Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-892/2009
{T 0/2}

Urteil vom 19. Juli 2010

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richterin Vera Marantelli,
Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____ **AG**,
vertreten durch B._____ AG,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Widerspruchsverfahren - CH-Marke Nr. 480 762
HEIDILAND / CH-Marke Nr. 560 224 HEIDI-ALPEN.

Sachverhalt:

A.

X._____ (Beschwerdeführer, Widersprechender) ist Inhaber der Schweizer Wortmarke Nr. 480 762 HEIDILAND (Widerspruchsmarke), welche am 25. Juli 2000 unter anderem für folgende Waren und Dienstleistungen hinterlegt wurde:

Klasse 29:
Viande, notamment viande séchée, poisson, volaille et gibier; extraits de viande; saucissons; fruits et légumes conservés, séchés et cuits, gelées, confitures; oeufs, lait et produits laitiers, fromages; huiles et graisses comestibles; conserves de légumes et de fruits; mets tous préparés compris dans cette classe; produits surgelés compris dans cette classe.

Klasse 30:
Bonbons, café, thé, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; farines et préparations faites de céréales, pâtes, pain, pâtisserie et confiserie, chocolat et produits de chocolat, glaces comestibles; miel, sirop de mélasse; levure, poudre pour faire lever; sel, moutarde; vinaigre, sauces; sauces à salade; épices; glace à rafraîchir; mets tous préparés compris dans cette classe; produits surgelés compris dans cette classe.

B.

Gestützt auf diese Marke erhob der Beschwerdeführer am 31. Oktober 2007 Widerspruch gegen die Schweizer Wortmarke Nr. 560 224 HEIDI-ALPEN (angefochtene Marke) der Y._____ AG (Widerspruchsgegnerin, Beschwerdegegnerin), welche am 20. Februar 2007 für die nachstehenden Waren und Dienstleistungen hinterlegt und am 31. Juli 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht worden war.

Klasse 29:
Fleisch schweizerischer Herkunft; Milch, Milchprodukte und Käse schweizerischer Herkunft.

Klasse 30:
Nudeln schweizerischer Herkunft.

Klasse 32:
Mineralwasser und kohlensäurehaltige Wässer und andere, alkoholfreie Getränke, Molkegetränke; alle vorgenannten Waren schweizerischer Herkunft.

Sein Widerspruch bezieht sich auf alle Waren der Klassen 29 und 30.

C.

Mit Eingabe vom 13. März 2008 an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE, Institut, Vorinstanz) bestritt die Wider-

spruchsgegnerin den rechtserhaltenden Gebrauch der Widerspruchsmarke für alle davon erfassten Waren der Klassen 29 und 30.

Am 14. Mai 2008 replizierte der Widersprechende zwecks Glaubhaftmachung des Gebrauchs seiner Marke, wobei er dem Institut entsprechende Belege einreichte.

In ihrer Duplik vom 11. September 2008 erklärte die Widerspruchsgegnerin, die durch den Widersprechenden eingereichten Belege seien nicht geeignet, den Gebrauch der Widerspruchsmarke HEIDILAND für die von der Registrierung erfassten Waren in den Klassen 29 und 30 glaubhaft zu machen. Ausserdem bezögen sie sich nicht auf den relevanten Zeitpunkt der Geltendmachung des Nichtgebrauchs. Der Widersprechende habe auch keine wichtigen Gründe für den Nichtgebrauch glaubhaft gemacht.

Mit Verfügung vom 14. Januar 2009 ("Entscheid im Widerspruchsverfahren Nr. 9233") wies das Institut den Widerspruch ab. Dabei hielt es zusammenfassend fest, dass dem Widersprechenden einerseits die Glaubhaftmachung des Gebrauchs seiner Marke in der registrierten Form für die beanspruchten Waren nicht gelungen sei und er andererseits keinerlei Belege eingereicht habe, wonach es sich beim Gebrauch seines Zeichens durch Dritte um einen stellvertretenden Gebrauch im Sinne von Art. 11 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) handle. Somit werde der Widerspruch nicht auf ein durchsetzbares Markenrecht gestützt, weshalb er ohne Prüfung der Zeichen- und Warenähnlichkeit abzuweisen sei.

D.

Gegen diese Verfügung erhob der Widersprechende am 10. Februar 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei festzustellen, dass die Widerspruchsmarke Nr. 480 762 HEIDILAND von der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 13. März 2003 bis zum 13. März 2008 rechtserhaltend für Käse gebraucht wurde.

2. Es sei der Entscheid des Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) im Widerspruchsverfahren Nr. 9233 vom 14. Januar 2009 aufzuheben und das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventualiter

3. Es sei der Entscheid des IGE vom 14. Januar 2009 im Widerspruchsverfahren Nr. 9233 aufzuheben.

4. Es sei der Widerspruch im Verfahren Nr. 9233 gestützt auf die Schweizer Marke Nr. 480 762 HEIDILAND gegen die Schweizer Marke Nr. 560 224 HEIDI-ALPEN in Klasse 29 gutzuheissen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

E.
In ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2009 verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme und beantragte unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

F.
Mit Beschwerdeantwort vom 28. Mai 2009 stellte die Widerspruchsgegnerin das Rechtsbegehren, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers abzuweisen.

G.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen des IGE in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 lit. e VGG). Als Adressat ist der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021). Frist 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 (Art. 44 ff. VwVG) sind ebenfalls erfüllt. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.
Vom Markenschutz ausgeschlossen sind unter anderem Zeichen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG). Der Inhaber der älteren Marke kann gestützt auf Art. 3 Abs. 1 MSchG gegen die Eintragung der neueren Marke innerhalb von drei Monaten nach ihrer Veröffentlichung Widerspruch erheben (Art. 31 MSchG).

Die Widerspruchsmarke wurde am 25. Juli 2000 hinterlegt und am 19. Februar 2001 veröffentlicht, während die angefochtene Marke am 20. Februar 2007 hinterlegt und am 31. Juli 2007 publiziert wurde. In Anbetracht dessen ist die Vorinstanz zu Recht auf den fristgemäss, unter Bezahlung der entsprechenden Gebühr, bei ihr anhängig gemachten Widerspruch eingetreten.

3.

3.1 Die Widerspruchsgegnerin bestreitet den rechtserhaltenden Gebrauch der Marke HEIDILAND durch den Beschwerdeführer. Sie erklärt, sie habe den Nichtgebrauch der Schweizer Marke Nr. 480 762 HEIDILAND in den Klassen 29 und 30 ebenso wie den Nichtgebrauch weiterer Schweizer Marken der Gegenseite mit Schreiben vom 29. November 2006 an den Rechtsvertreter des Widersprechenden geltend gemacht; eine Kopie dieses Briefes legte sie der Beschwerdeantwort bei. Somit sei der Beschwerdeführer gehalten, Gebrauchsnachweise für den Zeitraum vor dem 29. November 2006 zu präsentieren.

