Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-3550/2009

Urteil vom 26. Mai 2011

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Bernard Maitre, Richter Philippe Weissenberger,
Richter David Aschmann, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

Parteien

L._____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Eugen Marbach, Fuhrer Marbach & Partner, Konsumstrasse 16 A, 3007 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 55065/2008 FARMER.

Sachverhalt:

A.
Mit Gesuch vom 18. April 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um Schutz für die Wortmarke Nr. 55065/2008 FARMER. Dieser wurde für die folgenden Waren der Klassen 32 und 33 beantragt:

> "32: Biere; Mineralwasser und kohlensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken.
> 33: Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)."

B.
Am 14. Juli 2008 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, das Zeichen gehöre, mit Ausnahme für "Biere, Mineralwasser und kohlensäurehaltige Wässer" in der Klasse 32, zum Gemeingut und könne nicht zum Markenschutz zugelassen werden. Zudem sei das Zeichen freihaltebedürftig. Es werde mit der Bedeutung "Landwirt" verstanden. Da Produkte direkt bei einem landwirtschaftlichen Betrieb bezogen werden könnten, stelle das Zeichen für diese eine rein sachliche Angabe dar und es fehle ihm am Herkunftsnachweis. Zudem müsse es auch andern Landwirten möglich bleiben, darauf hinzuweisen, dass sie die zurückgewiesenen Waren herstellten.

C.
Die Beschwerdeführerin bestritt dies mit Schreiben vom 15. September 2008. Sie reichte, um eine grössere Differenzierung zwischen den Produkten vornehmen zu können, das folgende, in Sinne einer Detaillierung spezifizierte, neue Warenverzeichnis ein:

> "32: Biere, Mineralwasser und kohlensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke, namentlich Energy-Drinks, isotonische Getränke und Eistee, Fruchtgetränke, insbesondere Orangen- und Grapefruitsaft, Süssmost, Traubensaft und Multivitamin-Fruchtgetränke, Gemüsesäfte, Brausepulver zur Zubereitung von Getränken.
> 33: Wein, teilweise vergorener Traubenmost, Sauser, teilweise vergorener Traubensaft, weinhaltige Getränke, Obst- und Fruchtwein, Kernobstsaft im Gärstadium, Getränke aus Obst- und Fruchtwein, Honigwein, Branntwein, Weinbrand, Bierbrand, Hefebrand, Getreidebrand, Whiskey, Obstbrand, Obstspirituosen, Brand aus Apfelwein, Brand aus Birnenwein, Brand aus Obstwein, Obstweinbrand, Rum, Kartoffelbrand, Wodka, Gin, Enzian, Kräuterbrand, Kümmel, Aquavit."

D.
Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 an der Zurückweisung für einen Teil der Waren fest.

E.
Die Beschwerdeführerin beantragte am 29. Januar 2009 die Teilung des Gesuchs, die Eintragung der Marke für die nicht beanstandeten und den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung bezüglich der anderen Waren.

F.
Mit Verfügung vom 29. April 2009 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für die nach der Teilung verbliebenen Waren zurück, nämlich für:

> "32: Alkoholfreie Getränke (ausgenommen Mineralwasser und kohlensäurehaltige Wässer), namentlich isotonische Getränke und Eistee, Fruchtgetränke, insbesondere Orangen- und Grapefruitsaft, Süssmost, Traubensaft und Multivitamin-Fruchtgetränke, Gemüsesäfte.
>
> 33: Wein, teilweise vergorener Traubenmost, Sauser, teilweise vergorener Traubensaft, weinhaltige Getränke, Obst- und Fruchtwein, Kernobstsaft im Gärstadium, Getränke aus Obst- und Fruchtwein, Honigwein, Branntwein, Weinbrand, Hefebrand, Getreidebrand, Obstbrand, Obstspirituosen, Brand aus Apfelwein, Brand aus Birnenwein, Brand aus Obstwein, Obstweinbrand, Kartoffelbrand, Enzian, Kräuterbrand, Kümmel, Aquavit".

G.
Zur Begründung führte sie aus, das Zeichen bestehe aus dem englischen Substantiv "farmer", welches als Lehnwort Eingang in die deutsche Sprache gefunden habe. Dass Produkte direkt bei einem landwirtschaftlichen Betrieb bezogen werden könnten, stelle Teil der allgemeinen Lebenserfahrung dar. Ein Hinweis auf den Verkaufsort von Waren stelle jedoch Gemeingut dar (mit Verweis auf RKGE, in: sic! 2005 S. 653 *Marché*). Vor allem Fruchtsäfte, Sirupe und Schnäpse könnten direkt beim Bauernhof bezogen werden. Auch Wein werde von Bauern angeboten. Da die Umschreibung des Anbieters von Dienstleistungen zum Gemeingut zähle (unter Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichts 4A.370/2008 vom 1. Dezember 2008 *Post)*, gehöre analog auch die Bezeichnung des Herstellers von Waren zum Gemeingut. Als rein sachliche Angabe bezüglich der zurückgewiesenen Waren fehle es dem Zeichen FARMER am notwendigen betrieblichen Herkunftsnachweis. Zudem müsse es auch anderen Landwirten möglich

sein, darauf hinzuweisen, dass sie entsprechende Waren herstellen oder diese bei ihnen erworben werden können. Das Zeichen sei deshalb für die entsprechenden Waren auch freihaltebedürftig. Eine Durchsetzung der Marke könne nicht nachgewiesen werden.

