



---

Abteilung II  
B-8240/2010

## Urteil vom 27. Februar 2012

---

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz); Richter Claude Morvant;  
Richter Marc Steiner; Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher

---

Parteien

**Migros-Genossenschafts-Bund,**  
Limmatstrasse 152, Postfach 266, 8005 Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Michael Ritscher und  
Dr. Peter Schramm, meyerlustenberger Rechtsanwälte,  
Postfach 1432, 8032 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Verfügung vom 25. Oktober 2010 betreffend das  
Markeneintragungsgesuch Nr. 50792/2009 AUS DER  
REGION. FÜR DIE REGION.

**Sachverhalt:****A.**

Am 26. Januar 2009 meldete der Beschwerdeführer mit Gesuch Nr. 50792/2009 die Wortmarke "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." für folgende Waren zur Registrierung an:

Klasse 1: Düngemittel; Klasse 16: Tischgedecke aus Karton; Papierservietten; Klasse 20: Möbel, Waren, soweit in dieser Klasse enthalten, aus Holz, Kork, Binsen und Weide; Klasse 25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen; Klasse 29 Fleisch, Charcuterie, Geflügel, Wild, Milchprodukte, Eier, Käse, Gemüse- und Obstsalat, geröstete Kürbiskerne; Klasse 30: Brot- und Backwaren, Pizzas, Sandwiches, Teigwaren, Tee, Mehl, Müsli; Klasse 31: Frisches Gemüse, frische Früchte, natürliche Blumen und Pflanzen, Samen und Blumenzwiebeln, Kürbiskerne; Klasse 32: Alkoholfreie Getränke, Fruchtsäfte; Klasse 35: Detailhandel.

**B.**

Mit Schreiben vom 21. April 2009 beanstandete die Vorinstanz, die angemeldete Marke gehöre zum Gemeingut und könne deshalb nicht als Marke geschützt werden. Das Zeichen "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." stelle eine direkt beschreibende Angabe für die Herkunft und den Verkaufsort der Waren dar, für die sie beansprucht werde. In Verbindung mit der Klasse 35 "Detailhandel" beschreibe das Zeichen ebenfalls die Herkunft und teilweise die Qualität der Waren, mit welchen gehandelt werde.

**C.**

Am 5. August 2009 antwortete der Beschwerdeführer, nach seiner Überzeugung habe sich die Marke aufgrund umfassender, schweizweiter und langjähriger Werbemassnahmen und Präsenz im Markt durchgesetzt, was er mit Werbemitteln, Presstexten, Flyers und Fotos belegen könne.

**D.**

Die Vorinstanz entgegnete mit Schreiben vom 6. November 2009, das Begehren sei einer erneuten Prüfung unterzogen worden. Das strittige Zeichen sei eine Wortmarke bzw. ein Slogan, während auf der überwiegenden Zahl von Belegen ein Logo verwendet worden sei, dessen Schrift teilweise sogar unleserlich bleibe. Zahlreiche eingereichte Belege seien zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ungeeignet. Für Waren der Klassen 1, 16, 20 und 25 habe die Verkehrsdurchsetzung nicht glaubhaft belegt werden können. Der Slogan werde auf den

Belegen auch nicht für die Oberbegriffe der Lebensmittelkategorien verwendet. Die Verkehrsdurchsetzung sei damit höchstens für die Innerschweiz belegt worden. Die eingereichten Unterlagen über eine demoskopische Umfrage zur Bekanntheit des Logos seien nicht vollständig, um sinnvoll interpretiert werden zu können. An der Zurückweisung der Markenmeldung werde deshalb vollumfänglich festgehalten.

**E.**

Mit Schreiben vom 27. Januar 2010 replizierte der Beschwerdeführer, die Bekanntheit des Zeichens "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." müsse amtsnotorisch sein.

**F.**

In einem weiteren Schreiben vom 13. April 2010 nahm der Beschwerdeführer zu den von der Vorinstanz gerügten Punkten Stellung, um anhand zusätzlicher Unterlagen und der demoskopischen Umfrage die Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Mit der Streichung der Waren der Klassen 1, 16, 20 und 25 aus der Anmeldung sei er einverstanden. Der Slogan "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." werde ausschliesslich in der deutschen Schweiz verwendet, weshalb nur der Gebrauch in diesem Gebiet nachgewiesen werden könne. Die Marke werde seit 1999 gebraucht.

**G.**

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2010 wies die Vorinstanz das Gesuch für alle Waren und Dienstleistungen ab, für die die Marke noch beansprucht wurde. Sie ergänzte ihre Begründung durch die Ausführungen, die Werbeaufwendungen seien unvollständig nachgewiesen worden, da Angaben zu Ausstrahlung, Auflagen und Gebieten bei den meisten Werbemassnahmen fehlten. Zudem lägen nur Belege für die deutschsprachige Schweiz vor, und es sei auf dem Grossteil der Belege die bereits eingetragene und unstrittige Wort-/Bildmarke anstelle der Wortmarke verwendet worden.

**H.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vom 25. November 2010 beantragte der Beschwerdeführer, die Wortmarke "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." für die Warenklassen 29, 30, 31, 32 und 35 einzutragen. Die Marke werde auch von den meisten Abnehmern, die nicht deutscher Muttersprache sind, verstanden; sie wecke durch die

Aneinanderreihung grammatikalisch inkorrektter Halbsätze einen unüblichen Gesamteindruck, werde darum nicht als rein beschreibendes Zeichen wahrgenommen und zähle nicht zum Gemeingut. Die Verkehrsdurchsetzung sei durch die intensive Bewerbung der Marke nachgewiesen. Hierfür seien nicht Belege aus allen Regionen der Schweiz erforderlich. Vielmehr sei für das Tessin und die Westschweiz keine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen; allenfalls seien die Anforderungen daran besonders niedrig anzusetzen. Auch seien Belege mit der Wort-/Bildmarke zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der blossen Wortmarke geeignet. Bereits im Jahr 2001 hätten 89% der Innerschweizer Bevölkerung die Marke gekannt.

**I.**

Mit Vernehmlassung vom 1. Februar 2011 erwiderte die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Die ausgewiesenen Durchsetzungshandlungen umfassten nicht das ganze Gebiet der Schweiz, nicht einmal die gesamte Deutschschweiz. Der Gebrauch des Zeichens als Wortmarke sei ungenügend dokumentiert. Zu geltend gemachten Radiospots fehlten die Angaben über Ort und Intensität der Ausstrahlung. Sponsoring sei kein markenmässiger Gebrauch. Das Publikum in der Romandie und im Tessin sei nicht mit der Marke bedient worden.