3.2 Hat der Inhaber die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht, so kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, ausser wenn wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Behauptet der Widerspruchsgegner in seiner ersten Stellungnahme an das IGE den Nichtgebrauch der älteren Marke nach Art. 12 Abs. 1 MSchG, so hat der Widersprechende den Gebrauch seiner Marke oder wichtige Gründe für den Nichtgebrauch glaubhaft zu machen (Art. 32 MSchG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 der Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992, MSchV, SR 232.111). Dabei ist die Gebrauchsfrist vom Zeitpunkt der

Geltendmachung des Nichtgebrauchs der Marke durch den Widerspruchsgegner an rückwärts zu rechnen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7191/2009 vom 8. April 2010 E. 3.1 – YO / YOG (fig.) sowie B-7500/2006 vom 19. Dezember 2007 E. 3 – Diva Cravatte (fig.) / DD DIVO DIVA (fig.), mit Hinweisen).

3.3 Art. 32 MSchG über die Einrede des Nichtgebrauchs bzw. die Glaubhaftmachung des Gebrauchs der Marke steht im zweiten Abschnitt des dritten Kapitels des MSchG, welcher das Widerspruchsverfahren regelt. Art. 22 MSchV ("Schriftenwechsel") befindet sich im zweiten Abschnitt des zweiten Kapitels der Verordnung, welcher ebenso unter dem Titel "Widerspruchsverfahren" steht. Nach Art. 22 Abs. 3 MSchV muss der Widerspruchsgegner gegebenenfalls den Nichtgebrauch der Marke des Widersprechenden in seiner ersten Stellungnahme (im Rahmen des Widerspruchsverfahrens) geltend machen (vgl. E. 3.2 hiervor).

3.4 Ausgangspunkt für die Berechnung der Gebrauchsfrist ist demzufolge die erstmalige Geltendmachung der Einrede des Nichtgebrauchs im Rahmen einer Stellungnahme während des Widerspruchsverfahrens (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7500/2006 vom 19. Dezember 2007 E. 3 mit Hinweisen). Eine Bestreitung des rechtserhaltenden Gebrauchs gegenüber dem Widersprechenden zu einem früheren Zeitpunkt, ausserhalb dieses Verfahrens, ist hingegen nicht massgebend (ebenso CHRISTOPH WILLI, MSchG, Markenschutzgesetz, Kommentar, Zürich 2002, Art. 32 N. 3).

3.5 Im Widerspruchsverfahren bestritt die Beschwerdegegnerin den rechtserhaltenden Gebrauch der Marke HEIDILAND mit Schreiben vom 13. März 2008 an das IGE. Daher muss sich die Glaubhaftmachung des Gebrauchs durch den Beschwerdeführer auf den Zeitraum vom 13. März 2003 bis zum 13. März 2008 erstrecken. Zum selben Schluss gelangte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (E. 7). Keine fristauslösende Wirkung zeitigt demgegenüber die Geltendmachung des Nichtgebrauchs in einem Schreiben der Widerspruchsgegnerin vom 29. November 2006 an den Rechtsvertreter des Widersprechenden.

4.

4.1 Der Widersprechende muss den Gebrauch seiner Marke in der Schweiz nicht beweisen, sondern nur glaubhaft machen (Art. 32

MSchG). Glaubhaftmachen des Gebrauchs bedeutet, dem Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck zu vermitteln, dass die fraglichen Tatsachen nicht bloss möglich, sondern wahrscheinlich sind. Es braucht keine volle Überzeugung des Richters, doch muss er zumindest die Möglichkeit, dass die behaupteten Tatsachen stimmen, höher einschätzen als das Gegenteil (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4540/2007 vom 15. September 2008 E. 4 sowie B-7500/2006 vom 19. Dezember 2007 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7449/2006 vom 20. August 2007 E. 4 – EXIT (fig.) / EXIT ONE; RKGE in sic! 2004 106 E. 3 – R Rivoli / Seiko Rivoli, RKGE in sic! 2002 53 E. 4 – Express / Express clothing, mit Verweis auf BGE 88 I 14 und LUCAS DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Lucas David (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, Art. 12 N. 16, Art. 32 N. 7; vgl. auch BGE 130 III 321 E. 3.3 und 120 II 393 E. 4c).

4.2 Das Widerspruchsverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 12 VwVG); die beweisbelastete Partei trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG), welche auch im daran anschliessenden Beschwerdeverfahren besteht. In diesem können auch Noven geltend gemacht werden (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N. 1050; DAVID, a. a. O., Art. 36 N. 9). Das Einreichen neuer Gebrauchsbelege in diesem Verfahrensstadium ist demnach zulässig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4540/2007 vom 15. September 2008 E. 4; RKGE in sic! 1998 406 E. 3 Anchor / Ancora).

4.3 Als mögliche Belege für den Gebrauch dienen Urkunden (Rechnungen, Lieferscheine) und Augenscheinsobjekte (Etikettenmuster, Verpackungen, Kataloge, Prospekte). Zeugen können im Widerspruchsverfahren vor dem Institut keine einvernommen werden. Im Beschwerdeverfahren ist dies jedoch möglich (Art. 14 Abs. 1 lit. c VwVG; WILLI, a.a.O., Art. 32 N. 7).

4.4 Alle Beweismittel müssen sich auf den massgeblichen Zeitraum vor der Einrede des Nichtgebrauchs beziehen, was ihre einwandfreie Datierbarkeit voraussetzt. Undatierbare Belege können aber unter Umständen in Kombination mit anderen, datierbaren Gebrauchsbelegen berücksichtigt werden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

B-4540/2007 vom 15. September 2008 E. 4 sowie B-2683/2007 vom 30. Mai 2008 E. 4.4; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7449/2006 vom 20. August 2007 E. 4 – EXIT / EXIT ONE, mit Hinweis auf RKGE in sic! 2005 754 E.4 Gabel / Kabel 1).

5.

5.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 MSchG ist die Marke geschützt, soweit sie im Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, für die sie beansprucht wird. Dieser Gebrauch muss ernsthaft sein. Wann der Gebrauch einer Marke eine genügende Ernsthaftigkeit aufweist, kann nicht schematisch für alle Fälle festgelegt werden. Massgebend sind die branchenüblichen Gepflogenheiten wirtschaftlich sinnvollen Handelns. Zu berücksichtigen sind dabei Art, Umfang und Dauer des Gebrauchs (RKGE in sic! 2004 38 E. 5 – Bosca) sowie die besonderen Umstände des Einzelfalls, wie z.B. Grösse und Struktur des in Frage stehenden Unternehmens (KARIN BÜRGI LOCATELLI, Der rechtserhaltende Markengebrauch in der Schweiz, Bern 2008, S. 38 ff.; ERIC MEIER, L'obligation d'usage en droit des marques, Genf/ Zürich/Basel 2005, S. 50 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7191/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3.1).

