 314 E. 2.3.3 M/M-joy, BGE 131 III 121 E. 4.4 Smarties, Urteil des Bundesgerichts 4A.370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5.1 Post).

##### **E. 4.1.3**

Zum Zeichen FARMER bestehen gleichwertige Alternativen. Es sind dies insbesondere die entsprechenden Wörter in den Landessprachen. Hinzu kommt, dass es dem einzelnen Bauern immer noch möglich ist, das Zeichen FARMER kombiniert mit einem individualisierenden Hinweis zu verwenden. So ist es vor allem beim Direktverkauf üblich, eine ganz konkret auf den bestimmten Bauern oder Hofladen verweisende Bezeichnung zu wählen. Folglich kann nicht von einem absoluten Freihaltebedürfnis am Zeichen FARMER ausgegangen werden und dieses ist eintragungsfähig, wenn es sich im Verkehr als Marke durchgesetzt hat.

##### **E. 4.2.1**

Ein Kennzeichen hat sich im Verkehr durchgesetzt, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wird, ohne dass die namentliche Kenntnis dieses Unternehmens erforderlich wäre (BGE 130 III 328 E. 3.1 Swatch, BGE 128 III 441 E. 1.2 Appenzeller, Urteil des Bundesgerichts 4A.370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.2 Post, je mit Hinweisen). Wer sich auf die Verkehrsdurchsetzung einer Marke beruft, hat dies zu belegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3269/2009 vom 25. März 2011 E. 7.1 Grand Casino Luzern, mit weiteren Hinweisen). Die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung des Zeichens durch das Publikum erlauben. Dazu gehören etwa langjährige bedeutsame Umsätze, die unter einem Zeichen getätigt worden sind, oder intensive

Werbeanstrengungen. Möglich ist aber auch der direkte Nachweis durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (BGE 141 III 121 E. 6 Smarties, BGE 130 III 328 E. 3.1 Swatch, Urteil des Bundesgerichts 4A.370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.2 Post, je mit Hinweisen). Grundsätzlich sind Belege betreffend die ganze Schweiz einzureichen; eine bloss lokale Durchsetzung genügt nicht (BGE 128 III 441 E. 1.2 Appenzeller, BGE 127 III 33 E. 2 Brico). Die Anforderungen sind umso höher, je banaler, schwächer oder freihaltebedürftiger das Zeichen ist (BGE 134 III 314 E. 2.3.5 M/M-joy, BGE131 III 121 E. 7.4 Smarties, BGE 130 III 328 E. 3.4 Swatch, BGE 117 II 321 E. 3a Valser). In zeitlicher Hinsicht erwartet die Vorinstanz für das Glaubhaftmachen der Verkehrsdurchsetzung einer Marke in der Regel einen belegbaren Markengebrauch während zehn Jahren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-788/2007 vom 1. April 2008 E.8 traveltip Das Magazin für Ferien [fig.]). In besonderen Fällen kann auch eine kürzere Gebrauchsperiode genügen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 788/2007 vom 1. April 2008 E. 8 traveltip Das Magazin für Ferien [fig.] und B-7461/2006 vom 16. März 2007 E. 5. Yeni Raki/Yeni Efe).

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Verkehrsdurchsetzung mittels der eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft gemacht werden kann. Die Beschwerdeführerin habe Kopien von Sortimentskatalogen aus den Jahren 2005 bis 2008 eingereicht. Daraus sei die Verwendung des Zeichens FARMER für Ice-Tea, Süssmost und Orangensaft in den Jahren 2005 bis 2007 ersichtlich. Auf den Prospekten der Jahre 2006 und 2007 sei der Gebrauch der Marke auch für Multivitamin-säfte belegt. Zudem zeige das Deckblatt des Katalogs für das Jahr 2007 auch die Benutzung für Mineralwasser und Energy-Drinks. Weitere Unterlagen seien nicht eingereicht worden.

#### **E. 4.3.2**

In diesen Unterlagen wird die Wortmarke mit einem ovalen grafischen Element verwendet. Die Vorinstanz erklärt, dies stelle eine klare Abweichung von der hinterlegten Wortmarke dar. Sie schliesst daraus, dass, da keine Unterlagen eingereicht worden seien, aus welchen der Gebrauch als Wortmarke ersichtlich sei, die Glaubhaftmachung der Durchsetzung der Wortmarke FARMER bereits aus diesem Grund nicht dargelegt sei.

#### **E. 4.3.3**

Auf allfälligen Durchsetzungsbelegen muss insbesondere ersichtlich sein, dass die Marke auf dem Markt als solchem und so in Erscheinung getreten ist, wie sie auch geschützt werden soll (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B 958/2007 vom 9. Juni 2008 E. 7.3.1 Post, mit weiteren Hinweisen, B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 Mobility, mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1979 E. 4 Diagonal, publ. in: PMMBI 1980 S. 10). Beim zur Diskussion stehenden Zeichen handelt es sich um eine Wortmarke. Eine Wortmarke kann - ausser im mündlichen Gebrauch - nicht ohne eine gewisse grafische Gestaltung verwendet werden. Die Rechtsprechung trägt der Tatsache Rechnung, dass eine solche Gestaltung sehr unterschiedlich sein kann. So schliesst sie die Verkehrsdurchsetzung einer Wortmarke aus, wenn diese im Zusammenhang mit anderen unterscheidungskräftigen Elementen gebraucht wird (BGE 130 III 328 Swatch; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-958/2007 vom 9. Juni 2008 E. 7.3.1 Post, mit Hinweis insb. auf Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1979 Diagonal, publ. in PMMBI 1980 S. 10; RKGE vom 14. Oktober 2004, in sic! 2005 S. 653 E. 8 Marché). Anders ist der Fall, wenn ein prägnantes Wort sich trotz der übrigen Markengestaltung unabhängig von diesen