**J.**

Am 31. März 2011 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung und hielt an seiner Ansicht fest. 8000 Produkte in 540 Migros-Filialen seien mit der Marke "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." gekennzeichnet worden. Die Marke sei kein Slogan, sondern eine entfernt suggestive Anspielung auf den Regionalcharakter der gekennzeichneten Produkte. Die hohe Bekanntheit der Marke werde durch die demoskopischen Umfragen "Marken Tracking Welle 10, Januar 2010" und "Marken Tracking Welle 22, Januar 2011" belegt. Das Budget 2005-2008 für Werbeausgaben zeige, dass die Werbung gesamtschweizerisch erfolgt sei. In Printmedien sowie Radio und Fernsehen werde die Marke über die Sprachgrenzen hinaus verwendet.

**K.**

Die Vorinstanz duplizierte am 23. Juni 2011. Im Tessin verende die dortige Genossenschaft des Beschwerdeführers anstelle der angemeldeten Marke die Wendung: "In Ticino per il Ticino". In der Romandie könne den vorgelegten Beweismitteln weder der Bekanntheits-

noch der Kennzeichnungsgrad der Marke entnommen werden. Der Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung von Wortmarken sei möglich, wie zahlreiche Markeneinträge beweisen würden, ein nachträglicher Erwerb von ursprünglicher Unterscheidungskraft jedoch ausgeschlossen.

**L.**

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

**M.**

Auf die weiteren Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**2.**

Marken, die Gemeingut sind, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht für die Waren und Dienstleistungen im Verkehr durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 [Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.22]).

**2.1.** Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, welchen die für eine Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 17. Februar 2003, veröffentlicht in *sic!* Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003 S. 495 ff. 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). Die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt einer Marke insbesondere, wenn sie für die Waren oder Dienstleistungen beschreibend ist, ihren Gegenstand oder geografische Herkunft unmittelbar benennt oder sich in einer anpreisenden Bedeutung erschöpft (BGE 129 III 227 f. E. 5.1 *Masterpiece*, 128 III 447 E. 1.6 *Premiere*). Der gedankliche Zusammenhang mit der Ware oder Dienstleistung muss derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke ohne besonderen Fantasiaufwand erkennbar ist (BGE 127 III 160 E. 2b aa *Securitas* mit weiteren Hinweisen). Ob ein Zeichen als Marke Schutz geniessen kann, beurteilt sich nach der Auffassung der massgeblichen Verkehrskreise (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 "*Freischwinger Panton*" [3D]). Entscheidend ist der Gesamteindruck, den es hinterlässt (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 "*Freischwinger Panton*" [3D]). Gemäss der Rechtsprechung werden Marken, die im Hinblick auf das Schutzhindernis des Gemeinguts, einen Grenzfall darstellen, eingetragen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7408/2006 vom 21. Juni 2007 E.2.2 *bticino* [fig.]).

**2.2.** Ein Kennzeichen ist im Verkehr durchgesetzt, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf bestimmte Produkte oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens verstanden wird (Urteil des Bundesgerichts 4A\_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.2 *Post*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E.2 "*Freischwinger Panton*" [3D], mit weiteren Hinweisen). Nicht erforderlich ist dabei, dass die massgeblichen Verkehrskreise das Unternehmen namentlich kennen (BGE 128 III 441 E. 1.2 *Appenzeller*). Zwar ist die Verkehrsdurchsetzung ein Rechtsbegriff; bei seiner Voraussetzung einer besonderen Verkehrsgeltung handelt es sich aber

um eine Tatfrage (Urteil des Bundesgerichts vom 4A\_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.1 *Post*). Wer sich auf Verkehrsdurchsetzung beruft, hat diese selbst zu belegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E.4.1 "*Freischwinger Panton*" [3D]; vgl. DAVID RÜETSCHI in Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Beweisrecht N. 73). Der Hinterleger hat indessen nicht den vollen Beweis für die Verkehrsdurchsetzung zu erbringen, sondern muss diese nur glaubhaft machen (vgl. RÜETSCHI a.a.O., Beweisrecht N. 74 f., mit Hinweisen; MARBACH, a.a.O., N. 1088 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 188 ff.; DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 42). Dem Erfordernis der Glaubhaftmachung ist Genüge getan, wenn die behaupteten anspruchsbegründenden Tatsachen aufgrund summarischer Kognition als wahrscheinlich gegeben erscheinen, auch wenn noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 130 III 328 E. 3.2 S. 333; 125 III 368 E. 4 S. 372; 120 II 393 E. 4c S. 398). Im Eintragungsverfahren nimmt die Vorinstanz lediglich eine formale Prüfung der Verkehrsdurchsetzung vor und verlangt nur ihre Glaubhaftmachung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5614/2008 vom 3. Dezember 2010 E.4.1 "*Freischwinger Panton*" [3D], m.w.H; LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, MSchG Art. 2, N. 42; WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 188 ff.). Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung muss hier nicht zur vollen Überzeugung der zuständigen Behörde erbracht werden. Es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die glaubhaft zu machenden Tatsachen spricht, auch wenn die entscheidende Behörde noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie tatsächlich nicht gegeben sein könnten (BGE 130 III 328 E. 3.2, S. 333 *Swatch*, 125 III 368 E. 4; 120 II 393 E. 4c).

**2.3.** Die Verkehrsdurchsetzung muss in der ganzen Schweiz bestehen. Eine bloss regionale Durchsetzung genügt nicht (BGE 127 III 37 f. E. 2c *Brico*). Das Ausmass der Verkehrsdurchsetzung muss allerdings nicht in der ganzen Schweiz gleich ausgeprägt sein und darf sprachregionale Schwankungen aufweisen (BGE 128 III 441 S. 444 E. 1.2 *Appenzeller*; MARBACH, a.a.O., N. 437 f.).