Die Rechtsprechung verlangt eine minimale Marktbearbeitung über einen längeren Zeitraum, wobei der Umfang des Umsatzes je nach Art der angebotenen Waren oder Dienstleistungen eine massgebende Rolle spielt (BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 40). Bei Massenartikeln wird eine umfangreichere Benutzung der Marke gefordert als bei Luxusgütern (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7191/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3.1 sowie B-7439/2006 vom 6. Juli 2007 E. 4.2.2 – KINDER / kinder Party (fig.), mit Verweis auf RKGE in sic! 2004 S. 106 E. 7 – R Rivoli / Seiko Rivoli; BÜRGI LOCATELLI, a.a.O., S. 42 mit Hinweisen). Entsprechend erachtete die ehemalige Rekurskommission für geistiges Eigentum drei Lieferungen von Brot und Mehl an nur einen Abnehmer während einer Zeitspanne von fünf Jahren als nicht ausreichend (RKGE in sic! 2006 183 E. 7 – Banette / Panetta (fig.)), ebensowenig drei Rechnungen für Tabakerzeugnisse an Firmen in Deutschland in der Höhe von DM 250.– (RKGE 2003 138 E. 3b – Boss / Boss (fig.)).

Die Belege müssen überdies vom funktionsgerechten Gebrauch der Marke zeugen. Kein funktionsgerechter Gebrauch liegt vor, wenn die Marke von den Abnehmern nicht als Mittel zur Unterscheidung

verschiedener Produkte erkannt wird. Ihren Zweck kann eine Marke nur erfüllen, wenn sie bestimmten Produkten zugeordnet werden kann (WILLI, a. a. O., Art. 11 N. 14). Es ist nicht erforderlich, dass sie auf der Ware oder deren Verpackung selbst erscheint (RKGE in sic! 2005 754 E. 5 – Gabel / Kabel 1). Die Zuordnung zu bestimmten Produkten kann beispielsweise auch bei Prospekten, Preislisten oder Rechnungen möglich sein.

5.2 Als Gebrauch der Marke gilt auch der Gebrauch in einer von der Eintragung nicht wesentlich abweichenden Form (Art. 11 Abs. 2 MSchG). Demnach muss das Zeichen so, wie es eingetragen ist oder in davon nur unwesentlich abweichender Form gebraucht worden sein (DAVID, a. a. O., Art. 11 N. 17; RKGE in sic! 2004 106 E. 5 Seiko Rivoli / R Rivoli (fig.)). Das Weglassen nebensächlicher Bestandteile und Modernisierungen der Schreibweise der Marke sind zulässig, während das Weglassen eines unterscheidungskräftigen Elements zu einem anderen Gesamtbild und damit zu einem von der Registrierung abweichenden Gebrauch führt (vgl. EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, S. 177 f.). Entscheidend ist, dass der kennzeichnungskräftige Kern der Marke, der das markenspezifische Gesamtbild prägt, nicht seiner Identität beraubt wird (BGE 130 III 267 E.4 - Tripp Trapp). Durch die Änderung darf mit anderen Worten nicht der Charakter der Marke verlorengehen (DAVID, a. a. O., Art. 11 N. 14). Die eingetragene und die benutzte Marke müssen von den betroffenen Verkehrskreisen noch als ein- und dasselbe Zeichen angesehen werden (WILLI, a. a. O., Art. 11 N. 51).

Im vorliegenden Zusammenhang wurde die Widerspruchsmarke HEIDILAND in den Wort- bzw. Buchstabenkombinationen "HEIDILAND Käse", "Bio VK Heidiland Käse", "Bio-Heidilandkäse" und "Heidiland Bio Käse" verwendet. Sowohl die Bezeichnung "Bio" als auch die Zusätze "Käse" und "VK" (Vollknospe, als Label für Erzeugnisse aus biologischer Produktion, vgl. www.bio-suisse.ch) sind beschreibend, denn sie charakterisieren das Produkt selbst sowie seine Herstellungsweise. Die Marke an sich wurde lediglich im Ausdruck "Bio-Heidilandkäse" modifiziert, wobei sie auch hier nur mit Zusätzen deskriptiver Natur verbunden wurde. Insgesamt ist daher von einem Gebrauch der Marke HEIDILAND zumindest in einer von der Eintragung nicht wesentlich abweichenden Form im Sinne von Art. 11 Abs. 2 MSchG auszugehen.

5.3 Weiter kann sich der Markeninhaber auch den Gebrauch der Marke durch Dritte anrechnen lassen, solange dieser mit seiner Zustimmung erfolgt ist (Art. 11 Abs. 3 MSchG; sog. stellvertretender Gebrauch). Das Gesetz stellt keine besonderen Anforderungen an die Form der Zustimmung. Die Zustimmung kann stillschweigend, etwa im Rahmen eines Konzernverhältnisses oder vertraglich, z.B. auf der Grundlage eines Lizenzvertrags oder eines Distributionsabkommens, erteilt werden. Von massgebender Bedeutung ist, dass der Markenbenutzer die Marke für den Markeninhaber gebraucht, d.h. mit einem Fremdbenutzungswillen tätig wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-763/2007 vom 5. November 2007 E. 5, mit Verweis auf WILLI, a.a.O., Art. 11 N. 60). Ein derartiger stellvertretender Gebrauch findet etwa bei der Markenbenutzung durch Tochter-, Konzern- und mit dem Markeninhaber anderweitig wirtschaftlich eng verbundene Gesellschaften oder durch Lizenznehmer, Unterlizenznehmer, Alleinvertreter und Wiederverkäufer statt (DAVID, a.a.O., Art. 11 N. 22; HERBERT PFORTMÜLLER, Gebrauch durch den Lizenznehmer gilt als markenmässiger Gebrauch, in: MARTIN KURER et al., Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David, Zürich 1996, S. 125 ff., S. 127; vgl. auch BGE 107 II 356 E. 1c - La San Marco).

6.

6.1 Im Widerspruchsverfahren reichte der Beschwerdeführer dem IGE die nachfolgend dargestellten Unterlagen ein, um den Gebrauch der Marke HEIDILAND glaubhaft zu machen.

6.1.1 Als Beleg für Milchprodukte und Käse präsentierte er dem Institut ein undatiertes Schreiben der Q._____ AG (Betreffzeile: "Bestätigung für den Verkauf von HEIDILAND Käse") sowie eine Rechnung derselben an die R._____ AG, [...], vom 27. Dezember 2007 über die Lieferung von [...] Laiben (567 kg) "Bio VK Heidiland Käse" zum Preis von total Fr. [...] (Fr. [...] pro kg). Im erwähnten Schreiben bestätigt die Q._____ AG, dass sie "mit X._____ eine Lizenz für Käse mit der Bezeichnung HEIDILAND seit 2003 eingegangen" sei. Sie verkaufe seither jährlich über 20 Tonnen Käse in der gesamten Schweiz direkt an den Detailhandel, darunter auch Filialen von Coop. Die im Schreiben als Beilage aufgeführten "Etiketten des HEIDILAND Käses" finden sich nirgends in den Akten.