H.
Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 2. Juni 2009 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung, soweit Waren der Klasse 32 zurückgewiesen worden seien, und die Eintragung sämtlicher in Klasse 32 beanspruchter Produkte. Eventualiter sei die Streitsache bezüglich Süssmost und Traubensaft zur Überprüfung der Verkehrsdurchsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, da die Waren der Klasse 33 für sie von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung seien, konzentriere sie sich, ohne die Begründung der Rückweisung als richtig anzuerkennen, auf die Produkte der Klasse 32. Unbestritten sei, dass "farmer" der englische Begriff für "Landwirt" sei, dieser zum Grundwortschatz gehöre und in der Schweiz von breitesten Bevölkerungskreisen verstanden werde. Ob es sich um ein deutsches Lehnwort handle, sei nicht von Bedeutung. Die Marke sei entsprechend der wirtschaftlichen Realität zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass von den strittigen Produkten nur ein kleiner Teil von Schweizer Bauern selbst produziert werde. Süssmost und Traubensaft würden hingegen von Obst produzierenden Bauern auch selbst hergestellt. Der Bauer, der diese selbst vermarkte, kommuniziere dies aber kaum unter einem englischen Begriff, da er die Marktnähe und Heimatverbundenheit betonen wolle. Hinzu komme, dass die Bezeichnung FARMER sich im Verkehr als Marke für Fruchtgetränke der Beschwerdeführerin durchgesetzt habe. Grundsätzlich bestritt die Beschwerdeführerin, dass das Zeichen beschreibend sei oder an ihm ein Freihaltebedürfnis bestehe, beantragte aber, dass, falls an der Schutzfähigkeit der Marke für Süssmost und Traubensaft gezweifelt werde, die Frage der Verkehrsdurchsetzung der Marke für diese Produkte zu prüfen sei.

I.
Im Rahmen der Vernehmlassung zog die Vorinstanz mit Verfügung vom 15. September 2009 die Verfügung vom 29. April 2009 in Wiedererwägung und widerrief diese bezüglich der Waren "isotonische Getränke" der Klasse 32, welchen der beantragte Schutz gewährt wurde.

Für die übrigen Waren der Klasse 32 wurde der Markenschutz im Umfang der Verfügung vom 29. April 2009 weiterhin verweigert.

J.
Mit Vernehmlassung vom 17. September 2009 hielt die Vorinstanz an der Abweisung der Beschwerde fest, soweit diese nicht - in Folge der wiedererwägungsweisen Schutzgewährung für isotonische Getränke - gegenstandslos geworden sei. Sie machte geltend, das Zeichen werde als verständliche und beschreibende Angabe bezüglich des Anbieters bzw. Herstellers sowie des Verkaufsorts der noch strittigen Waren der Klasse 32 wahrgenommen. Es verfüge deshalb nicht über die notwendige Unterscheidungskraft und sei aufgrund von Art. 2 Bst. a MschG vom Markenschutz auszuschliessen. Da sich das Zeichen auf eine beschreibende Angabe beschränke, sei es zudem freihaltebedürftig.

K.
Mit Eingabe vom 11. Januar 2011 verwies die Beschwerdeführerin auf die Eintragung der CH-Marke Nr. 606 409 FARMER'S SNACK für die gesamte Klasse 32. Sie führte aus, zwar handle es sich nicht um eine Wortmarke. Die blosse Integration in ein Dreieck, ein elementares grafisches Zeichen, sei aber eine zu schwache Gestaltung, als dass eine abweichende Beurteilung Sinn mache. Auch damit relativiere sich der Standpunkt der Vorinstanz.

L.
Die Vorinstanz hielt mit Stellungnahme vom 23. Januar 2011 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Sie erklärte, es handle sich bei der ins Verfahren eingebrachten Marke um eine Wort-/Bildmarke mit dem Farbanspruch Pink, Gelb, Schwarz. Sie enthalte auch nicht das Wort "Farmer" sondern die Wortkombination "Farmer's Snack". "Snack" sei ein aus dem Englischen stammendes Lehnwort mit der Bedeutung "kleiner Imbiss", "Kleinigkeit zu essen". Dieses Wort und damit die Wortkombination "Farmer's Snack" sei für Getränke der Klasse 32 vom Wortsinn her offensichtlich nicht mit dem Wort "Farmer" im Alleingang vergleichbar. Damit würden die vorgebrachten Argumente keinesfalls relativiert.

M.
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

N.
Auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung wurde stillschweigend verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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).

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.

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

2.

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]).

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.).

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.).

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.

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 erschöpften, 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*).

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*).

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*).

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.).

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*).

3.

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

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.

3.3.

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 > 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.

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

3.4.

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.).

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, 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.

3.5.

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

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).

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.

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.

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.

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.

4.

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

4.1.

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*).

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*).

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.

4.2.

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 *V*erkehrsdurchsetzung 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*).

4.3.

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 Multivitaminsäfte 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.

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.

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: PMMBl 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 PMMBl 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.

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.

4.4. Der Eventualantrag auf Rückweisung zur erneuten Beurteilung ist somit abzuweisen.

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.

6.

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.

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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird, soweit sie durch die mit Verfügung vom 15. September 2009 wiedererwägungsweise gewährte Schutzgewährung für "isotonische Getränke" der Klasse 32 nicht gegenstandslos geworden ist, abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 2'250.- der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Differenz zum einbezahlten Kostenvorschuss, die sich auf Fr. 1'250.- beläuft, wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zulasten des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum eine Parteientschädigung von Fr. 500.- (inkl. MWSt) zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 55065/2008; Gerichtsurkunde)
– Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (A-Post)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech Beatrice Brügger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. Mai 2011