**2.4.** Eine Verkehrsdurchsetzung kann durch einen Gebrauchsnachweis, schriftliche Erklärungen oder durch eine repräsentative Umfrage glaubhaft gemacht werden (BGE 130 III 328 E. 3.1 S. 332 *Swatch*; vgl. MARBACH, a.a.O., N. 455; WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 189). Die

Verkehrsdurchsetzung kann sich nur auf Waren und/oder Dienstleistungen erstrecken, für welche sie glaubhaft gemacht ist (Entscheid der RKGE vom 5. Mai 2002 veröffentlicht in sic! 2002 S. 242 E. 5.a "*Postgelb*" [*Farbmarke*]). Die Durchsetzung kann dabei 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. Sie kann aber auch durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums belegt werden (BGE 130 III 328 S. 332 E. 3.1 *Swatch Uhrband*, BGE 131 III 121 S. 131 E. 6 *Smarties*). Feste Beweissätze, wie zum Beispiel die Vorgabe, dass der Nachweis in jedem Fall nur mittels demoskopischem Gutachten erbracht werden könne, sind unzulässig. Grundsätzlich sind alle Beweismittel zulässig, die geeignet sind, die Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 3.124; CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/ Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 12 N. 18; MARBACH, a.a.O., N. 466). In zeitlicher Hinsicht erwartet die Vorinstanz für das Glaubhaftmachen der Verkehrsdurchsetzung einer Marke in der Regel einen belegbaren Markengebrauch während zehn Jahren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-788/2007 vom 1. April 2008 E.8 *traveltip Das Magazin für Ferien [fig.]*). In besonderen Fällen kann eine kürzere Gebrauchsperiode genügen (vgl. 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*). In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, eine umso stärkere Verkehrsdurchsetzung zu fordern, je weniger unterscheidungskräftig ein Zeichen originär wirkt (vgl. BGE 128 III 441 E. 1.4 *Appenzeller*, BGE 117 II 321 E. 3.a *Valsler*; kritisch hierzu MARBACH, a.a.O., N. 432). Schliesslich ist die Durchsetzung einer Marke aufgrund ihres genügend intensiven und umfangreichen Gebrauchs für eine kleinere Anzahl Waren oder Dienstleistungen rascher anzunehmen als für eine Vielzahl von Waren und/oder Dienstleistungen, auf die sich die diesbezüglichen Aufwendungen des Markenhinterlegers naturgemäss verteilen.

Die Glaubhaftmachung setzt nach herrschender Meinung voraus, dass das Zeichen markenmässig gebraucht worden ist. Darunter wird der Gebrauch im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen am entsprechenden Markt verstanden, also der

produktbezogene Gebrauch der Marke im Gegensatz zu einem rein unternehmensbezogenen, ausschliesslich firmenmässigen, dekorativen oder anderweitig produktunabhängigen Gebrauch. Ein Anbringen der Marke auf der Ware oder deren Verpackung selbst ist nicht erforderlich. Der Zusammenhang von Marke und Produkt kann auch anders hergestellt werden, beispielsweise durch die Verwendung des Zeichens in Angeboten, Rechnungen, Katalogen, Prospekten, sofern der Adressat darin einen spezifischen Produktbezug im Sinne eines Kennzeichens und nicht bloss einen allgemeinen Unternehmensbezug erkennt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 *Mobility* mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.229/2003 vom 20. Januar 2004 E. 5 *Tripp Trapp*). Insbesondere müssen Durchsetzungsbelege glaubhaft machen, dass die Marke auf dem Markt als solchem und so als Zeichen wahrgenommen wurde, wie sie geschützt werden soll (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-958/2007 vom 9. Juni 2008 E. 7.3.1, mit weiteren Hinweisen *Post*, B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 *Mobility*).

**2.5.** Die Voraussetzung eines markenmässigen Gebrauchs für die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung schliesst allerdings nicht aus, dass die Marke im Auftritt mit anderen Zeichen und Gestaltungselementen kombiniert wird. Die Gestaltung von am Markt angebotenen Waren setzt naturgemäss oft weitere Elemente wie Farben, Formen, Abbildungen, Hinweise, Produktinformation und allfällige weitere Marken voraus. Wortmarken müssen vom Benutzer zwangsläufig in eine bestimmte Schriftform gebracht werden, um visuell vermittelt werden zu können. Nicht die Alleinstellung der Marke ist für diesen Durchsetzungsgebrauch entscheidend, sondern dass sie auf den Gebrauchsbelegen als eigenständiges Zeichen wahrgenommen wird und nicht mit anderen Elementen in einem Gesamtbild aufgeht, das wesentlich vom angemeldeten Zeichen abweicht (vgl. WILLI, a.a.O., Art. 2 N 175). Der Durchsetzungserfolg als Marktwahrnehmung (E. 2.2) setzt bei den massgeblichen Verkehrskreisen eine gedankliche Abstraktion des hinterlegten Zeichens vom einzelnen, realen Gebrauchsakt zur Marke als Begriff voraus, die dadurch losgelöst von anderen Gebrauchselementen wahrgenommen und erinnert wird. Zwar lässt sich eine solche Abstraktion leichter glaubhaft machen, wenn die Marke auf der Ware deutlich abgegrenzt oder in Alleinstellung hervortritt. Doch ist sie bei kombinierten Zeichen nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr nach der Auffälligkeit des durchzusetzenden Bestandteils gegenüber anderen Gebrauchselementen, der Bekanntheit der Zeichenkombination und

allfälligen Gewohnheiten im Einzelfall zu beurteilen. Zum Beispiel wird das Schutzzeichen "®" in einer Marke nach allgemeinem Verständnis gedanklich ausgeklammert, so dass es auch für die Verkehrsdurchsetzung des damit versehenen Zeichens nicht schädlich wirken kann. In ähnlicher Weise kann ein zusätzlich gebrauchtes Bildelement sich einem auffälligeren Wortbestandteil dadurch unterordnen, dass es dessen Sinngehalt in einfacher Weise bildhaft wiederholt, so dass aufgrund dieses kombinierten Gebrauchs die Verkehrsdurchsetzung des Wortes in Alleinstellung bejaht werden muss, wenn es in der Wahrnehmung der massgeblichen Verkehrskreise, unabhängig von der Gestaltungsform, zum Begriff und damit zur Wortmarke geworden ist.

An die Verkehrsdurchsetzung einer in verschiedenen Sprachregionen je in Übersetzung gebrauchten Wort- oder Wort-Bild-Marke sind aus denselben Überlegungen zwar erhöhte Anforderungen zu stellen, damit ihre Durchsetzung in nur einer Landessprache in allen Sprachregionen glaubhaft erscheint. Der Gebrauch in einer anderen Landessprache kann jedoch als Durchsetzungsgebrauch berücksichtigt werden, soweit er zum Beispiel dank hoher Bekanntheit und sprachlicher Ähnlichkeit der Zeichen auch in der fremden Sprachregion eine Wiedererkennung der durchzusetzenden Marke glaubhaft macht. Der Gebrauch der Marke in einer anderen Landessprache anstelle des durchzusetzenden Zeichens kann in solchen Fällen für die betreffende Sprachregion genügen.