Elementen durchsetzt. Massgebend für die Verkehrsdurchsetzung als Wortmarke ist hier, dass der kennzeichnungskräftige Kern der Marke, der das markenspezifische Gesamtbild prägt, unverändert geblieben ist, d. h. dass den hinzugefügten Bestandteilen keine eigene kennzeichnende Wirkung zukommt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7439/2006 vom 6. Juli 2007 E. 4.1 Kinder/Kinder Party [fig.]). Mögliche Indizien hierfür wären beispielsweise ein grosser Beitrag des Wortelements und ein geringer Beitrag des grafischen Elements zur Unterscheidungskraft, eine höhere Gebrauchsintensität, Indizien für mündlichen Gebrauch in der Werbung (TV, Radio), eine breite geografische Streuung. Bei den eingereichten Beweismitteln steht eine prägnante Wirkung des Wortes FARMER der übrigen banalen Markengestaltung gegenüber. Die Beschwerdeführerin bemängelt deshalb zu Recht, dass die Vorinstanz diesen Beweismitteln ohne weitere Prüfung die Beweiskraft abgesprochen hat. Es erübrigt sich jedoch, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgeht, die Sache deswegen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4.3.4**

Die Vorinstanz beruft sich nämlich auch darauf, dass der Nachweis des Gebrauchs der Marke ungenügend sei. So sei den Unterlagen kein Gebrauch in der französisch und italienisch sprechenden Schweiz zu entnehmen. Zudem fehlten Hinweise auf den Umfang der Verwendung. Weiter zeigten die Belege nur den Gebrauch für vier Jahre. Die Dauer des Gebrauchs könne unter Umständen kürzer als die in der Regel geforderten 10 Jahre sein, doch müsste in solchen Fällen mit den eingereichten Belegen eine intensive Bewerbung des Marktes aufgezeigt werden. Dies sei vorliegend nicht dargetan worden. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie diese Beweise als ungenügend betrachtet. Es handelt sich hier erstens um eine originär sehr schwache Marke, die erhöhter Verkehrsgeltung bedarf. Zweitens reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. September 2008 lediglich vier Prospekte (1/05, 1/06, 1.07, 1.08) ein. Dargelegt wurde damit nur, dass die Marke während vier Jahren (2005-2008) auf Getränken im Warensortiment erschienen ist. Es wurden aber insbesondere weder Umsatzzahlen noch die geografische Gebrauchsbreite belegt. Die Vorinstanz bemängelte bereits in ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2008 das Fehlen eines Hinweises auf den Umfang der Verwendung und eines Nachweises des Gebrauchs in der französisch und italienisch sprechenden Schweiz sowie die kurze Dauer des nachgewiesenen Gebrauchs, ohne dass eine intensive Bewerbung des Marktes aufgezeigt werde. Die Beschwerdeführerin hätte demzufolge bereits im vorinstanzlichen Verfahren Gelegenheit gehabt, weitere Beweise einzureichen. Im Beschwerdeverfahren geht die Beschwerdeführerin vor allem auf die Frage der Durchsetzung trotz der Verwendung der Wortmarke mit einem grafischen Element ein. Sie verweist ferner auf die Bekanntheit der Marke FARMER. Diese Ausführungen vermögen die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich der ungenügenden Beweise nicht zu widerlegen. Es werden auch keine zusätzlichen Belege, die allenfalls noch zu würdigen wären, eingereicht. Die Verkehrsdurchsetzung kann somit - unabhängig von der Frage einer Durchsetzung als Wortmarke trotz der grafischen Gestaltung (Oval) - bereits mangels genügender Beweismittel nicht nachgewiesen werden und es besteht kein Grund, diese Frage erneut zu prüfen.

#### **E. 4.4**

Der Eventualantrag auf Rückweisung zur erneuten Beurteilung ist somit abzuweisen.

#### **E. 5**

Demzufolge ist die Beschwerde - soweit sie durch die mit Verfügung vom 15. September 2009 wiedererwägungsweise gewährte Schutzgewährung für "isotonische Getränke" der Klasse 32 nicht gegenstandslos geworden ist - abzuweisen.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder Beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt, da einem Teil ihrer Anträge im Rahmen der Wiedererwägung entsprochen wurde. Die reduzierte Spruchgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 Turbinenfuss, mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke. Die von der Beschwerdeführerin teilweise geschuldete Gerichtsgebühr ist mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- zu verrechnen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass im Kostenvorschuss ein Betrag von Fr. 1'000.- für eine allfällige Verhandlung berücksichtigt wurde, eine solche nicht durchgeführt wurde und die Spruchgebühr bei einem vollständigen Unterliegen Fr. 2'500.- betragen würde.

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine gekürzte Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Wurde, wie im vorliegenden Fall, keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 8 und 14 Abs. 2 VGKE). Dabei erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 500.- als angemessen. Fehlt wie vorliegend eine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, SR 172.010.31) handelt die Vorinstanz als autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie ist in eigenem Namen mit dem Vollzug des Markenschutzgesetzes beauftragt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b IGEG). Gestützt darauf hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung in eigenem Namen erlassen und die dafür vorgesehene Gebühr erhoben. Ihr sind demnach die Parteikosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

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