6.1.2 Bezüglich Fleisch und Teigwaren unterbreitete der Widersprechende dem IGE einen Ausdruck vom 17. April 2008 aus der

Website culinarium.com, in welchem "Pastaessen auf dem Walensee", veranstaltet vom Schiffsbetrieb Walensee und vom "Culinarium Heidiland", angeboten werden. Ergänzend hielt er fest, zusammen mit dem Culinarium würden jährlich verschiedene "HEIDILAND Pasta- und Barbecueevents" auf dem Walensee organisiert. Weiter reichte er der Vorinstanz einen Auszug vom 17. April 2008 aus der Website des Marché Restaurants Heidiland auf der Raststätte an der A13 in Maienfeld ein, wo es ebenfalls HEIDILAND-Teigwaren gebe. Dieses Restaurant sei ein langjähriger Lizenznehmer des Widersprechenden. Schliesslich legte er dem Institut einen Ausdruck vom 17. April 2008 von heidiland.com vor, woraus die zahlreichen weiteren Verarbeiter und Kelterer mit HEIDILAND-Produkten (darunter auch die S._____ AG aus [...]) ersichtlich seien.

6.2 Das IGE führte dazu in der angefochtenen Verfügung aus, Beleg 1 (undatiertes Schreiben der Q._____ AG mit datierter Rechnung über eine Käselieferung) beziehe sich auf eine Käserei, welche mit der Markeninhaberin angeblich in Lizenz Käse mit dem Namen "HEIDILAND" vertreibe. Jedoch fehlten geeignete Dokumente, die diese Behauptung untermauerten. Es genüge nicht, einfach zu behaupten, man verwende die Marke mit Zustimmung des Markeninhabers, ohne dass diese Tatsache irgendwie belegt werde. Zudem lasse sich aus diesem Beleg auch nicht die konkrete Benutzung der Marke für die beanspruchten Waren nachvollziehen.

Die Belege 2-4 (Beleg 2: "Pastaessen auf dem Walensee"; Beleg 3: "Marché Heidiland"; Beleg 4: "heidiland.com") bezögen sich auf einen Zeitpunkt nach Geltendmachung des Nichtgebrauchs, weshalb sie von vornherein grundsätzlich unbehelflich seien. Aus den Belegen 2-4 gehe nicht hervor, wie und ob die Marke "HEIDILAND" für die beanspruchten Waren des Widersprechenden gebraucht werde. Zudem gehe aus diesen Belegen auch nicht hervor, inwiefern die aufgeführten Unternehmen mit dem Widersprechenden in wirtschaftlicher Verbindung stünden und ob deren allfälliger Gebrauch der Marke dem Widersprechenden angerechnet werden könnte.

6.3 In seiner Beschwerdeschrift vertritt der Widersprechende die Ansicht, die bei den Vorakten liegenden, mit der Replik vom 14. Mai 2008 eingereichten Unterlagen belegten entgegen der Meinung der Vorinstanz bereits, dass die Widerspruchsmarke im massgeblichen Zeitraum in der Schweiz für die Ware "Käse" rechtserhaltend benutzt

worden sei. Die eingereichte Rechnung belege, dass die Marke HEIDILAND – genau so, wie sie hinterlegt worden sei – für Käse gebraucht werde. Die Vorinstanz zweifle daran, dass es sich bei der Q._____ AG um eine Lizenznehmerin handle. Weshalb sie zweifle, sei unklar, denn ein Bestätigungsschreiben der Q._____ AG sei eingereicht worden. Es handle sich hierbei entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht um eine "Behauptung", sondern vielmehr um eine Bestätigung eines unabhängigen Dritten. Die Käserei bestätige nicht nur, dass die Marke HEIDILAND in den letzten Jahren benutzt worden sei, sondern auch, dass sie Lizenznehmerin sei.

Der Beschwerdeführer reiche vorliegend zusätzlich auszugsweise die Lizenzvereinbarung ein, gehe jedoch davon aus, dass das Bestätigungsschreiben an sich bereits genügend glaubhaft machen sollte, dass die Parteien eine Lizenz über die Benutzung der Marke HEIDILAND eingegangen seien. Um der Gegenseite keine Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, werde der Lizenzvertrag nur auszugsweise eingereicht. Berücksichtigt werden müsse ferner, dass es sich vorliegend um eine Wortmarke handle, welche auch genau so auf den Rechnungen verwendet worden sei. Selbst wenn die Menge von 560 kg Käse nicht als riesig angesehen würde, stehe doch fest, dass eine Marktbearbeitung erfolgt und das Produkt erhältlich sei.

Vor diesem Hintergrund gehe der Beschwerdeführer davon aus, dass die Marke im Zusammenhang mit Käse rechtsgenügend gebraucht worden sei. Um die Rechtserhaltung zu untermauern, würden weitere Belege eingereicht. Die Abbildung des tatsächlichen Gebrauchs der Marke gemäss Beilage 12 auf dem Käse zeige, dass die Marke rechtserhaltend gebraucht worden sei. Auch wenn diese Abbildung nicht datiert sei, so sei sie mit den übrigen Unterlagen zu berücksichtigen. Weiter lege der Beschwerdeführer zwei Plakate ins Recht, mit welchen der HEIDILAND-Käse im Jahr 2005 in COOP-Filialen beworben worden sei. Auf diesen Plakaten sei ebenfalls der tatsächliche Gebrauch der Marke ersichtlich. Schliesslich würden Broschüren der Ferienregion "Heidiland", einer Lizenznehmerin des Beschwerdeführers, aus den Jahren 2004 bis 2007 eingereicht, in welchen der HEIDILAND-Käse ebenfalls beworben werde. Das beiliegende Schreiben der Ferienregion "Heidiland" belege die Auflagen der Broschüren.

Die nunmehr neu im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumente machten nicht nur glaubhaft, sondern bewiesen sogar, dass die Widerspruchsmarke in ihrer im Markenregister eingetragenen Form benutzt werde. Aufgrund der im Rechnungsbeleg ausgewiesenen Mengen, der Bestätigung des Lizenznehmers und der erfolgten Werbung sei an der Ernsthaftigkeit des Gebrauchs nicht zu zweifeln. Weiter sei anhand der eingereichten Unterlagen nicht daran zu zweifeln, dass der Gebrauch durch den Lizenznehmer mit Zustimmung des Markeninhabers und Beschwerdeführers erfolgt sei. Komme das Gericht zum Schluss, dass der rechtserhaltende Gebrauch immer noch nicht rechtsgenügend glaubhaft gemacht worden sei, so beantrage der Beschwerdeführer die Einvernahme von Herrn Z._____, Q._____ AG, [...], als Zeugen.