**2.6.** Ein demoskopisches Gutachten sollte tatsächlich den Ausschnitt der Realität widerspiegeln, den zu messen es vorgibt (CHRISTIAN ROHNER, Die notorisch bekannte Marke in der Schweiz, Bern 2002, S. 236). Wird ein demoskopisches Gutachten bei Gericht eingereicht, muss letzteres in seiner Entscheidung erkennen lassen, dass es sich damit beschäftigt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob es im Ergebnis dem Gutachten gefolgt ist oder dessen Ergebnis abgelehnt hat (RAINER UTZ, die demoskopische Befragung als Beweismittel im Markenrecht, Köln 2011, S. 94). Das Gericht ist im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht an dessen Ergebnisse gebunden. Es ist Aufgabe des Gerichts, die Eignung des Gutachtens zu prüfen sowie festzustellen, ob es lege artis erstellt wurde und insbesondere die Kriterien der Wiederholbarkeit, Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit beachtet wurden. Werden Fehler und Unstimmigkeiten erkannt, sind diese gegebenenfalls herauszurechnen (MARBACH, a.a.O., N. 463; ANDREJ LEVIN, der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Markenrecht, Frankfurt, 2010, S. 99). Auch

eine korrekt durchgeführte demoskopische Umfrage nimmt dem Richter die Aufgabe der Entscheidungsfindung nicht ab. Entgegen der in der schweizerischen Literatur teilweise vertretenen Meinung kann der Tatbestand der Verkehrsdurchsetzung nämlich nicht restlos bewiesen werden; ein gewisses Mass an wertender Entscheidungsfindung verbleibt immer (MARTIN S. SCHNEIDER, Bemerkungen zum Entscheid des BGer vom 21. August 2002, i.S. "Appenzeller Switzerland (fig.)/Appenzeller Natural (fig.)" in sic! 2003 S. 72).

**2.7.** Aufgrund des Hinterlegungsprinzips muss die Verkehrsdurchsetzung spätestens zum Zeitpunkt der Hinterlegung erfolgt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3394/2007 vom 29. September 2008 E.6.1, mit weiteren Hinweisen *Salesforce.com*). Allfällige Durchsetzungsbelege müssen sich daher nachweislich auf die Zeit vor dem Hinterlegungsdatum beziehen.

**2.8.** Sind die Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung erfüllt, wird die Marke mit dem Vermerk "durchgesetzte Marke" in das Markenregister eingetragen (Art. 40 Abs. 2 Bst. c MSchG).

### **3.**

**3.1.** In der Lehre wird die Auffassung vertreten, ein Slogan werde nur als Marke aufgefasst, wenn er von einer gewissen Kürze sei und eine bestimmte Kernaussage vermittele (vgl. MARBACH, a.a.O., N. 145; MICHAEL NOTH/FLORENT THOUVENIN, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 1 N. 48). In der Tat kann im sprachlichen Umfang und in der Funktion eines Markentexts eine Grenze der abstrakten Unterscheidungseignung bestehen. Übertrifft ein Markentext erheblich die kommunikativen Erwartungen, die an ein betriebliches Herkunftszeichen gestellt werden; erweist er sich etwa als heterogene Zeichenansammlung mit mehreren Kernaussagen, als Gebrauchsanweisung oder als Warendekoration mit sprachlichen Mitteln, fehlt ihm die abstrakte Unterscheidungseignung nach Art. 1 Abs. 1 MSchG.

**3.2.** Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) präzisierte in seiner Rechtsprechung, dass es für die Unterscheidungskraft einer Marke unerheblich sei, ob die Marke gleichzeitig oder sogar in erster Linie als Werbeslogan aufgefasst werde, sofern sie von den angesprochenen Verkehrskreisen (daneben) als Herkunftshinweis wahrgenommen werde

(Urteil des EuGH vom 21. Januar 2010 in der Rechtssache C-398/08 P, Audi AG/Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt, Slg. 2010 I-00535, Randnr. 44 ff. *Vorsprung durch Technik*; vgl. OLIVER LÖFFEL, Markenschutz für Slogans: Nicht immer, aber immer öfter?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [GRUR Prax], 2011, S. 116). Bindend ist diese Auffassung für die schweizerischen Behörden und Gerichte bei der Auslegung des MSchG allerdings nicht.

**3.3.** Sloganmarken sind konkret schutzfähig, wenn sich ihre Sinnaussage weder in allgemeinen oder gar banalen Redewendungen des Gemeinguts erschöpft, die jedermann so äussern würde, noch in einem anpreisenden Qualitätshinweis, der ohne Zuhilfenahme der Fantasie verstanden wird (Urteile des Bundesgerichts 4A\_161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 6.2 *we make ideas work*, 4C.431/2004 vom 2. März 2005 E. 2.2 *C'est bon la vie*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-684/2009 vom 24. Juni 2009 *Outperform.Oulast* mit weiteren Hinweisen; vgl. IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, S. 62; MARBACH, a.a.O., N. 412 f.; WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 82). Auch an Slogans kann ein Freihaltebedürfnis bestehen, wenn sie unentbehrlich sind, zum Beispiel aufgrund einer umfassenden, an keine Waren- oder Dienstleistungskategorie gebundenen, allgemeinen Bedeutung für den geschäftlichen Verkehr freigehalten werden müssen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 6.3 *we make ideas work*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7442/2008 vom 18. Mai 2007 E. 2.3 *Feel'n Learn/See'n Learn*, B-3650/2009 vom 12. April 2010 E. 5 *5 am Tag*; Entscheid der RKGE vom 24. April 2003, sic! 2003, 802 E. 5 *We keep our promises*; vgl. MARBACH, a.a.O., N. 259).

#### 4.

Die Vorinstanz hat die originäre Unterscheidungskraft der Marke vorliegend verneint, weil diese eine direkt beschreibende Angabe in Bezug auf die Herkunft und den Verkaufsort der Waren darstelle. In Verbindung mit der Dienstleistung *Detailhandel* in Klasse 35 beschreibe das Zeichen direkt die Herkunft und teilweise die Qualität der Waren, mit welchen gehandelt werde.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, die Marke verfüge über originäre Unterscheidungskraft, stelle keinen direkt anpreisenden Slogan, sondern eine entfernte suggestive Anspielung auf den Regionalcharakter der damit gekennzeichneten Produkte dar. Der Begriff der "Region" sei

derart unklar, dass sich "Aus der Region" einerseits nicht als Herkunftsangabe eigne. Andererseits sei der Begriff auch zu unbestimmt, als dass sich der Destinatärkreis von Waren oder Dienstleistungen darüber definieren liesse, und es entstehe ein unüblicher Gesamteindruck durch die Aneinanderreihung "grammatikalisch inkorrekt Halbsätze".