6.4 Laut Beschwerdeantwort vom 28. Mai 2009 bestreitet die Beschwerdegegnerin den rechtserhaltenden Gebrauch der Widerspruchsmarke "im relevanten Zeitraum vor Geltendmachung des Nichtgebrauchs am 29. November 2006" (recte gemäss E. 3.5 hiervor: 13. März 2008) weiterhin. Der Beschwerdeführer reiche nunmehr die Kopie eines Lizenzvertrages vom 11. April 2003 zwischen ihm und der Q._____ AG nach. Dieser beinhalte eine [...] Lizenz des Beschwerdeführers an die Käserei, unter der Marke HEIDILAND im Betrieb in [...] Käse herzustellen und in der Schweiz, im Fürstentum Liechtenstein, in Deutschland und in Österreich zu bewerben und zu verkaufen. Der Vertrag sei am 1. Januar 2003 in Kraft getreten und auf unbestimmte Zeit geschlossen worden, wobei er jeweils mit einer Frist von vier Monaten auf den 31. Dezember von beiden Seiten gekündigt werden könne. Da die erste Kündigung der Q._____ AG bereits zum 31. Dezember 2003 und seither für beide Seiten jährlich möglich gewesen sei, bestreite die Beschwerdegegnerin, dass dieser Vertrag noch Gültigkeit habe bzw. innerhalb des relevanten Zeitraums für den rechtserhaltenden Gebrauch der Marke des Beschwerdeführers Gültigkeit gehabt habe.

Für den Fall, dass der Beschwerdeführer in der Lage sei, nachzuweisen, dass der Lizenzvertrag im relevanten Zeitraum rechtsgültig bestanden habe, weise die Beschwerdegegnerin auf Folgendes hin: Aus dem Lizenzvertrag ergebe sich lediglich, dass die Firma Q._____ AG seit dem 1. Januar 2003 berechtigt gewesen sei, unter der Marke HEIDILAND Käse herzustellen und zu vertreiben. Hierin liege kein Nachweis der tatsächlichen Benutzung der Marke

HEIDILAND für Käse, und es ergebe sich aus dem Vertrag auch nicht, wann eine tatsächliche Benutzung erfolgt sein sollte, falls sie denn aufgenommen worden sei, was ausdrücklich bestritten werde.

Die Beilage, welche die Abbildung des HEIDILAND-Biokäses zeige, sei nicht datiert, sodass sie nicht zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Marke für den relevanten Zeitraum geeignet sei.

Aus sämtlichen Broschüren der Ferienregion HEIDILAND aus den Jahren 2004 bis 2007 gehe nicht hervor, dass tatsächlich auch der Käse bzw. seine Verpackung mit der Marke HEIDILAND gekennzeichnet worden sei. Die Bezeichnung des Käses ergebe sich lediglich aus der Bildunterschrift, und es handle sich hierbei um eine interne Bezeichnung für diesen Käse durch die Ferienregion HEIDILAND. Dass mit der Marke HEIDILAND gekennzeichneter Käse tatsächlich angeboten und vertrieben worden sei, ergebe sich daraus nicht. Die Broschüre aus dem Jahr 2007 sei darüber hinaus nicht relevant, da sie nach dem Datum der Geltendmachung des Nichtgebrauchs der Marke des Beschwerdeführers durch die Beschwerdegegnerin vom 29. November 2006 datiere. Erstaunlicherweise lege die Gegenseite auch keine einzige zusätzliche Rechnung oder Lieferscheine bei. Sollte mit der Marke HEIDILAND gekennzeichneter Käse tatsächlich angeboten und vertrieben worden sein, wäre dies doch die einfachste Möglichkeit, den Gebrauch glaubhaft zu machen.

Bei der Ankündigung der Degustation bei Coop handle es sich um eine kurzfristige Aktion von sechs Tagen, nämlich vom 18.-20. August sowie vom 1.-3. September 2005. Entscheidend zur Glaubhaftmachung der Benutzung sei die Frage, ob der Markeninhaber über eine längere Zeitspanne eine minimale Marktbearbeitung nachweisen könne. Dies sei bei einer nur je dreitägigen Aktion im August und im September desselben Jahres nicht der Fall, so dass der Beleg der Ankündigung einer Degustation bei Coop nicht zur Glaubhaftmachung eines ernsthaften Gebrauchs der Marke HEIDILAND für Käse geeignet sei. Es handle sich hierbei vielmehr um eine punktuelle Einzelaktion und eine reine Vorbereitungshandlung, die keinen rechtserhaltenden Gebrauch darstelle.

Selbst wenn man nach den bisher genannten Belegen des Beschwerdeführers vermuten sollte, dass Käse in einer Verpackung mit der Aufschrift "HEIDILAND Bio-Käse" und/oder dem HEIDILAND-Schriftzug tatsächlich im relevanten Zeitraum angeboten und ver-

trieben worden sei, so sei zu beachten, dass es sich bei dem Gebrauch auf den Käse-Verpackungen um eine rein beschreibende Angabe für die Herkunft des Käses handle, die nicht geeignet sei, die produkteidentifizierende Benutzung der Marke HEIDILAND für Käse glaubhaft zu machen. Rechtserhaltend wirke nämlich nur ein funktionsgerechter Gebrauch der Marke als Kennzeichen. Ein solcher liege hier nicht vor. Bei dem Schriftzug HEIDILAND der Ferienregion Heidiland handle es sich um eine rein geographische Angabe, da die Gestaltung des Schriftzuges in einem beschreibenden Kontext mit zusätzlichen beschreibenden Elementen wie "Bio" und "Käse" erfolge, was dazu führe, dass HEIDILAND als geographische Angabe und nicht als Marke wahrgenommen werde. Die Aufschrift "HEIDILAND Bio-Käse" sei gesamthaft betrachtet nichts anderes als ein Hinweis auf den Herstellungsort des Bio-Käses, nämlich die Region Heidiland, welche rund um den Ort Maienfeld liege. Es liege diesbezüglich somit keine produkteidentifizierende, markenmässige Benutzung der Marke HEIDILAND für Käse vor.

Der Beschwerdeführer beantrage zudem die Zeugeneinvernahme des Herrn Z._____. Die Beschwerdegegnerin sei der Auffassung, dass der Zeugenbefragung kein massgeblicher Beweiswert zuzumessen sei, insbesondere, da Herr Z._____ gemäss Vorbringen des Beschwerdeführers mit diesem geschäftlich verbunden sei und weiterhin an einer künftigen Zusammenarbeit mit ihm interessiert sein dürfte.

6.5 Wie die Vorinstanz im Widerspruchsentscheid zu Recht festhielt, handelt es sich bei den ihr unterbreiteten Belegen 2-4 (Beleg 2: "Pastaessen auf dem Walensee"; Beleg 3: "Marché Heidiland"; Beleg 4: "heidiland.com") um Ausdrucke von Internetseiten, die am 17. April 2008, also zu einem Zeitpunkt nach Geltendmachung des Nichtgebrauchs, erstellt wurden und auch keine Angaben enthalten, welche Rückschlüsse auf einen rechtserhaltenden Gebrauch der Marke zwischen dem 13. März 2003 und dem 13. März 2008 zuliessen. Für eine Glaubhaftmachung des Gebrauchs der Marke HEIDILAND im massgeblichen Zeitraum fallen diese Belege deshalb von vornherein ausser Betracht.

6.6 Das Bestätigungsschreiben der Q._____ AG zu Handen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers ist nicht datiert, erwähnt aber eine "exemplarisch" beigelegte Rechnung "an einen Detailhändler vom letzten Jahr". Die in den Akten befindliche Rechnung 601123 vom 27.