## 5.

Die Eintragung des strittigen Zeichens ist für die Waren *Fleisch, Charcuterie, Geflügel, Wild, Milchprodukte, Eier, Käse, Gemüse- und Obstsalat, geröstete Kürbiskerne* in Klasse 29; *Brot- und Backwaren, Pizzas, Sandwiches, Teigwaren, Tee, Mehl, Müsli* in Klasse 30; *frisches Gemüse, frische Früchte, natürliche Blumen und Pflanzen, Samen und Blumenzwiebeln, Kürbiskerne* in Klasse 31; *alkoholfreie Getränke, Fruchtsäfte* in Klasse 32 und für die Dienstleistung *Detailhandel* in Klasse 35 beantragt. Soweit es sich um gewöhnliche Lebensmittel handelt, bestehen die massgeblichen Verkehrskreise aus der breiten Käuferschaft, die am hiesigen Wirtschaftsleben teilnehmen und insbesondere Lebensmittel einkaufen. Ein abweichender Verkehrskreis wird durch die Importeuren und Grossisten – nicht Letztabnehmern – gegenüber erbrachte Dienstleistung "*Detailhandel*" in Klasse 35 angesprochen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8105/2007 vom 17. November 2008 E. 4.1 *Activia/Activia* und B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 4.2.1 *After Hours*; Entscheid der RKGE vom 11. August 2006 veröffentlicht in sic! 2007 S. 39 f. E. 5 ff. *Sud Express/Expressfashion*).

## 6.

**6.1.** Die Wortfolge "Aus der Region. Für die Region." übertrifft hinsichtlich ihres sprachlichen Umfangs und ihrer Gestaltung nicht derart die kommunikativen Erwartungen, die an ein betriebliches Herkunftszeichen gestellt werden, dass sie als Zeichenansammlung, Gebrauchsanweisung oder bloss sprachliche Warendekoration aufgefasst würde. Daher ist sie im Sinne von Art. 1 Abs. 1 MSchG markenfähig (vgl. E. 3).

**6.2.** Die Wörter "Aus" und "Für" sind mit grossen Anfangsbuchstaben geschrieben, und die beiden Aussagehälften "Aus der Region" und "Für die Region" enden je mit einem Punkt. Das Zeichen wird dadurch visuell und gedanklich zweigeteilt. Durch den silbengleichen Aufbau, übereinstimmenden Sprachrhythmus und die schlagwortartige Wirkung beider Hälften gewinnt die Marke äusserlich den Charakter eines zusammenhängenden, aus zwei Teilen bestehenden Kennzeichens. Die

Verkehrskreise werden das Zeichen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren, wenn dieses in der dafür üblichen Warenauslage beispielsweise auf der Verpackung angebracht wird, allerdings ohne Zuhilfenahme der Fantasie dahingehend verstehen, dass die Waren in derselben Region, wie die Auslage stattfindet, produziert und/oder dass dabei Rohstoffe desselben regionalen Ursprungs verwendet worden seien. In dieser Ursprungsregion sollen die Waren auch abgesetzt werden. Mit diesem Sinngehalt ist die Marke rein beschreibend. Die Reihenfolge der beiden Teilaussagen spiegeln den natürlichen Ablauf von Produktion und Vertrieb wieder. Für eine solche Verkaufssituation ist auch der schlagwortartige Charakter des Zeichens nicht ungewöhnlich. Die insofern überflüssige Interpunktion am Ende beider Teilsätze allein vermag dem Zeichen keine hinreichende Unterscheidungskraft zu verleihen. Auch im Zusammenhang mit der Dienstleistung "Detailhandel" erschöpft sich das Zeichen gegenüber den angesprochenen Importeuren und Grossisten (E. 5) in einem Hinweis auf das gewohnte Sortiment des Erbringers. Das Zeichen ist überdies anpreisend, da ein bestimmter Teil der Käuferschaft umweltbewusst einkaufen möchte und höheres Vertrauen in Produkte setzt, die aus der eigenen Region stammen. Es charakterisiert sich dadurch, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, als beschreibender Slogan.

Am leicht verständlichen, konkreten und anpreisenden Sinngehalt der Marke ändert nichts, dass nach Auffassung des Beschwerdeführers "Region" für sich genommen ein unklarer Begriff ist. Das Wort "Region" bezeichnet einen durch bestimmte Merkmale wie das Klima oder eine bestimmte wirtschaftliche Struktur gekennzeichneten räumlichen Bereich. Der Begriff ist damit gleichbedeutend mit "aus dem näheren Umkreis" (DUDEN Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, In acht Bänden, Band 6: Poz-Sik, 2. Aufl., Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1994, S. 2734). So ist zum Beispiel von "regionaler" Wirtschaftsstruktur, "regionalen" Wahlen, "regionalen" Nachrichten oder Rundfunksendungen oder vom "regionalen" Interesse die Rede. Auch wenn Regionen nach diesem Sprachgebrauch im Gegensatz zu Gemeinde-, Kantons- und Landesterritorien weniger scharf abgegrenzt sind, ist der Begriff "Region" im vorliegend zu prüfenden Kontext ursprünglich beschreibend (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 5.1 f. *terroir [fig.]*). Auch ein Freihaltebedürfnis an der Marke ist zu bejahen, da sich beide Halbsätze, je für sich betrachtet, in einer elementaren und für den Verkehr unentbehrlichen Produktinformation erschöpfen, diese Informationen miteinander inhaltlich verwandt, in einfacher sprachlicher

Weise formuliert sind und sich stringent zu einer allgemein produktbezogenen Aussage ergänzen (vgl. E. 3.3). Die Marke ist damit Gemeingut.

## 7.

**7.1.** Zugunsten der Annahme einer ursprünglichen Unterscheidungskraft der Marke führt der Beschwerdeführer auch sieben Voreintragungen im Internationalen und schweizerischen Markenregister an. Er macht geltend, aufgrund der Vergleichbarkeit des vorliegenden Sachverhalts mit diesen Voreintragungen sei die strittige Marke aus Gründen der Gleichbehandlung für alle beanspruchten Produkte ins Markenregister einzutragen. Die damit nachgewiesene Praxis der Vorinstanz bestätige zudem die Unterscheidungskraft der Marke "Aus der Region. Für die Region."