Dezember 2007 über eine Lieferung von 567 kg "Bio VK Heidiland Käse" zum Preis von insgesamt Fr. [...] ging an die R._____ AG in [...]. Diese ist allerdings keine Detail-, sondern eine Gross- oder Zwischenhändlerin (siehe [Website]). Dass die Q._____ AG das Produkt (jedenfalls 567 kg davon) nicht selbst (direkt), sondern allem Anschein nach über die R._____ AG (als Unterlizenznehmerin) in den Detailhandel brachte, offenbart sich auch an der Produktbezeichnung ("inkl. Lizenzgebühren"), welche in der Rechnung 601123 verwendet wurde.

Angesichts dessen verbietet sich eine auf den ersten Blick zwar naheliegende, wegen mangelnder Bestimmbarkeit eines Kalendertages der Ausfertigung aber an sich schon ungenaue Datierung des Bestätigungsschreibens auf das Jahr 2008. Eine solche Datierung auf den Zeitraum eines Jahres würde jedoch ohnehin nicht genügen, weil fraglich wäre, ob das Schreiben noch innerhalb der massgeblichen Gebrauchsfrist verfasst wurde. Daher bleibt zu prüfen, ob sich allenfalls aus dessen Text selbst oder in Verbindung mit anderen Beweisstücken eine einwandfreie Datierung erschliesst und ob sich daraus Aufschlüsse über den rechtserhaltenden Gebrauch der Widerspruchsmarke ergeben.

Inhaltlich bezieht sich der Bestätigungsbrief der Käserei auf den Zeitraum ab Lizenzerteilung ("seit 2003") durch den Beschwerdeführer, wobei insbesondere angesichts des soeben erörterten Fehlens einer Datierung ungewiss bleibt, ab und bis wann die bescheinigten Lieferungen von "jährlich über 20 Tonnen Käse in der gesamten Schweiz" genau erfolgten. Aus dem Zusammenspiel mit der (einzigen ins Recht gelegten) Faktura 601123 lässt sich aber immerhin schliessen, dass "Bio VK Heidiland Käse" am 26. Dezember 2007 (Datum des in der Rechnung erwähnten Lieferscheins Nr. 400954) in einer Menge von 567 kg geliefert wurde. wie viel davon letztlich an den Detailhandel ging und dort unter der Marke HEIDILAND Konsumenten angeboten wurde, lässt sich allerdings aufgrund der eingereichten Belege nicht feststellen.

Mit dem im Beschwerdeverfahren auszugsweise nachgereichten Lizenzvertrag, dem ins Recht gelegten Bestätigungsbrief sowie mit der ebenfalls schon der Vorinstanz unterbreiteten Faktura 601123 macht der Beschwerdeführer und Markeninhaber stellvertretenden Gebrauch der Widerspruchsmarke im Sinne von Art. 11 Abs. 3 MSchG durch die

Q._____ AG geltend (vgl. auch Art. 18 Abs. 1 MSchG). Wenn die Beschwerdegegnerin nun die Gültigkeit des Lizenzvertrages vom 7./9./15. April 2003 für den Gebrauchszeitraum bestreitet, so muss ihr unter Hinweis auf die Rechnung 601123 widersprochen werden. Letztere wurde nämlich am 27. Dezember 2007, also innerhalb bzw. gegen Ende des massgeblichen Gebrauchszeitraums, durch die Lizenznehmerin ausgestellt und enthält die Widerspruchsmarke in der Bezeichnung "Bio VK Heidiland Käse". Vor diesem Hintergrund erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als wahrscheinlich, dass der Lizenzvertrag zumindest bis wenige Monate vor Ablauf der Gebrauchsperiode Bestand hatte. Freilich erlaubt der Vertrag als solcher – wie die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz richtig bemerken – keine Rückschlüsse auf eine tatsächliche Benutzung der Marke HEIDILAND für Käse.

Laut ihrem Bestätigungsschreiben verkauft die Q._____ AG "jährlich über 20 Tonnen Käse in der gesamten Schweiz direkt an den Detailhandel (darunter auch an Coop Filialen)". Weder das Schreiben selbst noch die darin erwähnten Käselieferungen lassen sich jedoch (einwandfrei) datieren (siehe weiter oben in dieser Erwägung). Es wird nicht einmal ausdrücklich gesagt, dass die Lieferungen (wenigstens zu einem erheblichen Teil) unter der Widerspruchsmarke HEIDILAND abgesetzt wurden. Dies kann allenfalls aus dem Kontext des Schreibens (Betreffzeile: "Bestätigung für den Verkauf von HEIDILAND Käse"; Hinweis auf die "Lizenz für Käse mit der Bezeichnung HEIDILAND" im ersten Abschnitt des Briefes) geschlossen werden. Bei der erwähnten Absatzmenge von mehr als 20 t pro Jahr handelt es sich indessen um eine Angabe, die nicht mittels Belegen (wie beispielsweise weiteren Rechnungen oder Lieferscheinen) erhärtet wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7191/2009 vom 8. April 2010 E. 3.3.3).

Aufgrund der Faktura vom 27. Dezember 2007 über eine Lieferung von 567 kg "Bio VK Heidiland Käse" an die R._____ AG in [...] kann auch nicht geschlossen werden, dass "direkt an den Detailhandel" geliefert wurde, wie das Bestätigungsschreiben der Käserei suggeriert. Möglicherweise, aber nicht zwingend, ergibt sich dies, wenn man die Beilagen 12 ("Abbildung eines HEIDILAND Käses" mit Coop-Logo und "Heidiland"-Schriftzug) und 13 ("zwei Fotografien von HEIDILAND Käse COOP Werbepostern 2005" für Degustationen vom 1.-3.

September 2005 und vom 18.-20. August 2005) zur Beschwerdeschrift mitberücksichtigt.

6.7 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht argumentiert, ist Beilage 12 zur Beschwerdeschrift ("Abbildung eines HEIDILAND Käses" mit Coop-Logo und "Heidiland"-Schriftzug) nicht datiert und damit nicht geeignet, die Benutzung der Widerspruchsmarke für Käse im relevanten Zeitraum glaubhaft zu machen. Jedenfalls gilt dies, sofern das Beweisstück für sich allein, ohne Zuhilfenahme weiterer Belege, gewürdigt wird.

6.8 Beilage 14 zur Beschwerdeschrift beinhaltet ein Schreiben des Vorsitzenden der Geschäftsleitung der Ferienregion "Heidiland" (Heidiland Tourismus AG) vom 6. Februar 2009 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers sowie Kopien der "Heidi und Peter"-Broschüren aus den Jahren 2004 bis 2007 (ohne Seitennummerierung), welche diesem Schreiben beigefügt waren. Der Verfasser führt unter anderem aus, 2003 habe es die Broschüre noch nicht gegeben, und 2008 sei erstmals das "Heidi"-Magazin anstelle der "Heidi und Peter"-Broschüre erschienen. Darin sei die Q._____ nicht vertreten; [...]. Ein Stück Käse (mit unleserlicher Beschriftung) ist in den "Heidi und Peter"-Broschüren 2005, 2006 sowie 2007 abgebildet; darunter stehen neben der Bezeichnung "HEIDILAND KÄSE" jeweils die Telefonnummer und die Internetadresse der Q._____ AG. Dieselbe Abbildung mit identischem Begleittext findet sich in der "Heidi und Peter"-Broschüre 2004, wobei dort ein in Rot gehaltener Schriftzug "Heidiland" auf dem Käsestück erkennbar ist, der allerdings nicht mit demjenigen übereinstimmt, welcher auf den Käseetiketten gemäss Beilage 12 (Photographie eines Käsestücks) und den beiden Reproduktionen der Plakate von Coop (Degustationsankündigung, Beilage 13 zur Beschwerdeschrift) abgedruckt ist. Bei der Beschriftung des Käses in der Broschüre aus dem Jahr 2004 handelt es sich allem Anschein nach auch nicht um eine Etikette, sondern um einen Aufdruck, und dieser könnte erst anlässlich der Redaktion der Broschüre computertechnisch eingefügt worden sein.

In den eben beschriebenen Broschüren, die alle aus dem für die Glaubhaftmachung des Gebrauchs relevanten Zeitraum stammen, wird der "HEIDILAND-KÄSE" jeweils unter der Rubrik "Heidiland-Produkte zum Kaufen" abgebildet. Soweit die Produktbezeichnung dort nicht auf dem Käse selbst angebracht ist, ergibt sie sich aus dem unmittelbaren

Kontext. Sie weicht nicht wesentlich von derjenigen ab, welche auf den Etiketten von Coop (siehe Beilagen 12 und 13 zur Beschwerdeschrift) verwendet wurde ("Heidiland Bio Käse"). Vor diesem Hintergrund hält es das Bundesverwaltungsgericht – anders als die Beschwerdegegnerin – für glaubhaft, dass Käse unter der Marke HEIDILAND (Endkonsumenten) zum Kauf angeboten wurde. Abgesehen davon bieten die Broschüren aber keine Basis, um etwa zu eruieren, ob und gegebenenfalls wie viel Käse tatsächlich unter Benutzung der Widerspruchsmarke vertrieben wurde.

6.9 Mit den ins Recht gelegten Beweisstücken wird also zunächst einmal glaubhaft gemacht, dass im massgeblichen Gebrauchszeitraum Käse unter der Bezeichnung "HEIDILAND" durch eine Lizenznehmerin des Beschwerdeführers (allenfalls via Zwischenhandel bzw. Unterlizenz) im Detailhandel (Coop) angeboten und in Broschüren der Ferienregion Heidiland zum Verkauf angepriesen wurde. Fraglich erscheint aber, ob der Beschwerdeführer die Widerspruchsmarke in dieser Zeitspanne auch mit genügender Ernsthaftigkeit im Sinne der vorstehend zitierten Praxis gebrauchte.

Mangels Datierung sowie weiterer präzisierender Belege vermag jedenfalls die Äusserung der Lizenznehmerin des Beschwerdeführers über eine Verkaufsmenge von "jährlich über 20 Tonnen Käse" weder einen tatsächlichen Absatz in dieser Grössenordnung noch einen entsprechenden Gebrauch der Widerspruchsmarke zu dokumentieren bzw. glaubhaft zu machen. Als Beleg mit einer Mengenangabe verbleibt demnach einzig die Rechnung 601123 vom 27. Dezember 2007, welche aber lediglich eine einmalige Lieferung von 567 kg Käse ausweist, wobei sich anhand der eingereichten Unterlagen nicht feststellen lässt, wie viel davon tatsächlich in den Detailhandel gelangte. Schliesslich zeugen auch die in Beilage 13 zur Beschwerdeschrift abgedruckten Plakate von Coop für zwei jeweils dreitägige Degustationsveranstaltungen im August und im September 2005 nur von einem kurzzeitigen Gebrauch der Marke HEIDILAND für das beanspruchte Produkt und erlauben keine Rückschlüsse auf allfällige damit einhergehende Verkäufe.

Bei der Q._____ AG handelt es sich laut Website um eine mittelständische Unternehmung, deren Sortiment ausgewählte Käsespezialitäten umfasst ([Website]). Auf den Degustationsplakaten von Coop (Beilage 13 zur Beschwerdeschrift) wird der "Bio-Heidilandkäse

von Z._____, Käser in [...]" als "Regionale Bio-Spezialität" bezeichnet. Eine solche Käsespezialität lässt sich weder als Luxusgut noch als Massenartikel charakterisieren. Vielmehr muss sie klassifikatorisch zwischen diesen beiden Kategorien angesiedelt werden. Für eine Annäherung an die Gruppe der Massenartikel spricht dabei, dass Käse ein Grundnahrungsmittel ist und sich biologisch produzierte Esswaren in der Schweiz während der vergangenen Jahre steigender Beliebtheit erfreut haben. Dagegen liesse sich aber einwenden, "HEIDILAND-Käse" sei eine regionale Spezialität, was eine Massenproduktion von vornherein verhindere. Allerdings wäre es auch vorstellbar, dass eine derartige Käsespezialität auf beträchtliche Nachfrage stösst, besonders dann, wenn sie wie hier über einen Grossverteiler mit zahlreichen Verkaufsstandorten vertrieben wird. Wegen des Fehlens von (glaubhaft gemachten) Absatzzahlen lässt sich dieser Punkt jedoch nicht näher erhellen. Unter Berücksichtigung der Betriebsgrösse der Käserei sowie ihrer Absatzkanäle für "HEIDILAND-Käse" (Detailhandel, ein Grossverteiler) muss demnach insgesamt eine Markenbenutzung von zumindest mittlerem, durchschnittlichem Umfang und längerer Dauer vorausgesetzt werden. Eine bloss geringfügige Markenbenutzung oder eine solche von nur kurzer Dauer wäre jedenfalls nicht ausreichend, zumal gerade auch angesichts eines Einkaufspreises von Fr. [...] pro kg sicherlich kein Luxusgut zur Diskussion steht.

Käse, einschliesslich Bio-Käse, wird als breit nachgefragtes Konsumgut während des ganzen Jahres in grösseren Mengen verkauft. Im vorliegenden Fall wurden als Markenbenutzung Anpreisungen in touristischen Broschüren aus den Jahren 2004 bis 2007, zwei jeweils dreitägige Degustationen im Jahr 2005 sowie eine einmalige Lieferung von 567 kg an einen Zwischenhändler Ende 2007 glaubhaft gemacht. Einzig die Anpreisung in den Broschüren war dabei von längerer Dauer, die Degustationen und die Lieferung hingegen, wenn man sie ins Verhältnis zur massgeblichen Gebrauchsperiode setzt, sehr kurz bzw. geringfügig. Glaubhaft gemacht wurde lediglich eine Lieferung von 567 kg, behauptet aber eine jährliche Liefermenge von mindestens 20 t (direkt an den Detailhandel). Letztere kann als Vergleichsmassstab dienen, was verdeutlicht, wie bescheiden der glaubhaft gemachte Absatz in Wirklichkeit ist. Die Reklame in den "Heidi-und-Peter"-Broschüren schliesslich sagt nichts darüber aus, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang gestützt darauf effektiv "HEIDILAND-Käse" an Konsumenten verkauft wurde. Sie befindet sich

zwar in einem Kästchen mit der Überschrift "Heidiland-Produkte zum Kaufen", enthält aber keinen Hinweis, wonach der Käse im Detailhandel, etwa bei Coop, erhältlich wäre. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine genügende Ernsthaftigkeit des Gebrauchs der Widerspruchsmarke im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung weder glaubhaft gemacht worden noch sonst ausgewiesen ist.

6.10 Hinsichtlich des rechtserhaltenden Gebrauchs bleibt schliesslich noch das Argument der Beschwerdegegnerin zu würdigen, die Widerspruchsmarke sei auf den Käse-Verpackungen in einem beschreibenden Kontext als geographische Herkunftsangabe und deshalb nicht markenmässig benutzt worden.

Laut Präambel zum Lizenzvertrag vom 7./9./15. April 2003 zwischen dem Beschwerdeführer und der Q._____ AG (Beilage 11 zur Beschwerdeschrift) wurde die Bezeichnung "Heidiland" 1975 [...] kreiert und in den Folgejahren vor allem im Zusammenhang mit touristischen Leistungen bekannt gemacht. Gemäss gleicher Quelle wird die Marke HEIDILAND in Zusammenarbeit mit dem Lizenznehmer "Heidiland Tourismus", der verschiedene schweizerische Regionen vertritt, vermarktet. Beim Ausdruck "Heidiland" handelt es sich demzufolge nicht etwa um einen althergebrachten Flurnamen, sondern um eine Wortschöpfung eher neueren Datums mit touristisch-kommerziellem Hintergrund. Bestehend aus dem Vornamen einer Romanfigur sowie einem Zusatz geographischen Gehalts (hier in der Bedeutung von "Region"; vgl. www.heidiland.com, "Ferienregion Heidiland"), bezeichnet sie eine im Sinne des Schauplatzes der Heidi-Geschichte von Johanna Spyri recht genau lokalisierbare Gegend im Gebiet St. Galler Oberland / Walensee (vgl. dazu die "Heidi und Peter"-Broschüren in Beilage 14 zur Beschwerdeschrift), allenfalls einschliesslich der Bündner Herrschaft um Maienfeld. In Verbindung mit Erzeugnissen aus dieser Region kann sie deshalb als geographische Herkunftsangabe verstanden werden.

Herkunftsangaben sind gemäss Art. 47 Abs. 1 MSchG direkte oder indirekte Hinweise auf die geographische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen. Nicht als Herkunftsangaben im Sinne dieser Bestimmung gelten geographische Namen und Zeichen, die von den massgebenden Ver-

kehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden werden (Art. 47 Abs. 2 MSchG).

Als Produktionsstandort für (Bio-) Käse kommt die mit dem Begriff "Heidiland" bezeichnete Gegend ohne Weiteres in Frage. Die massgeblichen Verkehrskreise bestehen aus den Konsumenten, welche Käse im Detailhandel kaufen. Da im vorliegenden Kontext schon das Zeichen "Heidiland" selbst geographische Assoziationen über die Herkunft des Produktes weckt und zusammen mit rein beschreibenden Elementen wie "Käse" und "Bio" verwendet wird, verstehen die massgebenden Verkehrskreise das Wort als geographische Herkunftsangabe, nicht als Marke. Verstärkt wird dieser Eindruck im Fall der Degustationsankündigungen von Coop (Beilage 13 zur Beschwerdeschrift) dadurch, dass auf den entsprechenden Plakaten neben einem Stück Käse, versehen mit einer Etikette, welche (soweit lesbar) die Bezeichnung "Heidiland Bio Käse" sowie ein Bild mit dem Schriftzug "HEIDILAND" trägt, eine Tafel mit der Aufschrift "Regionale Bio-Spezialität" platziert wurde (welche auch oben rechts auf der Käseetikette stehen dürfte, wobei sie dort in den Beilagen 12 und 13 zur Beschwerdeschrift kaum leserlich ist). Etwas abgeschwächt wird er allenfalls durch das Hintergrundbild mit dem Begleittext "Bio-Heidilandkäse von Z._____, Käser in [...]", welches den Inhaber des Produktionsbetriebes in seinem Käsekeller zeigt und so einen Bezug zu dessen Unternehmen herstellt. Beim Kauf im Detailhandel sehen die Konsumenten allerdings nur die Etikette auf dem Produkt, und aufgrund des Schriftzuges "Heidiland Bio Käse" entsteht der Eindruck, es handle sich um eine nach biologischen Kriterien hergestellte Käsesorte aus der Gegend, jedoch nicht um eine spezifische Kreation eines bestimmten Unternehmens oder Markenträgers. In diesem Sinne wird die Widerspruchsmarke als Herkunftsangabe aufgefasst und dementsprechend nicht funktionsgerecht benutzt.

7.

Da es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, den rechtserhaltenden Gebrauch der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen, erübrigt sich eine Prüfung der Verwechslungsgefahr im Verhältnis der streitgegenständlichen Marken. Eine Zeugeneinvernahme von Z._____ drängt sich insbesondere deshalb nicht auf, weil die Widerspruchsmarke in den wenigen glaubhaft gemachten Fällen auch nicht funktionsgerecht gebraucht wurde. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

8.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

8.1 Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (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). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Bei Widerspruchsverfahren besteht dieser hauptsächlich aus dem Schaden der beschwerdeführenden Partei im Fall einer Markenverletzung durch die angefochtene Marke. Es würde aber zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür stets konkrete Aufwandsnachweise verlangt würden. Mangels anderweitiger einschlägiger Angaben ist der Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf einen Betrag zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– festzulegen (BGE 133 III 490 E. 3.3 – Turbinenfuss). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

8.2 Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Das Gericht setzt diese aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 VGKE). Die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin hat dem Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote über Fr. 9'500.- für ihre "Bemühungen und Auslagen im Zusammenhang mit der Einreichung der Beschwerdeantwort vom 28. Mai 2009 sowie der diesbezüglichen Beratung der Beschwerdegegnerin" eingereicht. Da die geltend gemachte (nicht näher detaillierte) Parteientschädigung unangemessen hoch erscheint, ist sie auf Fr. 4'000.- zu reduzieren.

9.
Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110). Das vorliegende Urteil ist deshalb rechtskräftig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- (inkl. MWST) zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilagen: Rückerstattungsformular, Beschwerdebeilagen zurück);
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; Beilage: Beilagen zur Beschwerdeantwort zurück);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Nr. 9233; Einschreiben; Beilage: Vorakten zurück).

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech Urs Küpfer

Versand: 20. Juli 2010