**7.2.** Mit diesen Argumenten stützt der Beschwerdeführer sein Begehren implizit auf die in Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte Rechtsanwendungsgleichheit. Nach diesem Grundsatz sind juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln; dieselbe Behörde darf ohne sachlichen Grund zwei vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich beurteilen. Solches gilt allerdings nur, wenn Sachverhalte im Zusammenhang mit unterschiedlichen Personen in Frage stehen (Urteile des Bundesgerichts 4A.13/1995 vom 20. August 1996 E. 5c veröffentlicht in: sic! 1997 S. 159 *Elle*; 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 4 veröffentlicht in: sic! 2004 S. 400 *Discovery Travel & Adventure Channel*). Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte in allen tatsächlichen Elementen identisch sind (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 28). Fehlerhafte Entscheide sollen allerdings nicht für alle Zeiten als Richtschnur gelten (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7410/2006 vom 20. Juli 2007 E. 6 *Masterpiece*; Entscheid der RKGE vom 19. Oktober 1999 veröffentlicht in: sic! 1999 S. 645 E. 5 *Uncle Sam*; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 31). Vielmehr wird der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nur ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde besteht und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser abzuweichen gedenkt (BGE 122 II 446 E. 4a, mit weiteren Hinweisen; BGE 127 I 1 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A.261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 5.1; Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 8 *terroir [fig.]*). Vor einer allfälligen Gewährung von Markenschutz aufgrund von Rechtsgleichheitsabwägungen ist ferner eine Abwägung der Interessen des betreffenden Hinterlegers an der Gleichbehandlung mit anderen Markenhinterlegern einerseits und entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen andererseits vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7395/2006 vom 16. Juli 2007 E. 12 *Projob*, mit weiteren Hinweisen).

Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots müssen sodann im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich gerügt werden, was die Obliegenheit einschliesst, entsprechende Vergleichsfälle darzulegen (vgl. Urteil des BGer P.124/1962 vom 12. Dezember 1962 E. 4 veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1963 S. 435; BVGE 2007/16 E. 6.4 S. 198, mit weiteren Hinweisen; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBI 2004, S. 16). Trotz des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt dabei insoweit das Rügeprinzip, als rechtliche Grundlagen und Einwendungen, die nicht ins Auge springen und nach den Sachverhaltsfeststellungen und Vorbringen der Parteien nicht nahe liegen, nicht berücksichtigt werden müssen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Basel 2008, N.1.55). Die Geltendmachung der Rechtsanwendungsgleichheit durch einen Markenhinterleger aufgrund von Vergleichsfällen erfordert auch eine Auseinandersetzung mit den von den herangezogenen Voreintragungen beanspruchten Waren und Dienstleistungen in der Beschwerdeschrift, ansonsten ein Beurteilungsmassstab für die Prüfung einer Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV fehle (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 veröffentlicht in: sic! 2005 S. 278 *Firemaster*).

**7.3.** Der Beschwerdeführer begründet die Vergleichbarkeit seines Zeichens mit den von ihm genannten Voreintragungen damit, dass es sich auch bei jenen Marken um Slogans handle, die ein unübliches Satzzeichen und/oder die Wiederholung eines Wortes und damit allgemein "unübliche Elemente" enthielten. Aus diesen resultiere bei solchen Marken eine Unterscheidungskraft im Gesamteindruck. Allein weil es sich auch um Slogans handelt, ist die Vergleichbarkeit jener Eintragungen mit dem vorliegenden Fall indessen noch nicht erstellt. Die Form und anpreisende Wirkung von Slogans ist nicht einheitlich genug, damit die Qualifikation als Slogan die markenrechtlichen Kriterien der Unterscheidungskraft ausreichend bestimmte. Der Beschwerdeführer

erörtert bezüglich keiner Voreintragung, inwieweit noch andere Kriterien als die von ihm angeführten "unüblichen Elemente" für die Schutzgewährung ausschlaggebend gewesen sein dürften und unterlässt es bei mehreren, die Vergleichbarkeit mit der strittigen Marke hinsichtlich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu substantiieren. Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Eintragung seiner Marke aus Gründen der Rechtsanwendungsgleichheit scheidet darum bereits am Erfordernis der substantiierten Geltendmachung.

## 8.

**8.1.** Der Beschwerdeführer hat umfangreiche Belege zur Verkehrsgeltung seiner Marke, insbesondere mit Bezug auf ihre Gebrauchsweise, Gebrauchsintensität, durch Umfragen erforschte Bekanntheit und für seine dafür getätigten Werbeaufwendungen vorgelegt. Die Wortmarke wurde allerdings nur vereinzelt rein sprachlich verwendet und im Regelfall in individuell gestalteten Wort-Bild-Zeichen (Logos) eingebettet, die den Slogantext in weisser Handschrift auf farbigem Grund mit grafischen Elementen und zum Teil zusätzlichem Text kombinieren. Im Wesentlichen kam und kommt die Marke damit in fünferlei Gestalt vor:



**Logo 1:** Der Text der strittigen Marke auf einem blauen oder blau-grünen Hintergrund und der Darstellung einer stilisierten, gelben Sonne,



**Logo 2:** der Text der strittigen Marke auf einem blauen Hintergrund mit stilisierter gelber Sonne und einem stilisierten Bergmassiv,



**Logo 3:** das Logo 2 in Kombination mit dem Zusatz:  
"Ein Versprechen Ihrer Migros",



**Logo 4:** der Text der strittigen Marke mit eingeschobener, stilisierter Sonne auf grünem Hintergrund,



**Logo 5:** der Text der strittigen Marke mit eingeschobener, stilisierter Sonne über einer Landschaft mit Strasse und Bäumen.

Im Tessin verwendet der Beschwerdeführer ein anders gestaltetes Label mit derselben Funktion und dem Text: "I Nostrani del Ticino" (die Behauptung der Vorinstanz, der Slogan laute im Tessin: "In Ticino, per il Ticino", wird vom Webauftritt des Beschwerdeführers nicht gestützt; der Beschwerdeführer äusserte sich dazu nicht). In der Romandie wird das Logo 2 in französischer Übersetzung verwendet:



**Logo 6:** Französische Übersetzung von Logo 2.

Die Belege umfassen einen Radio- und einen Fernsehspot, mehrere Werbekonzepte der Regional-Genossenschaften Basel, Aare und Ostschweiz des Beschwerdeführers aus den Jahren 2006-2008 für solche Logos, zwei demoskopische Gutachten (Omnibus-Befragungen) "Marken-Tracking-Welle" aus den Jahren 2010 und 2011, rund 800 Printmedien-Inserate aus den Jahren 2006-2010 in schweizerischen Tages- und Wochenzeitungen, darunter Magazine des Beschwerdeführers, mit Warenabbildungen, die eines der vorgenannten Logos auf der Warenverpackung zeigen, Zusammenstellungen der Werbeausgaben des Beschwerdeführers für das "Aus der Region. Für die Region."-Programm im Jahr 2007 in Millionenhöhe und Abbildungen von

Waren aus dem Sortiment des Beschwerdeführers, insbesondere Joghurt, Käse, Getränke, Milch, Marmelade, Tee, Eier, Teigwaren, Fleisch- und Fischwaren, Pilze, Heu und Blumen mit einem der vorerwähnten Logos auf der Verpackung.

Nach einer chronologischen Darstellung auf der Website des Beschwerdeführers wurde das Programm "Aus der Region. Für die Region." erstmals im Jahr 1999 von der Genossenschaft Luzern verwendet. Die Genossenschaften Basel und Wallis schlossen sich ihm 2001 an, 2003 stiessen die Genossenschaften Ostschweiz und Waadt dazu, die Genossenschaften Aare und Genf folgten 2005, die Genossenschaften Zürich und Neuenburg/Freiburg 2006 und im Jahr 2009 sei es zum "nationalen Programm" geworden (<http://www.migros.ch/aus-der-region/de/ueberzeugung/geschichte.html>, besucht am 16. Februar 2012).

Einer Feststellung der Wettbewerbskommission vom 29. Mai 2007 zufolge ist der Beschwerdeführer das grösste Detailhandelsunternehmen der Schweiz (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/3686.pdf>, besucht am 16. Februar 2012). Es ist gerichtsnotorisch, dass der Beschwerdeführer in der ganzen Schweiz (mit Ausnahme des Engadins) ein dichtes und gut eingeführtes Verkaufstellennetz unterhält und seine Migros-Regionalgenossenschaften weitgehend einheitlich, mit geringen Abweichungen pro Genossenschaft, am Markt auftreten lässt.

**8.2.** Die Beweismittel machen nach Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts glaubhaft, dass die strittige Marke seit 1999 in der Innerschweiz und seit 2007 im ganzen deutsch- und französischsprachigen Verkaufsgebiet des Beschwerdeführers zunehmend intensiv als "Programmmarke" für die angemeldeten Waren und die gegenüber regionalen Produzenten erbrachte Dienstleistung "Detailhandel" (vgl. E. 5) hauptsächlich in gestalteter Form der Logos 1-6 verwendet wurde, begleitet von Werbemassnahmen, die auf das "Aus-der-Region-Programm" und diese Logos besonders hingewiesen haben und auch heute noch hinweisen. Es kamen dabei allerdings nie alle Logos, sondern im selben Zeitraum in derselben Region die Logos 1-3 und/oder 4-5 gleichzeitig und am häufigsten offenbar Logo 2 zum Einsatz. Im französischen Sprachgebiet dürfte, teilweise neben Logo 2, vor allem das Logo 6 verwendet worden sein. In allen Fällen dienten die Logos als Marken für das Regionalwarenprogramm des Beschwerdeführers neben der Dachmarke Migros und nie selbst als Produkt- oder

Unternehmenskennzeichen. Dass die Marke im Tessin verwendet wurde oder heute Verkehrsgeltung besässe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

Für das Bundesverwaltungsgericht ist aufgrund dieses glaubhaften Gebrauchs die im Übrigen unbestrittene Verkehrsgeltung der Logos 2 und 3 in der Deutschschweiz (ohne Engadin) glaubhaft gemacht. Demnach ist zu prüfen, ob darüber hinaus auch eine erhöhte Verkehrsgeltung der strittigen Wortmarke als gedanklicher Abstraktion des von den Logos und den begleitenden Werbemassnahmen vermittelten Regionalwarenprogramms anzunehmen ist (E. 2.4). Dabei kann – entgegen der von der Vorinstanz geäusserten Ansicht – nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die aufgrund des dichten Verkaufstellennetzes und der hohen Werbeaufwendungen des Beschwerdeführers erreichte Verkehrsgeltung nicht nur für die Logos, sondern für das Regionalwarenprogramm als solches qualitativ geeignet ist, eine Verkehrsdurchsetzung des Slogans "Aus der Region. Für die Region." im Sinne der vorliegend strittigen Marke zu begründen. Die Frage muss allerdings nicht abschliessend beantwortet werden, wie sogleich (siehe E. 8.3) aufgezeigt wird.

Eine erhöhte Verkehrsgeltung der strittigen Marke in der französischsprachigen Schweiz für das Bundesverwaltungsgericht erscheint bereits nicht glaubhaft. Hier wäre vorausgesetzt, dass die Verkehrsteilnehmer die Marke nicht nur mit einem der Logos 1-5, sondern mit dem ihnen bekannten Logo 6 gedanklich in Verbindung bringen, die weggelassenen Bildelemente und veränderte Sprache somit gleichzeitig abstrahierten, was angesichts der eher ungewöhnlichen und anspruchsvollen Werbebotschaft eines Regionalwarenprogramms nicht naheliegt und den eingereichten Belegen auch nicht entnommen werden kann. Eine erhöhte Verkehrsgeltung der Marke ist damit im Wesentlichen nur für die Deutschschweiz glaubhaft gemacht.

**8.3.** Trotz des mehrheitlich glaubhaften Durchsetzungsgebrauchs ist die Kritik der Vorinstanz an den fehlenden Angaben in den Durchsetzungsbelegen des Beschwerdeführers zu bekräftigen. Die belegten Gebrauchshandlungen wurden teilweise ungenügend spezifiziert. Auf vielen Belegen wurde die Sloganmarke nicht lesbar und ohne Gebrauchsdatum dargestellt.

**8.4.** Zu den eingereichten, demoskopischen Beweismitteln ist anzumerken, dass der Beweiswert von Umfragen wesentlich leidet, wenn Testfragen suggestiv sind oder Perspektiven setzen, anstatt objektiv die namentliche Zuordnung der Marke zu einem Unternehmen zu ermitteln. (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5169/2011 vom 17. Februar 2012, E. 5.4, 5.7, 5.8 *Oktoberfest-Bier*). Vorliegend sind zwei Auszüge aus der demoskopischen Umfrage "Marken-Tracking-Welle", die mehrmals jährlich durchgeführt wird, zu würdigen. Dass diese Umfragen nicht im Hinblick auf die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung der Marke durchgeführt wurden, mag in dieser Hinsicht ihren Beweiswert schmälern, schliesst aber nicht aus, dass sie im vorliegenden Verfahren verwertbare Hinweise enthalten. Die Fragestellungen der "Marken-Tracking-Welle 10" lauteten:

Frage 1: Es gibt Produkte, die von Produzenten in der Region des Verkaufsortes hergestellt werden. Man nennt diese regionale Produkte. Wenn Sie an Lebensmittel denken, die von regionalen Produzenten hergestellt wurden, welche Marken fallen Ihnen dazu spontan ein?

Frage 2: Produkte vom unten stehenden Label werden von regionalen Produzenten hergestellt. Bitte geben Sie an, ob Sie das Label zumindest dem Namen nach kennen (*rechts davon steht die Wort-/Bildmarke "Aus der Region. De la Région."*)

**8.4.1.** Bezüglich der Fragestellung bleibt die Ermittlung der "spontanen Bekanntheit" und der "gestützten Bekanntheit" unklar. Zwar scheint die Frage 1 der "spontanen Bekanntheit" und die Frage 2 der "gestützten Bekanntheit" zugeordnet zu werden. Klarheit darüber besteht jedoch nicht, auch nicht darüber, ob die zweite Frage tatsächlich mit einer Wort-/Bildmarke und wenn ja, mit welchem Inhalt, verbunden worden ist. Eine Wortmarke fällt allerdings ausser Betracht, da diese im Text erwähnt worden wäre. Aufgrund dieser Zweifel sind die Antworten auf Frage 2 nicht geeignet, die Verkehrsdurchsetzung der Wortmarke glaubhaft zu machen. Weiter kann aufgrund der im Recht liegenden Fragen keine Zuordnung zu einem Unternehmen stattfinden. Diese hätte mittels mindestens einer weiteren Frage ermittelt werden müssen. Die

erhobenen Sympathiewerte sind für die Verkehrsdurchsetzung nicht relevant.

**8.4.2.** Das Schreiben der GfK Switzerland vom 16. August 2011, das die der Marke "AUS DER REGION. FÜR DIE REGION." zugeordneten Antworten auflistet, macht deutlich, dass auch Nennungen "aus der region migros"; "adr-migros", "de la région (migros)", "migros eigenen marke (de la region)", "adr" und "migros aus der region" der Marke zugerechnet wurden, obwohl diese andere Marken betreffen, nämlich "aus der Region" und "de la région". Der Anteil dieser Antworten ist nicht bekannt. Das Schreiben bezieht sich auf die Marken-Tracking-Wellen 10 und 22.

**8.4.3.** Wie die Vorinstanz zu Recht beanstandete, fehlen Informationen zur Feldarbeit, zum Interview und zur Organisation, ebenso ein Original-Fragebogen und ein unterschriebenes Resumée der Umfrage. Ob die Umfrage geografisch die ganze Schweiz oder nur bestimmte Regionen abdeckt, bleibt unklar. Es wurden der Marke Antworten zugerechnet, die sie nicht betreffen. Die spontane Bekanntheit lag nur bei 20 % aller Befragten vor.

**8.4.4.** Die Fragestellung zur "Marken-Tracking-Welle 22" war identisch mit derjenigen der "Marken-Tracking-Welle 10". Die Problematik der Fragestellung entspricht dem Gesagten. Die Befragungsmethode ist offengelegt (Online-Befragung), der Befragungszeitraum dauerte vom 26. Januar 2011 bis zum 6. Februar 2011. Es wurden der Marke Antworten zugerechnet, die sie nicht betreffen. Die regionale Verteilung wurde unter dem Titel "Stichprobenstruktur" transparent gemacht, doch steht die festgehaltene Stichprobengrösse (2'504) im Widerspruch zu der auf dem Blatt "Entwicklung Brand Funnel" geltend gemachten Stichprobengrösse von 501 Netto-Interviews. Auch hier liegt die spontane Bekanntheit bei 16 % aller Befragten.

**8.4.5.** Von den anderen "Marken-Tracking-Wellen" liegen folgende spontanen Bekanntheitsgrade vor: Marken-Tracking-Welle 0 (März 2009) 10 %; 8 (November 2009) 17 %; 9 (Dezember 2009) 16 %; 20 (November 2010) 17 %; 21 (Dezember 2010) 18 %. Zu keiner dieser Umfragen sind weitere Angaben vorhanden.

**8.4.6.** Weiter finden sich zwischen den Benutzungsbelegen für das Wallis, Fribourg, Neuchâtel und Jura weitere Umfragewerte, wofür weder

Fragen noch Antworten bekannt sind. Es wird lediglich eine "spontane Bekanntheit" angegeben, die nach Regionen aufgeschlüsselt ist und gesamtschweizerisch die verhältnismässig geringen Werte ergibt: Marken-Tracking-Welle 7-9 (Oktober bis Dezember 2009) 15.47 %; 10-12 (Januar bis März 2010) 14.95 %; 13-15 (April bis Juni 2010) 16.47 %; 16-18 (Juli bis September 2010) 18.37 %. Nur für die Romandie (Genossenschaften GE, NEFR, VD, VS) ergeben sich folgende Werte: Marken-Tracking-Welle 7-9 (Oktober bis Dezember 2009) 8.47 %; 10-12 (Januar bis März 2010) 7.57 %; 13-15 (April bis Juni 2010) 8.83 %; 16-18 (Juli bis September 2010) 12.02 %. Für den Kanton Tessin wurden keine Werte erhoben. Ein weiterer Bericht eines demoskopischen Instituts wurde ohne Briefkopf und Unterschrift eingereicht. Lediglich der Ort "Adligenswil" gibt einen Hinweis auf die mögliche Herkunft.

**8.4.7.** Zusammenfassend vermögen die demoskopischen Umfragen den formalen Anforderungen an ihren Einbezug in die Beweiswürdigung nicht zu genügen.

**8.5.** Eine erhöhte Verkehrsgeltung der Marke ist damit glaubhaft gemacht, im Wesentlichen aber auf das Gebiet der Deutschschweiz beschränkt.

## **9.**

Die zur Annahme einer Verkehrsdurchsetzung erforderliche Verkehrsgeltung in allen Sprachgebieten ist, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, auch für Sloganmarken vorauszusetzen, die mit ihrer Eintragung nicht bloss ein Ausschliesslichkeitsrecht als Werbespruch, sondern ein Recht als wesensmässig sprachunabhängiges Kennzeichen verkörpern (vgl. E. 2.3), zumal, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, auch viele Menschen in der französischen und italienischen Schweiz den deutschen Slogan verstehen können. Dass in der vielsprachigen Schweiz die Verkehrsdurchsetzung von Sloganmarken damit grundsätzlich erschwert wird, da Slogans oft in Übersetzung verwendet werden, ist hinzunehmen. Das strittige Zeichen erweist sich nach der Beweiswürdigung somit als (buchstäblich) regionale Marke ohne Unterscheidungskraft in der französischen und italienischen Schweiz. Das Bestehen einer Verkehrsdurchsetzung ist damit zu verneinen.

## **10.**

**10.1.** Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> 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.- anzunehmen ist (BGE 133 III 490 E. 3.3 "*Turbinenfuss*" [3D]). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke. Infolge des erheblichen Mehraufwands durch die grosse Zahl von Durchsetzungsbelegen sind die Verfahrenskosten auf CHF 3'500.- festzulegen.

**10.2.** Es ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung wird bestätigt.

**2.**

Die Verfahrenskosten von CHF 3'500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500.- verrechnet. Der Beschwerdeführer hat nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils die Differenz von Fr. 1000.- zu bezahlen. Die Zustellung eines Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 50792/2009; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter

Der Gerichtsschreiber

David Aschmann

Philipp J. Dannacher

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hält, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: