Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-4751/2023

Urteil vom 24. Januar 2025

Besetzung

Richterin Chiara Piras (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Selim Haktanir.

Parteien

EMIL EBNETER & Co. AG,
Weissbadstrasse 27, 9050 Appenzell,
vertreten durch lic. iur. Thomas Käslin, Advokat,
Advokatur 11,
Leimenstrasse 4, 4051 Basel,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 13549/2021 APPENZELLER.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 8. September 2021 meldete die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz das Zeichen APPENZELLER zur Eintragung in das Schweizerische Markenregister an (Gesuch Nr. 13549/2021). Das Gesuch betraf verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 30, 32, 33, 35, 41 und 43 (vgl. Bst. A.h hiernach).

A.b Die Vorinstanz beanstandete die Eintragung am 11. Februar 2022 wegen des Vorliegens absoluter Ausschlussgründe. Sie erwog insbesondere, die beantragte Marke sei in Verbindung mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen beschreibend in Bezug auf die Herkunft sowie den Anbieter bzw. Erbringer und teilweise auch den thematischen Inhalt. Als direkte Herkunftsangabe sei das Zeichen zudem absolut freihaltebedürftig.

A.c Am 24. Juni 2022 verfügte die Vorinstanz die Zurückweisung des Eintragungsgesuchs. Die Beschwerdeführerin habe die ihr angesetzte Frist zur Behebung der beanstandeten Mängel ungenutzt verstreichen lassen. In ihrer Verfügung verwies die Vorinstanz auf die Möglichkeit eines Weiterbehandlungsgesuchs.

A.d Am 11. August 2022 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zur vorinstanzlichen Beanstandung vom 11. Februar 2022. Sie bestritt insbesondere das Vorliegen eines absoluten Freihaltebedürfnisses und beantragte, das Verfahren zunächst auf diese Frage zu beschränken. Ansonsten sei ihr eine Frist anzusetzen für die Einreichung einer weiteren Stellungnahme zu den weiteren Rechtsfragen und allenfalls einer Verkehrsdurchsetzung.

A.e Am 6. Januar 2023 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Frist zur Meldung einer allfälligen Zeichenänderung bis zum 6. März 2023.

A.f Mit Stellungnahme vom 6. März 2023 bestritt die Beschwerdeführerin erneut das Vorliegen eines absoluten Freihaltebedürfnisses und verlangte, dass ihr die Vorinstanz eine neue Frist zur Einreichung von Benutzungsbelegen oder allenfalls einer demoskopischen Umfrage sowie zur Stellungnahme zu weiteren rechtlichen Fragen setze.

A.g Am 14. April 2023 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, an ihrer Auffassung festzuhalten, wonach das beantragte Zeichen als Herkunftsangabe in Alleinstellung absolut freihaltebedürftig sei. Eine Verkehrs-

durchsetzung sei somit von vornherein ausgeschlossen, weshalb der Beschwerdeführerin keine weitere Frist zum Sammeln von Verkehrsdurchsetzungsbelegen gewährt werden könne. Sie wies ausserdem darauf hin, dass die beantragte Marke für Oberbegriffe, die Wein enthalten könnten (vorliegend: "alkoholische Getränke, ausgenommen Biere"), auch als rechtswidrig zurückzuweisen sei, da eine kantonale AOC "Appenzell Ausserrhoden" existiere. Die Vorinstanz stellte der Beschwerdeführerin ausserdem den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung in Aussicht.

A.h Am 2. Mai 2023 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz darum, die Liste der Waren der Klasse 33 abzuändern. Die beanspruchten Waren und Dienstleistungen lauten nunmehr wie folgt:

> **Klasse 30:** Kaffee, Tee, Kakao und Kaffee-Ersatzmittel; Reis, Teigwaren und Nudeln; Tapioka und Sago; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Schokolade; Eiscreme, Sorbets und andere Arten von Speiseeis; Zucker, Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Würzmittel, Gewürze, konservierte Kräuter; Essig, Sossen und andere Würzmittel; Eis (gefrorenes Wasser); Schokoladentruffes; Schokoladewaren.
>
> **Klasse 32:** Biere; alkoholfreie Getränke; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken.
>
> **Klasse 33:** Alkoholische Getränke, ausgenommen Biere und Weine; alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken, ausgenommen Weine; Weine mit der kontrollierten Ursprungsbezeichnung (KUB/AOC) Appenzell Ausserrhoden.
>
> **Klasse 35:** Werbung; Geschäftsführung, -organisation und -verwaltung; Büroarbeiten; Detail- und Grosshandel; Online-Einzelhandelsdienstleistungen; Bereitstellung kommerzieller Auskünfte und Beratung für Verbraucher bei der Auswahl von Produkten und Dienstleistungen; E-Commerce Dienstleistungen, nämlich Zurverfügungstellen von Produktinformation via Telekommunikationsnetzwerke zu Werbe- und Verkaufszwecken; Organisation und Durchführung von Handelsmessen, Veranstaltungen und Ausstellungen für kommerzielle oder Werbezwecke; Vermietung von Verkaufsständen; Vermietung von Verkaufsautomaten; Vermietung von Werbematerial; Zusammenstellung von Warensortimenten für Dritte (ausgenommen Transport), um es Kunden zu ermöglichen, die Waren bequem zu betrachten und zu kaufen.
>
> **Klasse 41:** Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Betrieb von Vergnügungs- und Themenparks; Organisation und Durchführung von Degustationen für kulturelle oder Bildungszwecke; Organisation und Durchführung von Kolloquien, Konferenzen, Kongressen, Seminaren, Symposien und Workshops; Organisation von Unterhaltungsveranstaltungen; Veranstaltung und Durchführung von Konferenzen, Kongressen,

Seminaren und Workshops (Ausbildung); Veranstaltung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke; Veranstaltung von Führungen.

Klasse 43: Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen; Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen; Barbetrieb; Bereitstellung von Speisen und Getränken in Bistros; Betrieb von Cafés, Cafeterien und Restaurants; Bewirtung von Gästen; Speise- und Getränke-Catering für Messe- und Ausstellungsgelände; Take-away-Verpflegung mit Speisen und Getränken; Verleih von Geräten für die Ausgabe von Heiss- und Kaltgetränken, mit Ausnahme von Getränkeautomaten; Vermietung von Getränkeausgabegeräten; Vermietung von Getränkekühlgeräten; Vermietung von Räumen für Festlichkeiten, Konferenzen, Kongresse, Ausstellungen, Seminare und Tagungen; Vermietung von Stühlen und Tischen; Vermietung von transportablen Bauten; Vermietung von Zelten.

A.i Mit Verfügung vom 4. Juli 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin vollumfänglich ab. Das vorliegende Zeichen beschreibe die Herkunft der beanspruchten Waren und Dienstleistungen sowie für einen Teil der beanspruchten Dienstleistungen deren thematischen Inhalt. Es liege keine der Ausnahmekonstellationen vor, welche den geografischen Herkunftshinweis in den Hintergrund treten liesse. Als direkte Herkunftsangabe sei das Zeichen absolut freihaltebedürftig. Aufgrund des absoluten Freihaltebedürfnisses könne die Verkehrsdurchsetzung nicht geltend gemacht werden.

B.
Mit Beschwerde vom 4. September 2023 beantragt die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Juli 2023 (Rechtsbegehren Ziffer 1). Es sei festzustellen, dass am Zeichen APPENZELLER kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe und die Angelegenheit sei an die Vorinstanz mit verbindlicher Weisung zur Neubeurteilung zurückzuweisen (Rechtsbegehren Ziffer 2). Eventualiter sei die Schweizer Markenhinterlegung Nr. 13549/2021 APPENZELLER für alle beanspruchten Waren als durchgesetzte Marke zum Markenschutz zuzulassen (Rechtsbegehren Ziffer 3). Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz (Rechtsbegehren Ziffer 4).

C.
Mit Vernehmlassung vom 12. Dezember 2023 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin, soweit darauf einzutreten sei.

D.
Am 22. Januar 2024 repliziert die Beschwerdeführerin und hält an ihren Rechtsbegehren fest.

E.
Mit Duplik vom 21. März 2024 hält die Vorinstanz an ihren Rechtsbegehren fest und führt ihren Standpunkt weiter aus.

F.
In ihrer Triplik vom 29. März 2024 macht die Beschwerdeführerin unter anderem geltend, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie nicht auf ihren Antrag auf Einschränkung des Verfahrens auf die Frage des absoluten Freihaltebedürfnisses eingegangen sei.

G.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32]). Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Somit sind die Sachurteilsvoraussetzungen im Grundsatz erfüllt. Zu prüfen bleibt, inwieweit auf sämtliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin eingetreten werden kann (vgl. E. 8 hiernach).

2.

2.1 Strittig ist vorliegend, ob die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht vollumfänglich abgewiesen hat.

2.2 In ihrer Beschwerdebegründung bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines absoluten Freihaltebedürfnisses. Die Vorinstanz sei nicht gewillt gewesen, eine Verkehrsdurchsetzung zu prüfen. Deswegen habe sie (die Beschwerdeführerin) einen Anspruch darauf, dass der Instanzenzug eingehalten werde. Das Zeichen habe sich im Verkehr als Kennzeichen für ein einzelnes Unternehmen durchgesetzt und sich zudem zu einer Gattungsbezeichnung gewandelt, bei welchem kein Bezug mehr zum betreffenden Ort hergestellt werde. Es liege somit kein absolutes Freihaltebedürfnis vor.

2.3 In der Begründung ihrer Anträge schliesst die Vorinstanz in der Vernehmlassung auf Nichteintreten sowohl in Bezug auf das Haupt- als auch auf das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin. Das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses an einer Feststellung sei zu verneinen. Die erstmalige Prüfung der derivativen Unterscheidungskraft durch die Beschwerdeinstanz würde zu einer unzulässigen Ausweitung des Streitgegenstands führen. In materieller Hinsicht sei das strittige Zeichen als direkte Herkunftsangabe nicht unterscheidungskräftig und die Verkehrsdurchsetzung scheitere am absoluten Freihaltebedürfnis. In Alleinstellung sei das Zeichen absolut freihaltebedürftig. Aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung lasse sich zugunsten der Beschwerdeführerin nichts ableiten.

2.4 In der Replik bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei nicht rechtskonform, eine äusserst kostspielige Verkehrsdurchsetzung zu belegen, wenn anschliessend eine Rückweisung des Eintragungsgesuchs aufgrund einer absoluten Freihaltebedürftigkeit verfügt werde. Deshalb sei das Verfahren zunächst auf die Frage des absoluten Freihaltebedürfnisses zu beschränken. Sie habe ein berechtigtes rechtliches Interesse daran, für sämtliche beanspruchten Waren zur Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung zugelassen zu werden. Für welche Waren dies gelinge, würde sich erst im Laufe des Verfahrens zeigen. Da keine formelle Einschränkung auf die absolute Freihaltebedürftigkeit vorliege, sehe sie sich gezwungen, auch das Eventualbegehren zu stellen. Das Zeichen werde wie ein Gattungsbegriff für die Waren der Beschwerdeführerin benutzt. Die massgebenden Verkehrskreise würden es nicht als Herkunftsangabe verstehen.

2.5 Mit Duplik entgegnet dem die Vorinstanz, dass die Frage, ob die direkte Herkunftsangabe absolut freihaltebedürftig sei, nur insoweit von Interesse sein könne, als deren Durchsetzung für jede einzelne der betroffenen Waren und Dienstleistungen geltend gemacht werde. Diesbezüglich würden

die erwähnten Waren "Kräuterlikör" und "Kräuterbitter" als solche aber nicht beansprucht. Die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung sei der Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz nicht verunmöglicht worden. Weil keine erstmalige Prüfung der derivativen Unterscheidungskraft durch die Beschwerdeinstanz zu erfolgen habe, sei auf den Eventualantrag nicht einzutreten. Materiell liege keine relevante Mehrdeutigkeit des Zeichens vor. Das Zeichen sei in Bezug auf die strittigen Waren und Dienstleistungen eine direkte Herkunftsangabe, die originär nicht unterscheidungskräftig sei und deren Verkehrsdurchsetzung am absoluten Freihaltebedürfnis scheitere.

2.6 Mit der Triplik bringt die Beschwerdeführerin vor, wenn schon nicht auf diese Frage eingegangen worden sei, hätte eine Frist zur Geltendmachung der Verkehrsdurchsetzung angesetzt werden müssen. Betreffend das Eventualbegehren werde sie nicht den Aufwand auf sich nehmen, eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen im Wissen, dass allenfalls auch das Bundesverwaltungsgericht von einem absoluten Freihaltebedürfnis ohne Möglichkeit einer Verkehrsdurchsetzung ausgehe. Die Einordnung eines Zeichens in die in der Praxis entwickelten Kategorien sei äusserst schwammig und beruhe keineswegs auf irgendeiner Rechtsgrundlage. In jedem Fall sei festzustellen, dass praxisgemäss für direkte Herkunftsangaben kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe.

3.

3.1 Zunächst ist auf den Standpunkt der Beschwerdeführerin einzugehen, in ihrer Beschwerdeschrift werde "nicht geltend gemacht, dass das Zeichen nicht dem Gemeingut zugehöre". Dementsprechend würden die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz nicht angefochten. Vielmehr werde geltend gemacht, dass das Zeichen als durchgesetzte Marke einzutragen sei. Indessen beantragt die Beschwerdeführerin in ihrem Hauptbegehren die vollumfängliche Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung (Rechtsbegehren Ziffer 1).

3.2 Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand sind identisch, wenn – wie vorliegend – die Verwaltungsverfügung insgesamt angefochten wird (BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1b und 2a). Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juli 2023 vollumfänglich aufzuheben, umfasst die Frage, ob das Zeichen unter Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG, SR 232.11) eintragbar ist und

daher auch die Frage des Gemeinguts. Ohnehin ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheids anfechtbar (BGE 140 I 114 E. 2.4.2). Soweit das Dispositiv eines Entscheids auf die Erwägungen verweist, sind diese insofern der Rechtskraft zugänglich (und damit grundsätzlich anfechtbar), als sie der Ergänzung oder Erläuterung des Dispositivs dienen (BGE 144 V 418 E. 4.2).

3.3 Die Vorinstanz hat das Markeneintragungsgesuch der Beschwerdeführerin für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen zurückgewiesen. Sie hat das Zeichen als direkte Herkunftsangabe, absolut freihaltebedürftig und für die strittigen Waren und Dienstleistungen zum Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zugehörig qualifiziert. Da der Gemeingutcharakter eines Zeichens aufgrund einer fehlender Unterscheidungskraft oder wegen seines Freihaltebedürfnisses bestehen kann, bleibt Ersteres vor Letzterem zu prüfen (vgl. E. 5.3 hiernach). Die Frage, ob das streitgegenständliche Zeichen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen als Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG einzustufen ist, wird somit ungeachtet einer Verkehrsdurchsetzung im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu beantworten sein (vgl. E. 5 ff. hiernach).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt. Sie macht diesbezüglich in ihrer Beschwerdeschrift geltend, die Vorinstanz habe das Einreichen von Belegen zur Verkehrsdurchsetzung nicht zugelassen, da sie von einem absoluten Freihaltebedürfnis ausgegangen sei und deshalb eine Verkehrsdurchsetzung nicht geprüft hätte. Aus diesem Grund habe die Beschwerdeführerin bis anhin keinerlei Belege eingereicht. Die Vorinstanz habe damit den Sachverhalt unvollständig abgeklärt, bezüglich Verkehrsdurchsetzung keine materielle Prüfung vorgenommen, das Vorliegen eines Tatbestandselements der möglichen Verkehrsdurchsetzung zu Unrecht verneint und die Verkehrsdurchsetzung deshalb gar nicht geprüft.

4.2

4.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehlern bei

der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

4.2.2 Wenn auch für die Feststellung des Sachverhalts in der Bundesverwaltungsrechtspflege grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (Art. 12 VwVG) gilt, wird diese durch die Mitwirkungspflicht der Parteien nach Art. 13 VwVG relativiert. In einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten, sind Parteien gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 143 II 425 E. 5.1; 138 II 465 E. 8.6.4; vgl. auch BVGE 2019 IV/5 E. 5 "THINK DIFFERENT/Tick different [fig.]"). Sie sind daher grundsätzlich gehalten, den Behörden den rechtswesentlichen Sachverhalt darzulegen. Tun sie dies nicht, kann ihnen diese unterlassene Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung auch zum Nachteil reichen (Urteil des BVGer B-5179/2018 vom 4. März 2019 E. 5.3 m.w.H.). Die Mitwirkungspflicht der Parteien ändert nichts an der Beweislast der Vorinstanz für die Erstellung des wesentlichen Sachverhalts zum Vorliegen absoluter Ausschlussgründe. Die Vorinstanz ist hingegen nicht beweisbelastet für die Einwände und Einreden der Markenanmelderin (BGE 130 III 478 E. 3.3 "Lernstudio"; Urteil des BVGer B-2217/2014 vom 3. November 2016 E. 4.4.3 "Bond St. 22 London [fig.]"). Auch für die Verkehrsdurchsetzung ist die Markenanmelderin nicht von ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG entbunden, diese für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen glaubhaft zu machen (Urteil des BVGer B-1456/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 8.8 "Schweiz Aktuell").

4.2.3 Ein Sachverhalt gilt dann als unrichtig oder unvollständig erhoben, wenn der Entscheidung falsche bzw. aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt werden oder wenn nicht über alle rechtserheblichen Umstände Beweis geführt wurde bzw. wenn eine entscheidrelevante Tatsache zwar erhoben wurde, diese jedoch daraufhin nicht in den Entscheid miteinfloss (BVGE 2014/2 E. 5.1; 2007/37 E. 2.3; Urteile des BVGer B-5179/2018 vom 4. März 2019 E. 5.4; B-4380/2016 vom 13. August 2018 E. 6.1.2).

4.2.4 In Bezug auf die vorliegend interessierende Verkehrsdurchsetzung des streitgegenständlichen Zeichens ist festzuhalten, dass die Markenhinterlegerin die Verkehrsdurchsetzung einer beantragten Marke geltend machen respektive Schutz des Zeichens als durchgesetzte Marke beantragen muss. Aufgrund nachträglicher Unterscheidungskraft, als durchgesetzte Marke, ist eine Eintragung nur auf Antrag zu prüfen (BGE 140 III 109 E. 5.3.2 f. "ePostSelect [fig.]"; Urteile des BVGer B-3392/2023 vom 7. November 2023 E. 2.1 "World Economic Forum"; B-1456/2016 vom

7. Dezember 2016 E. 8.1 "Schweiz Aktuell"; B-2609/2012 vom 28. August 2013 E. 2.3 "Schweizer Fernsehen"). Wer sich auf die Verkehrsdurchsetzung beruft, hat diese zu belegen (Urteile des BVGer B-2592/2016 vom 13. Juni 2017 E. 7.2 "iMessage"; B-1456/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 8.4 "Schweiz Aktuell"; B-6363/2014 vom 8. Juli 2016 E. 7.2 "Meissen"), wobei eine Glaubhaftmachung ausreicht (BGE 130 III 328 E. 3.2 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteile des BVGer B-1456/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 8.4 "Schweiz Aktuell"; B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.2 "Aus der Region. Für die Region [fig.]"). Die Verkehrsdurchsetzung kann sich nur auf diejenigen Waren oder Dienstleistungen erstrecken, für welche sie glaubhaft gemacht ist (Urteile des BVGer B-120/2019 vom 31. Juli 2019 E. 2.3 "Old Skool"; B-684/2016 vom 13. Dezember 2018 E. 6.4 "Postauto"; B-6363/2014 vom 8. Juli 2016 E. 7.2 "Meissen"). Die Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung sind dabei umso höher, je banaler, schwächer oder freihaltebedürftiger das Zeichen originär ist (BGE 134 III 314 E. 2.3.5 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; 130 III 328 E. 3.4 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteil des BVGer B-2461/2020 vom 12. Mai 2023 E. 2.5 "Schweizerische Ärztezeitung").

4.3 Nach dem Gesagten obliegt es der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren Belege für die Verkehrsdurchsetzung nicht nur in Aussicht zu stellen, sondern die Verkehrsdurchsetzung tatsächlich mittels Beibringens von Beweismitteln glaubhaft zu machen. Die Beschwerdeführerin hätte im vorinstanzlichen Verfahren hierfür ausreichend Gelegenheit gehabt, auch ohne, dass die Vorinstanz ihr hierfür eine Frist hätte setzen müssen. Ob ihr die Glaubhaftmachung gelingt, stellt zwar eine beweisbedürftige Tatfrage dar, kann jedoch erst im Zusammenhang mit der Verkehrsdurchsetzung geprüft werden (vgl. E. 9 hiernach), die als solche eine Rechtsfrage darstellt (BGE 130 III 328 E. 3 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteile des BGer 4A_267/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 7.3.2 "Luminarte/Lumimart"; 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.1 "Post"). Im Lichte der vorliegenden Mitwirkungspflicht der Antragstellerin in Bezug auf die Verkehrsdurchsetzung liegt keine Sachverhaltsverletzung vor, wenn die Vorinstanz sich darauf beschränkt, die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu würdigen und die angebotenen Beweise abzunehmen. Dies gilt umso mehr, als sich etwaige Nachweise für die Verkehrsdurchsetzung nicht bei der Vorinstanz befinden. Die Beschwerdeführerin bringt darüber hinaus in keiner Weise substanziiert vor und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb und wie die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig festgestellt habe oder welche angebotenen Beweise nicht abgenommen worden seien. Der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin kann demnach nicht gefolgt

werden. Ihre Rüge, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt, zielt deshalb ins Leere.

5.

5.1 Vorliegend ist an dieser Stelle zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht das streitgegenständliche Zeichen als zum Gemeingut gemäss Art. 2 Bst. a MSchG gehörend nicht zum Markenschutz zugelassen hat.

5.2 Zeichen, die Gemeingut sind, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben (Art. 2 Bst. a MSchG).

Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden und denen damit die für eine Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, sowie andererseits Zeichen, die aus anderen Gründen für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, wobei die beiden Fallgruppen eine gewisse Schnittmenge aufweisen (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Puma World Cup Qatar 2022 et al./Qatar 2022 [fig.] et al."; 143 III 127 E. 3.3.2 "[Rote Damenschuhsohle] [Position]"; 139 III 176 E. 2 "YOU"; Urteil des BGer 4A_607/2023 vom 26. April 2024 E. 2.1 "World Economic Forum"). Je nach Prüfungsgesichtspunkt des Zeichens kann sich der massgebende Verkehrskreis unterscheiden. Während sich die Freihaltebedürftigkeit eines Zeichens nach dem Bedürfnis der Konkurrenten beurteilt, ist für die Unterscheidungskraft auf das Verständnis der durchschnittlichen Abnehmerinnen und Abnehmer abzustellen (BGE 139 III 176 E. 2 "YOU"; Urteile des BGer 4A_227/2022 vom 8. September 2022 E. 2.1.2 "Λ [fig.]"; 4A_330/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2.2.2 "THINK/THINK OUTDOORS"; 4A_38/2014 vom 27. Juni 2014 E. 3.2 "Keytrader", nicht publiziert in: BGE 140 III 297).

5.3 Die Prüfung des Freihaltebedürfnisses erfolgt erst nach der Beurteilung der Unterscheidungskraft. Fehlt einem Zeichen die Unterscheidungskraft, kann die Frage des Freihaltebedürfnisses offengelassen werden. Ist die Unterscheidungskraft bejaht worden, muss das Freihaltebedürfnis dagegen geprüft werden (vgl. BVGE 2023 IV/3 E. 5 "Stiftung Schweizerische Schule für Blindenführhunde Allschwil [fig.]"; 2018 IV/3 E. 5.6 "WingTsun"; 2016/21 E. 5.6 "Goldbären").

5.4

5.4.1 Die Unterscheidungskraft fehlt Sachbezeichnungen sowie Zeichen, die beschreibend sind. Als solche gelten Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar und ausschliesslich als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Als nicht schutzfähig fallen hierunter namentlich Zeichen, die geeignet sind im Verkehr als Hinweis über die Art, die Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert oder sonstige Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen aufgefasst zu werden. Der beschreibende Charakter solcher Hinweise muss vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasieaufwand unmittelbar erkennbar sein (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Puma World Cup Qatar 2022 et al./Qatar 2022 [fig.] et al."; 145 III 178 E. 2.3.1 "Apple"; 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; BVGE 2023 IV/3 E. 2.2 "Stiftung Schweizerische Schule für Blindenführhunde Allschwil [fig.]").

5.4.2 Beschreibend und damit als Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind auch direkte geografische Herkunftsangaben (BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon"; BVGE 2015/49 E. 3.3 "Luxor"; Urteil des BVGer B-4612/2023 vom 10. Juli 2024 E. 2.3.2 "Alpstein"). Herkunftsangaben sind direkte oder indirekte Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen (Art. 47 Abs. 1 MSchG). Als direkte Herkunftsangaben gelten insbesondere Namen von Städten, Ortschaften, Tälern, Regionen und Ländern, die als mögliches Produktionsgebiet eine Herkunftserwartung auslösen können (BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon"; BVGE 2015/49 E. 3.3 "Luxor"; Urteil des BVGer B-854/2018 vom 2. Oktober 2019 E. 2.2 "Grand Basel"). Indirekte Herkunftsangaben sind Begriffe, die eine Herkunftserwartung wecken, ohne unmittelbar das mögliche Produktionsgebiet zu erwähnen. Typisch für diese Kategorie sind die Namen von Flüssen, Gewässern und Bergen sowie symbolhafte Zeichen und Namen eines bestimmten Orts, die untrennbar mit einem geografischen Begriff verknüpft sind (BVGE 2015/49 E. 3.3 "Luxor"; Urteile des BVGer B-854/2018 vom 2. Oktober 2019 E. 2.2 "Grand Basel"; B-1785/2014 vom 15. Dezember 2015 E. 3.3.2 "Hyde Park"; B-3149/2014 vom 2. März 2015 E. 3.4 "COS [fig.]"). Indirekte Herkunftsangaben sind im Gegensatz zu direkten Herkunftsangaben in der Regel unter dem Vorbehalt der Irreführung als Marke eintragungsfähig (BVGE 2015/49 E. 3.3 "Luxor"; Urteile des BVGer

B-854/2018 vom 2. Oktober 2019 E. 2.2 "Grand Basel"; B-6363/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.4 "Meissen").

5.4.3 In konstanter Rechtsprechung stützt sich die Prüfung der Eintragungsfähigkeit einer Marke auf den widerlegungsfähigen Erfahrungssatz, wonach eine geografische Bezeichnung, wenn sie nach dem mutmasslichen Verständnis der Verkehrskreise als Name eines Ortes oder einer Gegend bekannt ist, nach der Lebenserfahrung im Regelfall als Hinweis auf eine entsprechende Herkunft der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen im Sinne von Art. 47 Abs. 1 MSchG verstanden wird (BGE 135 III 416 E. 2.2 und 2.6.1 "Calvi"; Urteile des BGer 4A_357/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 4.3 "Indian Motorcycle"; 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.3.2 "Wilson"; BVGE 2020 IV/7 E. 3.1.2 "BVLGARI VAULT, BVLGARI"; 2015/49 E. 4.3 "Luxor").

5.4.4 Keine Herkunftsangabe in diesem Sinne liegt vor bei geografischen Namen und Zeichen, die von den massgebenden Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden werden (Art. 47 Abs. 2 MSchG). Sie gehören daher nicht zum Gemeingut (vgl. BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon"; BVGE 2020 IV/7 E. 5.1.1.2 "BVLGARI VAULT, BVLGARI"). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die geografische Angabe den inländischen Markenadressatinnen und -adressaten unbekannt ist, das Zeichen erkennbar Fantasiecharakter hat, der bezeichnete Ort offensichtlich nicht als Produktions-, Fabrikations- oder Handelsort infrage kommt, das Zeichen als Typen- oder Gattungsbezeichnung erkannt wird oder sich im Verkehr als Kennzeichen für ein bestimmtes Unternehmen durchgesetzt hat (BGE 147 III 326 E. 2.2 "Swiss Re - We make the world more resilient"; 135 III 416 E. 2.6.1 ff. "Calvi"; 128 III 454 E. 2.1.1 ff. "Yukon"; Urteil des BGer 4A_357/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 4.4 "Indian Motorcycle"). In diesen Fällen ist markenrechtlicher Schutz für die geografische Angabe möglich, weil sie nicht als Herkunftshinweis aufgefasst wird (BGE 128 III 454 E. 2.1.3 und 4.1 "Yukon"; 117 II 321 E. 3 "Valser"). Es besteht daher keine Gefahr der Irreführung im Sinne von Art. 2 Bst. c MSchG (BGE 132 III 770 E. 2.1 "Colorado [fig.]"; 128 III 454 E. 2.2 "Yukon"; Urteil des BVGer B-4532/2017 vom 24. Mai 2018 E. 2.3 "Hamilton").

5.4.5 Die Beurteilung der Bekanntheit eines geografischen Zeichens erfolgt unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren. Dazu zählen die Grösse, die wirtschaftliche Bedeutung und die verkehrstechnische Erschliessung eines Gebiets sowie dessen Ruf für die infrage stehenden

Produkte. Bei Schweizer Orten oder Gegenden ist nur zurückhaltend auf deren Unbekanntheit zu schliessen, etwa bei kleineren Schweizer Gemeinden oder Weilern (Urteile des BVGer B-4612/2023 vom 10. Juli 2024 E. 2.3.4 "Alpstein"; B-3464/2020 vom 8. Juli 2022 E. 6.1 "Ägeribier/Ägeribier [fig.]"; B-1646/2013 vom 5. November 2014 E. 5.2.2.2 m.w.H. "Tego-Port"; SIMON HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 47 N 57). Die Bekanntheit muss sich auf die Schweiz beziehen und darf nicht auf eine lediglich regionale Bekanntheit begrenzt sein (Urteile des BVGer B-3234/2017 vom 2. September 2019 E. 6.3.6 "Weissenstein"; B-5024/2013 vom 18. Februar 2015 E. 5.2 "Strela").

5.5

5.5.1 Freihaltebedürftig sind Zeichen, auf deren Verwendung der Wirtschaftsverkehr angewiesen ist (BGE 148 III 257 E. 6.2.2 "Puma World Cup Qatar 2022 et al./Qatar 2022 [fig.] et al."; 145 III 178 E. 2.3.1 "Apple"; Urteil des BGer 4A_227/2022 vom 8. September 2022 E. 2.1.1 "Λ [fig.]"). Mangels gleichwertiger Alternativen sind sie für den Verkehr wesentlich oder gar unentbehrlich. Ein relatives Freihaltebedürfnis wird bei Zeichen angenommen, die für den Wirtschaftsverkehr wesentlich sind. Ist ein Zeichen nicht nur wesentlich, sondern unentbehrlich, besteht ein absolutes Freihaltebedürfnis (BGE 134 III 314 E. 2.3.2 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun"). Ein Zeichen ist unentbehrlich, wenn die Mitanbieterinnen und Mitanbieter ein wesentliches Interesse an der Verwendung des infrage stehenden Zeichens haben und keine zahlreichen gleichwertigen Alternativen bestehen (Urteile des BGer 4A_227/2022 vom 8. September 2022 E. 2.1.1 "Λ [fig.]"; 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5.1 f. "Post"; vgl. auch BGE 134 III 314 E. 2.3.2 "M [fig.]/M-joy [fig.]"). Ob ein Freihaltebedürfnis vorliegt, ist im Einzelfall in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu prüfen (BGE 134 III 314 E. 2.3.3 und 2.3.5 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun").

5.5.2 Bei der Beurteilung, ob am Zeichen ein Freihaltebedürfnis besteht, ist auf die Sichtweise von (potenziell) konkurrierenden Unternehmen abzustellen, die gleiche oder ähnliche Waren und Dienstleistungen anbieten (BGE 139 III 176 E. 2 *in fine* "YOU"; BVGE 2018 IV/3 E. 3.3 "WingTsun";

Urteil des BVGer B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.2 "Luminous"). Dies gilt jedenfalls, soweit kein Sprachwandel stattgefunden hat, durch den ein ursprünglich freihaltebedürftiges Zeichen seinen lexikalischen Sinn verloren hat und als Hinweis auf ein Unternehmen verstanden wird (vgl. BGE 145 III 178 E. 2.3.2 "Apple"). Da es allen Produzentinnen und Produzenten möglich sein muss, auf die geografische Herkunft ihrer Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen, gelten (direkte) Herkunftsangaben solange als freihaltebedürftig, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich weitere Produzentinnen und Produzenten oder sonstige Anbieterinnen und Anbieter im entsprechenden Gebiet niederlassen (BGE 128 III 454 E. 2.1 "Yukon"; Urteil des BGer 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 2.2 "Wilson"; Urteile des BVGer B-3464/2020 vom 8. Juli 2022 E. 6.1 "Ägeribier/Ägeribier [fig.]"; B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 3.4 "Rhätische Bahn, Berninabahn, Albulabahn").

5.6

5.6.1 Art. 2 Bst. a MSchG sieht ausdrücklich vor, dass ein im Gemeingut stehendes Zeichen dennoch schutzfähig sein kann, wenn es sich im Verkehr durchgesetzt hat. Die Prüfung der (derivativen) Verkehrsdurchsetzung erfolgt deshalb erst, nachdem eine (originäre) Unterscheidungskraft verneint worden ist. Zeichen, die Gemeingut sind, können durch Verkehrsdurchsetzung nachträglich markenrechtlichen Schutz erlangen, sofern an ihnen im Einzelfall kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (BGE 137 III 77 E. 3.1 "Hotelsterne"; 134 III 314 E. 2.3.2 "M [fig.]/M-joy [fig.]"). Ein absolutes Freihaltebedürfnis an einer Marke verunmöglicht ihre Verkehrsdurchsetzung, im Gegensatz zu Zeichen mit einem relativen Freihaltebedürfnis, von vornherein (BGE 137 III 77 E. 3.1 "Hotelsterne"; 134 III 314 E. 2.3.2 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; BVGE 2020 IV/7 E. 5.2.2 "BVLGARI VAULT, BVLGARI"; Urteil des BVGer B-2792/2017 vom 20. Juni 2019 E. 2.2 "IGP"). Demgegenüber ist ein Markenschutz infolge Verkehrsdurchsetzung nicht ausgeschlossen, falls ein Zeichen im geschäftlichen Verkehr nicht erforderlich ist, da es nicht allgemein gebräuchlich ist und durch zahlreiche gleichwertige Zeichen ersetzt werden kann (BGE 137 III 77 E. 3.3 "Hotelsterne"; 134 III 314 E. 2.3.3 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; 131 III 121 E. 4.4 "Smarties [3D]/M&M's [3D]").

5.6.2 Im Verkehr durchgesetzt hat sich ein Zeichen, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressatinnen und Adressaten der betreffenden Waren und Dienstleistungen als individualisierender Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wird (BGE 140 III 109 E. 5.3.2 "ePostSelect

[fig.]"; 131 III 121 E. 6 "Smarties [3D]/M&M's [3D]"; 130 III 328 E. 3.1 "[Swatch-Uhrband] [3D]"). Nicht erforderlich ist, dass die massgeblichen Verkehrskreise das Unternehmen namentlich kennen (BGE 128 III 441 E. 1.2 und 1.4 "Appenzeller [fig.]"; BVGE 2020 IV/7 E. 5.2.1 "BVLGARI VAULT, BVLGARI"; Urteile des BVGer B-6629/2011 vom 18. März 2013 E. 9.3 "ASV"; B-3269/2009 vom 25. März 2011 E. 7.1 "Grand Casino Luzern"). Die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung des Zeichens durch das Publikum erlauben. Dazu gehören etwa langjährige bedeutsame Umsätze, die unter einem Zeichen getätigt worden sind, oder intensive Werbeanstrengungen. Möglich ist aber auch der direkte Nachweis durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (BGE 140 III 109 E. 5.3.2 "ePostSelect [fig.]"; 131 III 121 E. 6 "Smarties [3D]/M&M's [3D]"; 130 III 328 E. 3.1 "[Swatch-Uhrband] [3D]").

5.7 Die massgeblichen Verkehrskreise des Zeichens sind vorab anhand der tatsächlichen Abnehmergruppen der Endabnehmerinnen und -abnehmer, Fachkreise und des Zwischenhandels zu bestimmen, ohne die Abgrenzung relevanter Sprach- und Fachkenntnisse vorwegzunehmen (vgl. Urteile des BGer 4A_65/2022 vom 6. Mai 2022 E. 4.3 "Factfulness"; 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.1 und 3.3.3 "Wilson"; Urteil des BVGer B-1136/2023 vom 12. Juni 2024 E. 2.9 "inTime AGILE LOGISTICS [fig.]").

5.8 Schliesslich sind Grenzfälle zum Gemeingut, die an sich schutzfähig sind, einzutragen und die endgültige Entscheidung im Falle eines Konflikts dem Zivilgericht zu überlassen (BGE 140 III 297 E. 5.1 "Keytrader"; 135 III 359 E. 2.5.3 *in fine* "Melodie mit sieben Tönen"; 130 III 328 E. 3.2 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteil des BGer 4A_178/2023 vom 8. August 2023 E. 7 "Truedepth"; Urteile des BVGer B-6583/2023 vom 29. Juli 2024 E. 2.7 "Queen Aloe Vera"; B-1776/2023 vom 19. Februar 2024 E. 2.7 "ID NOW").

6.

Vorab sind mit Blick auf die Eintragungs- und Schutzfähigkeit der vorliegend strittigen Marke die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Die Waren der angemeldeten Klassen 30, 32 und 33 betreffen Konsumgüter der Lebensmittel- und Getränkeindustrie. Diese werden vornehmlich an Endkonsumentinnen und -konsumenten vertrieben. Obwohl keine beanspruchte Warenklasse ausschliesslich von Fachkreisen nachgefragt wird, treffen auch allfällige Zwischenhändler, Detailhändler und Restaurationsbetriebe Kaufentscheide zu vorgenannten Produkten, weshalb sie als

Abnehmerschaft zu berücksichtigen sind. Dies gilt für die Waren der Klassen 30 (vgl. BVGE 2020 IV/1 E. 5.3 "Sunday [fig.]/Kolid Sunday [fig.]"), 32 (vgl. Urteil des BVGer B-187/2018 vom 22. Juli 2019 E. 5.3 "Deluxe [fig.]") und 33 (vgl. Urteil des BVGer B-4112/2022 vom 10. April 2024 E. 3.4 "Hennessy PARADIS [fig.], Hennessy [fig.]"). Die in der Klasse 35 angemeldeten Dienstleistungen betreffen den Werbe-, Geschäfts- und Handelsbereich. Sie richten sich neben Endabnehmerinnen und -abnehmern primär an in diesen Bereichen professionell tätigen Personen (vgl. Urteil des BVGer B-1136/2023 vom 12. Juni 2024 E. 4 "inTime AGILE LOGISTICS [fig.]"). Sowohl mit Erziehungs-, Ausbildungs- und Unterhaltungsdienstleistungen der Klasse 41 (vgl. Urteil des BVGer B-5789/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 5.3 "Factfulness") als auch mit Restaurations-, Beherbergungs- und Veranstaltungsdienstleistungen der Klasse 43 (vgl. Urteil des BVGer B-3392/2023 vom 7. November 2023 E. 5 "World Economic Forum") werden neben Fachkreisen auch interessierte Privatpersonen angesprochen.

7.

7.1 In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob dem strittigen Zeichen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen die notwendige Unterscheidungskraft zukommt.

7.2 Für das Wort "Appenzeller" dürfte mit Bezug zu den angemeldeten Waren und Dienstleistungen nicht die Einwohnerbezeichnung, der Familienname oder der gleichnamige Käse als Zeichenverständnis im Vordergrund stehen. Vielmehr stellt das Zeichen das indeklinable Adjektiv (Duden online, Eintrag zu: "Appenzeller", abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Appenzeller_Adjektiv>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025) zum Bezirk und zum Ort Appenzell des Kantons Appenzell Innerrhoden dar. Die sich aus Endverbrauchern und Fachkreisen zusammensetzenden Verkehrskreise (vgl. E. 6 hiervor) erkennen daher, dass die Waren und Dienstleistungen als Herkunftsbezeichnung aus der Region Appenzell stammen. Die Abnehmerinnen und Abnehmer dürften unter dem Zeichen nicht eine auf den Bezirk und den Ort Appenzell beschränkte Herkunftserwartung haben. Sie dürften vielmehr eine geografische Herkunftsangabe annehmen, die sich auf das gesamte Appenzellerland bezieht (vgl. Appenzellerland Tourismus AG, Region, abrufbar unter <https://www.appenzellerland.ch/de/informieren/region.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025), mithin die Kantone Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden umfasst, und sich vom Bodensee bis zum Säntis

erstreckt. Dafür spricht, dass ausserhalb der beiden Kantone für das Appenzellerland häufig fälschlicherweise der Begriff "das Appenzell" verwendet wird (Wikipedia, Eintrag zu: "Appenzellerland", abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Appenzellerland>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025) und damit das ganze Appenzellerland gemeint ist (St. Galler Tagblatt vom 17. September 2013, Was heisst da "im Appizäll"?, abrufbar unter <https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/appenzellerland/was-heisst-da-im-appizaell-ld.627935>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025).

7.3 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass sich die Herkunftsbezeichnung zu einer Gattungsbezeichnung gewandelt und das Zeichen sich im Verkehr als Kennzeichen für ein einzelnes Unternehmen durchgesetzt habe. Wenn ein Zeichen zu einer Gattungsbezeichnung degeneriert ist, bedeutet dies, dass kein Bezug mehr zum betreffenden Ort hergestellt wird (BGE 135 III 416 E. 2.6.5 "Calvi"; 128 III 454 E. 2.1.6 "Yukon"; Urteil des BGer 4A_11/2020 vom 18. August 2020 E. 5.1.6 "Vals"). Das Zeichen muss sich somit zu einer allgemein üblichen Bezeichnung für das Produkt gewandelt haben. Dieses darf nicht mehr mit dem Namen der betreffenden Örtlichkeit in Verbindung gebracht werden (Urteil des BVGer B-358/2012 vom 12. November 2012 E. 3.5 m.w.H. "B Royal Savoy Lausanne The Bürgenstock Selection [fig.]").

7.4 Zwar trifft es zu, dass geografische Namen nicht in jedem Fall als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden werden und unter Umständen eine solche Herkunftserwartung entfällt, namentlich bei Vorhandensein einer der in der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmekategorien (vgl. E. 5.4.4 hiervor). Auch wenn die Ausnahmekategorien nicht abschliessend zu verstehen sind, ist vorliegend bis auf die möglicherweise infrage stehende Verkehrsdurchsetzung (vgl. E. 9 hiernach) jedoch nicht ersichtlich, dass eine der Fallgruppen auf das vorliegend strittige Zeichen anwendbar sein könnte oder darüber hinaus die geografische Bezeichnung nicht als Herkunftsangabe verstanden würde. Trotz einer Einwohnerzahl des Bezirks Appenzell von 6'079 Einwohnerinnen und Einwohnern (vgl. Kantonale Verwaltung Appenzell Innerrhoden, Innerrhoden in Zahlen, abrufbar unter <https://www.ai.ch/land-und-leute/innerrhoden-in-zahlen>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025) kann insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine Ortschaft handelt, die den Verkehrskreisen unbekannt wäre. Dies gilt mit Blick auf die diesbezüglich zurückhaltende Rechtsprechung (vgl. E. 5.4.5 hiervor) umso mehr, da es sich bei Appenzell auch um den Hauptort des Kantons handelt, womit von einer schweizweiten Bekanntheit auszugehen ist.

7.5 Ebenfalls ist die geltend gemachte Wandlung des Zeichens zu einer Gattungsbezeichnung zu verneinen. Das beanspruchte Zeichen löst in dieser Alleinstellung eine Herkunftserwartung für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen aus. Selbst wenn der Begriff "Appenzeller", wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, für bestimmte Waren als Gattungsbezeichnung zu verstehen wäre, könnte nicht ohne Weiteres ausgesagt werden, die Bezeichnung wecke keine entsprechende Herkunftserwartung und werde als Hinweis auf die Gattung und nicht auf die Herkunft wahrgenommen (vgl. Urteil des BGer 6B_873/2017 vom 12. März 2018 E. 5.1 "Davoser Schlitten").

7.6 Aufgrund des Erfahrungssatzes (vgl. E. 5.4.3 hiervor) führt die Erwähnung einer geografischen Bezeichnung, die zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen verwendet wird, zur Erwartung, dass diese aus dem entsprechenden Gebiet stammen. Nichts anderes gilt für das streitgegenständliche Zeichen: Die relevanten Verkehrskreise dürften darin den Hinweis auf die Herkunft der angemeldeten Waren und Dienstleistungen aus der Region Appenzell erkennen, womit beide Kantone Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden gemeint sind. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist für "Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Organisation und Durchführung von Kolloquien, Konferenzen, Kongressen, Seminaren, Symposien und Workshops; Organisation von Unterhaltungsveranstaltungen; Veranstaltung und Durchführung von Konferenzen, Kongressen, Seminaren und Workshops (Ausbildung); Veranstaltung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke; Veranstaltung von Führungen" der Klasse 41 sodann von einer beschreibenden Inhaltsangabe dieser Dienstleistungen auszugehen. Dass es sich beim Zeichen um das Adjektiv der Ortsbezeichnung handelt, ist für die Qualifikation als Herkunftsangabe unerheblich (Urteil des BVGer B-1942/2017 vom 23. März 2018 E. 5.2.3 "Swissclusiv"), da die Herkunftsangabe direkt erkannt wird.

7.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Zeichen APPENZELLER für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen als Herkunftshinweis oder thematische Inhaltsangabe verstanden wird. Damit fehlt es dem Zeichen mangels individualisierenden Hinweises an der Unterscheidungskraft. Soweit sich die Beschwerdeführerin in ihrem Eventualbegehren darauf beruft, dass sich das Zeichen im Verkehr als Kennzeichen für ein bestimmtes Unternehmen durchgesetzt habe, ist an späterer Stelle darauf einzugehen (vgl. dazu E. 9 hiernach).

8.

8.1 Nachdem das streitgegenständliche Zeichen als nicht unterscheidungskräftig erachtet wird, ist der Gemeinguttatbestand bereits erfüllt, sodass die Frage der Freihaltebedürftigkeit grundsätzlich offengelassen werden kann (vgl. E. 5.3 hiervor).

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Hauptbegehren indessen neben der Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung (Rechtsbegehren Ziffer 1) die Feststellung verlangt, dass am streitgegenständlichen Zeichen kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe und die Angelegenheit an die Vorinstanz mit entsprechender verbindlicher Weisung zur entsprechenden Neubeurteilung zurückzuweisen sei (Rechtsbegehren Ziffer 2).

8.2 Die sachlich zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 25 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung – Gesuch um Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfangs von öffentlich-rechtlichen Rechten und Pflichten (Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Art. 25 Abs. 1 VwVG) – stattzugeben, wenn die gesuchstellende Person ein schutzwürdiges Interesse nachweist (BGE 146 V 3 E. 4.2). An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es, wenn die Interessen der gesuchstellenden Person ebenso gut durch den (späteren) Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden können (Urteil des BGer 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024 E. 6.4), weil dann kein Interesse an der sofortigen Feststellung besteht. Gegenüber einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung hat die Feststellungsverfügung somit lediglich subsidiären Charakter (BGE 149 II 147 E. 3.3.3.3; Urteil des BGer 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 6.3 m.w.H.). Allerdings gilt dieses Erfordernis nicht absolut. Kann das schutzwürdige Interesse mit einer Feststellungsverfügung besser gewahrt werden als mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung, ist die Legitimation ausreichend dargetan (Urteile des BVGer A-2605/2022 vom 14. Juni 2024 E. 1.6.2; B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 2.3; vgl. auch ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 25 Rz. 20 m.w.H.). Zwar lässt der Anspruch auf eine Feststellungsverfügung auch tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle (aktuelle) Interessen genügen, sofern sie schützenswert erscheinen (Urteile des BVGer B-5996/2022 vom 13. Juli 2023 E. 6.1; B-5019/2013 vom 27. August 2014 E. 4.2.2). Aufgrund

ihrer Subsidiarität besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung jedoch nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung beurteilt werden kann (Urteile des BGer 1C_116/2021 vom 1. Februar 2022 E. 5; 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 6.3; Urteile des BVGer B-1203/2014 vom 18. September 2014 E. 2.3.2; B-6104/2012 vom 4. September 2013 E. 1.2.1; B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.1.2).

8.3 Gemäss ihrer Auffassung habe die Beschwerdeführerin ein berechtigtes Interesse daran, für sämtliche beanspruchten Waren zur Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung zugelassen zu werden. Es sei gerichtsnotorisch, dass sich das Zeichen im Verkehr "für das bekannte Bittergetränk" als auf die Beschwerdeführerin hinweisende Marke durchgesetzt habe, weshalb sie zumindest für Getränke als durchgesetzte Marke zuzulassen sei. Für weitere Waren und Dienstleistungen müsse der Beweis hingegen noch erbracht werden. Es sei jedoch im Grundsatz festzuhalten, dass vorliegend kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe. Damit könne die Frage beantwortet werden, ob das Verfahren mit der Verkehrsdurchsetzung durchgeführt werden könne, weshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung zu erkennen sei. Es sei für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar, grosse finanzielle Aufwendungen für die Geltendmachung der Verkehrsdurchsetzung zu tätigen, wenn aufgrund der absoluten Freihaltebedürftigkeit eine Verkehrsdurchsetzung gar nicht erst geprüft werde.

8.4 Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, soweit sie vorbringt, sie habe ein legitimes Rechtschutzinteresse daran, zur Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung für die beanspruchten Waren zugelassen zu werden, indem festgestellt werde, dass am streitgegenständlichen Zeichen kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe. Die Vorinstanz hat bereits in Form einer Gestaltungsverfügung über das Gesuch der Beschwerdeführerin entschieden. Ferner hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einen Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung gestellt (Rechtsbegehren Ziffer 1). Ob die Vorinstanz zu Unrecht auf ein absolutes Freihaltebedürfnis erkannt und die Verkehrsdurchsetzung zu Unrecht nicht geprüft hat, kann die Beschwerdeführerin in diesem Rahmen überprüfen lassen, soweit diese Fragen entscheidrelevant sind. Da das absolute Freihaltebedürfnis im Einzelfall in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu prüfen ist (vgl. E. 5.5.1 hiervor), wirft die Beschwerdeführerin ferner nicht nur eine hypothetische, sondern eine gar nicht beantwortbare Rechtsfrage auf, wenn sie Freihaltebedürftigkeit des

Zeichens generell, und nicht in Bezug auf konkrete Waren und Dienstleistungen festgestellt haben will.

8.5 Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass vorliegend für die Beschwerdeführerin ein Ausmass an Rechtsunsicherheit besteht, welches die Notwendigkeit der nachgesuchten Feststellungsverfügung nahelegen könnte. Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass aufgrund der fehlenden Klärung des absoluten Freihaltebedürfnisses nachteilige Dispositionen drohen würden und das Interesse der Beschwerdeführerin an der verlangten Feststellung das öffentliche Interesse der Verwaltungsökonomie übersteigen würde. Angesichts dessen konnte die Beschwerdeführerin kein schutzwürdiges Interesse am Erlass der verlangten Feststellung (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) nachweisen.

8.6 Auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin ist demnach nicht einzutreten. Folglich besteht auch kein Anlass, die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9.

9.1

9.1.1 Damit ist zu prüfen, wie dies die Beschwerdeführerin eventualiter beantragt, ob die Marke für sämtliche beanspruchte Waren als durchgesetzte Marke ins schweizerische Markenregister einzutragen sei (Rechtsbegehren Ziffer 3). Sie beruft sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein geografischer Name nicht als Herkunftsangabe einzustufen sei, wenn er sich im Verkehr als Kennzeichen für ein einzelnes Unternehmen durchgesetzt habe. Entsprechend sei nicht von einem grundsätzlichen absoluten Freihaltebedürfnis bei geografischen Namen auszugehen.

9.1.2 Die Vorinstanz beantragt, auf das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten. Sie habe nicht geprüft, ob glaubhaft sei, dass das Zeichen von den betroffenen Verkehrskreisen als Hinweis auf die Herkunft der betroffenen Waren aus einem bestimmten Unternehmen verstanden werde. Die erstmalige Prüfung der derivativen Unterscheidungskraft durch die Beschwerdeinstanz würde zu einer Ausweitung des Streitgegenstands führen und diesen qualitativ verändern. An direkten Herkunftsangaben bestehe grundsätzlich ein absolutes Freihaltebedürfnis.

9.2 Die Frage einer allfälligen erstmaligen Prüfung der Verkehrsdurchsetzung im Beschwerdeverfahren beschlägt den Streitgegenstand. Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsobjekt) bildet, soweit es im Streit liegt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2; 131 V 164 E. 2.1; BVGE 2010/12 E. 1.2.1). Der Anfechtungsgegenstand begrenzt somit in der Regel den Streitgegenstand (BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2; 133 II 35 E. 2). Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen (BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2; BVGE 2010/12 E. 1.2.1). Geht die mit dem Rechtsbegehren aufgestellte Rechtsfolgebehauptung über den Streitgegenstand hinaus, ist darauf nicht einzutreten (Urteile des BVGer A-4079/2021 vom 28. Juli 2023 E. 1.4.3; A-6605/2019 vom 28. Mai 2020 E. 2.4.1).

9.3 Die Verkehrsdurchsetzung ist grundsätzlich bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend zu machen (Urteil des BVGer B-4839/2022 vom 5. Oktober 2023 E. 8.1.5 "FACE ID"). Sofern die Verkehrsdurchsetzung nicht bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war, ist auf ein erstmaliges (Eventual-)Begehren im Beschwerdeverfahren nicht einzutreten (vgl. auch Urteil des BVGer B-6068/2014 vom 1. Februar 2016 E. 1.2 "Goldbären", nicht publiziert in: BVGE 2016/21). Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Markenhinterlegerin erst im Rechtsmittelverfahren auf die Verkehrsdurchsetzung berufen kann (vgl. Urteile des BVGer B-684/2016 vom 13. Dezember 2018 E. 6.1 "Postauto"; B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 3.8 "Rhätische Bahn, Berninabahn, Albulabahn"; B-5169/2011 vom 17. Februar 2012 E. 2.5 "Oktoberfest-Bier"; B-55/2010 vom 23. April 2010 E. 4.1 "G [fig.]"). Eine solche ausnahmsweise Antragsänderung und -erweiterung, die eine Ausdehnung des Anfechtungsgegenstands auf eine ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende Frage zur Folge hat, bleibt unter bestimmten Voraussetzungen zulässig: Erstens muss die neue Streitfrage spruchreif sein. Zweitens muss sie mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängen, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann. Drittens muss die Vorinstanz im Laufe des Verfahrens Gelegenheit gehabt haben, sich zu dieser neuen Streitfrage zu äussern (vgl. BGE 130 V 501 E. 1.2; 130 V 138 E. 2.1; 122 V 34 E. 2a; Urteile des BGer

9C_747/2018 vom 12. März 2019 E. 3.5; 2C_1035/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3; BVGE 2014/25 E. 1.5.2; 2009/37 E. 1.3.1; vgl. auch Urteile des BVGer B-4839/2022 vom 5. Oktober 2023 E. 8.1.3 "FACE ID"; B-2792/2017 vom 20. Juni 2019 E. 1.3 "IGP"). In allen anderen Fällen erscheint es angezeigt, die neue, ausserhalb des Anfechtungsgegenstands liegende, Streitfrage – vorliegend die Verkehrsdurchsetzung – zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Sache nicht spruchreif ist. Dahingegend ist kein Bundesrecht verletzt, wenn sich die Beschwerdeinstanz in solchen Fällen veranlasst sieht, die Verkehrsdurchsetzung nicht zum Gegenstand des anhängig gemachten Prozesses zu machen.

9.4 Die vorliegende Situation ist mit jener im von der Vorinstanz angeführten Urteil B-4839/2022 vom 5. Oktober 2023 "FACE ID" nicht vergleichbar. Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin die Verkehrsdurchsetzung bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend, wenn auch nicht glaubhaft, gemacht, was auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung einräumt. Damit war die Eintragung des beantragten Zeichens als durchgesetzte Marke bereits Thema des vorinstanzlichen Verfahrens. Eine unzulässige Ausweitung des Streitgegenstands in qualitativer Hinsicht kann damit nicht vorliegen. Für die Frage des Eintretens nicht entscheidend ist hingegen, ob die Vorinstanz eine im Rahmen des Streitgegenstands relevante Frage geprüft hat. Die Beschwerdeführerin kann im Beschwerdeverfahren ohne Weiteres geltend machen, die Vorinstanz habe die Prüfung einer entscheidrelevanten Frage unterlassen. Trifft dies zu und fällt eine erstmalige Prüfung dieser Frage im Beschwerdeverfahren ausser Betracht, hat die Beschwerdeinstanz die Streitsache gegebenenfalls zur Vornahme dieser Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auch nicht gegen ein Eintreten spricht in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführerin eventualiter nur die Gutheissung ihres Eintragungsgesuchs, nicht aber eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz beantragt hat. Das Bundesverwaltungsgericht kann im Rahmen von Art. 62 Abs. 1 und 2 VwVG auch dann einen kassatorischen Entscheid fällen, wenn die Beschwerdeführerin nur ein reformatorisches Begehren gestellt hat.

9.5 Die Rechtsprechung hat die Verkehrsdurchsetzung von (direkten) Herkunftsangaben nie kategorisch und schematisch ausgeschlossen (vgl. BGE 134 III 314 E. 2.3.3 "M [fig.]/M-joy [fig.]"; 128 III 454 E. 2.1.5 "Yukon"; 128 III 441 E. 1.3 "Appenzeller [fig.]"; 117 II 321 E. 3a "Valser"; Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 "Radio Suisse Romande"; Urteil des BVGer B-1260/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 2.5

"Bürgenstock"). Im Schweizer Markenregister sind verschiedene Zeichen als durchgesetzte Marken eingetragen, die aus einer direkten Herkunftsangabe in Alleinstellung bestehen. Dies betrifft etwa "APPENZELLER" für "Käse aus den Kantonen Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Thurgau" in der Klasse 29 (CH Nr. P-481'605), "ZÜRICH" für "Versicherungswesen und Finanzwesen" in der Klasse 36 (CH Nr. 2P-429'079) oder "WINTERTHUR" für "Versicherungen, insbesondere Haftpflicht-, Personen-, Kranken-, Unfall-, Sach-, Feuer-, See-, Motorfahrzeug-, Lebens-, Vorsorge-, Spar-, als Erst- und Rückversicherungen; berufliche Vorsorge; Finanzdienstleistungen; Anlagefonds; Liegenschaftenverwaltung; alle mit diesen Dienstleistungen verbundenen Beratungs- und Informationsdienstleistungen" in der Klasse 36 (CH Nr. 2P-405'201). Es ergibt sich bereits aus der in BGE 128 III 454 "Yukon" entwickelten Rechtsprechung, dass der Erfahrungssatz der Herkunftserwartung ausnahmsweise unbeachtlich sein kann. Zu den nicht freihaltebedürftigen geografischen Bezeichnungen gehören infolge Verkehrsdurchsetzung markenfähig gewordene Herkunftsangaben, weil die massgebenden Verkehrskreise sie als Kennzeichen für ein einzelnes Unternehmen auffassen (vgl. E. 5.4.4 hiervor). Dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin in Bezug auf alle beantragten Waren und Dienstleistungen mit der Begründung abwies, bei direkten Herkunftsangaben bestehe generell ein absolutes Freihaltebedürfnis und eine Verkehrsdurchsetzung sei somit von vornherein ausgeschlossen, ist demnach voreilig und nicht haltbar. In diesem Zusammenhang ist überdies festzuhalten, dass ein Antrag auf Eintragung eines Zeichens als durchgesetzte Marke nicht bereits die Annahme impliziert, dass dem betreffenden Zeichen per se die erforderliche originäre Unterscheidungskraft fehlt und diese von der Vorinstanz deshalb nicht mehr zu prüfen wäre (vgl. dazu Urteil des BVGer B-4839/2022 vom 5. Oktober 2023 E. 8.1.5 "FACE ID"). Vielmehr wäre in Fällen fehlender Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung in einem zweiten Schritt die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens zu prüfen. Anderenfalls erscheint es nachvollziehbar, wenn sich die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – zunächst für eine Markenanmeldung ohne Durchsetzungsvermerk entscheidet.

9.6 Vorliegend ist allerdings festzustellen, dass die Beschwerdeführerin offengelassen hat, ob sie die Verkehrsdurchsetzung für alle oder nur einen Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen belegen kann und will. Weiter hat sie den Gebrauch des Zeichens APPENZELLER einzig für die Ware "Kräuterbitter" oder "Kräuterlikör" näher behauptet – indessen nicht glaubhaft gemacht – und im Übrigen diese Ware auch nicht beansprucht.

Der Beschwerdeführerin kann in ihrer Auffassung nicht gefolgt werden, dass nicht sie, sondern die Vorinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht das Warenverzeichnis von Amtes wegen entsprechend einschränken müsse. Die Verantwortung für eine rechtsgenügende Ausformulierung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses liegt stets beim Gesuchsteller (Urteil des BVGer B-6953/2018 vom 7. Juli 2020 E. 8.2.1 "[Karomuster] [Position]"; vgl. Art. 11 der Verordnung vom 23. Dezember 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [MSchV, SR 232.111]). Der Markeninhaber kann sein Waren- und Dienstleistungsverzeichnis jederzeit einschränken; dies erfolgt jedoch auf Antrag (vgl. Art. 35 Bst. a MSchG). Zumindest hätte die Beschwerdeführerin die Einschränkung durch ein entsprechendes Eventualbegehren offerieren müssen (vgl. Urteil des BVGer B-7210/2017 vom 9. Mai 2018 E. 6.1 "Schellen-Ursli/Schellenursli") und die Einschränkung wäre im Eventualbegehren ausdrücklich zu formulieren gewesen. Von Amtes wegen sind keine Einschränkungen von Waren- und Dienstleistungsverzeichnissen vorzunehmen, weshalb gestützt auf Ausführungen in der Beschwerdebegründung auch keine sinngemässe Einschränkung möglich ist (vgl. auch Urteil des BVGer B-5685/2018 vom 9. Juli 2020 E. 6.1.3 *in fine* "Quick Mill [fig.]").

9.7 Sodann hat die Beschwerdeführerin weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Beschwerdeverfahren Nachweise für eine Verkehrsdurchsetzung eingereicht. Dies wäre jedoch Voraussetzung gewesen, um die Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen. Der Beschwerdeführerin kann in ihrer Auffassung nicht zugestimmt werden, dass erst die Frage des absoluten Freihaltebedürfnisses beantwortet werden müsse und erst anschliessend eine Verkehrsdurchsetzung belegt werden könne. Sofern die Beschwerdeführerin für die beanspruchten Waren keine Verkehrsdurchsetzung beantragt hat (vgl. E. 4.2.4 hiervor), kann sie sich nicht auf eine dahingehend erworbene Unterscheidungskraft für diese Produkte berufen (Urteil des BGer 4A_607/2023 vom 26. April 2024 E. 2.3 "World Economic Forum"). Hinsichtlich eines zum Gemeingut gehörenden Zeichens ist die Verkehrsdurchsetzung für den Markenschutz sodann rechtsbegründend, da dieser sonst aufgrund Art. 2 Bst. a MSchG nicht entstehen kann (BGE 130 III 478 E. 3.3 "Lernstudio"). Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), die auch im öffentlichen Recht anwendbar ist (BGE 148 II 285 E. 3.1.3; 143 II 646 E. 3.3.8), hat derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. BGE 148 II 285 E. 3.1.3; 142 II 433 E. 3.2.6). Rechtserzeugende bzw. anspruchsbegründende Sachumstände sind somit von demjenigen zu

beweisen, der eine Berechtigung behauptet. Die Verkehrsdurchsetzung ist stets von der Markenhinterlegerin selbst zu belegen (so auch ADRIAN P. WYSS, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, Diss. Bern 2013, S. 169 m.w.H.). Es ist deshalb an der Beschwerdeführerin, welche Ansprüche geltend macht, eine nachträglich durch Gebrauch erworbene Unterscheidungskraft glaubhaft zu machen (vgl. E. 4.2.4 hiervor). Sie müsste direkt durch eine repräsentative Befragung der massgeblichen Verkehrskreise mittels eines demoskopischen Gutachtens oder indirekt mittels geeigneten Gebrauchsbelegen, die behauptete Verkehrsdurchsetzung produktbezogen nachweisen (vgl. BGE 140 III 109 E. 5.3.2 "ePostSelect [fig.]"; 131 III 121 E. 6 "Smarties [3D]/M&M's [3D]"; 130 III 328 E. 3.1 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteil des BVGer B-2461/2020 vom 12. Mai 2023 E. 2.6 "Schweizerische Ärztezeitung"). Darin müsste sie glaubhaft aufzeigen, in welcher Intensität das Zeichen markenmässig gebraucht worden ist. Falls dies die Beschwerdeführerin unterlassen hat, trägt sie die möglichen Folgen einer Beweislosigkeit der behaupteten Verkehrsdurchsetzung. Mangels eines nicht ansatzweise erfolgten Nachweises ist die Verkehrsdurchsetzung des Zeichens nicht glaubhaft gemacht. Eine Notorietät der Verkehrsdurchsetzung (vgl. dazu Urteil des BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.9 "Goldhase", nicht publiziert in: BGE 148 III 409) fällt ausser Betracht, da das Zeichen nicht der Beschwerdeführerin zugerechnet oder mit ihr gleichgesetzt wird. Ebenso wenig sind die von ihr zitierten Bundesgerichtsentschiede geeignet, den tatsächlichen Gebrauch des hier strittigen Zeichens zu belegen. Bei der Frage, ob eine bestimmte Verkehrsgeltung besteht, handelt es sich um eine Tatfrage (BGE 131 III 121 E. 5 "Smarties [3D]/M&M's [3D]"; 130 III 328 E. 3 "[Swatch-Uhrband] [3D]"; Urteile des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.3 "Radio Suisse Romande"; 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 6.1 "Post"), die aufgrund der vorliegenden Beweismittel im Einzelfall zu beantworten ist.

9.8 Nach dem Gesagten ist das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen.

10.

10.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) geltend. Sie beantragt Gleichbehandlung mit den Voreintragungen CH Nr. P-481'605 "APPENZELLER" (hinterlegt am 21. September 2000) in der Klasse 29

(durchgesetzte Marke), CH Nr. 799'283 "APPENZELLERIN" (hinterlegt am 10. März 2023) in der Klasse 29 und CH Nr. 695'718 "Appenzeller Zeitung" (hinterlegt am 22. April 2014) in den Klassen 16, 35 und 42 (teilweise durchgesetzte Marke).

10.2 Nachdem feststeht, dass das Zeichen APPENZELLER zu Recht dem Gemeingut zugehört, kann mit der Rüge, die Rechtsgleichheit sei verletzt, nur noch die Gleichbehandlung im Unrecht verlangt werden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird gemäss Rechtsprechung ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und diese zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteile des BGer 4A_607/2023 vom 26. April 2024 E. 3.2 "World Economic Forum"; 4A_483/2019 vom 6. Januar 2020 E. 4 "[Hund] [fig.], [Pelzfigur] [fig.], [Elfe] [fig.]"; 4A_136/2019 vom 15. Juli 2019 E. 3.3 "REVELATION"; 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3 "[Doppelhelix] [fig.]"; Urteile des BVGer B-6577/2023 vom 29. Juli 2024 E. 8.2 "Aloe Farmers"; B-1776/2023 vom 19. Februar 2024 E. 6.2 "ID NOW"). Das Gleichbehandlungsgebot wird im Markenrecht nur zurückhaltend angewendet, da die Eintragungspraxis naturgemäss kasuistisch ist. Die Marken müssen hinsichtlich Zeichenbildung und beanspruchter Waren bzw. Dienstleistungen vergleichbar sein, wobei bereits geringfügige Unterschiede ins Gewicht fallen können (Urteil des BGer 4A_261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 5.1 "V [fig.]"; BVGE 2016/21 E. 6.2 "Goldbären"; Urteile des BVGer B-6577/2023 vom 29. Juli 2024 E. 8.2 "Aloe Farmers"; B-2628/2022 vom 13. September 2023 E. 7.2 "Novafoil"). Was das Alter der herangezogenen Voreintragungen anbelangt, sollte deren Zulassung zum Markenschutz in der Schweiz in der Regel nicht länger als acht Jahre zurückliegen, damit diese noch als relevant angesehen werden können (BVGE 2016/21 E. 6.6 "Goldbären"; Urteile des BVGer B-6577/2023 vom 29. Juli 2024 E. 8.2 "Aloe Farmers"; B-2628/2022 vom 13. September 2023 E. 6.3 und 7.3 "Novafoil"). Schliesslich besteht insbesondere dann kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, wenn nur in vereinzelten Fällen vom Gesetz abgewichen wurde. Frühere – allenfalls fehlerhafte – Entscheide sollen nicht als Richtschnur für alle Zeiten Geltung haben müssen (BVGE 2016/21 E. 6.2 "Goldbären").

10.3 Die Voreintragungen CH Nr. P-481'605 "APPENZELLER" und CH Nr. 799'283 "APPENZELLERIN" sind mit der ersuchten Marke als Zeichen identisch bzw. ähnlich. Beide Voreintragungen beanspruchen indessen andersartige Waren, nämlich "Käse aus den Kantonen Appenzell

Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Thurgau" der Klasse 29. Zur Bejahung eines vergleichbaren Sachverhalts müssen die Waren bzw. Dienstleistungen zwar nicht identisch sein, aber zumindest gleichartig (vgl. dazu BVGE 2016/21 E. 6.4 m.w.H. "Goldbären"). Dies trifft zwischen den vom strittigen Zeichen in Klasse 30 beanspruchten Waren und dem von den obgenannten Marken beanspruchten Käse aus bestimmten Kantonen nur insoweit zu, dass es sich um Lebensmittel des täglichen Bedarfs handelt. Für die Marke CH Nr. P-481'605 "APPENZELLER" liegt die Eintragung bereits zeitlich zu lange zurück, dass sie für die aktuelle Praxis noch verbindlich sein kann (vgl. E. 10.2 hiervor). Voreintragungen, welche wie vorliegend mehr als zwanzig Jahre zurückliegen, dürften in jedem Fall unbeachtlich sein (vgl. Urteil des BVGer B-1014/2024 vom 8. August 2024 E. 5.2 "Max"). Dagegen ist die Eintragung CH Nr. 799'283 "APPENZELLERIN" aktuell, stellt aber, wie die Vorinstanz zu Recht feststellt, nicht mehr eine direkte, sondern eine indirekte Herkunftsangabe dar, welche grundsätzlich eintragungsfähig sein kann (vgl. E. 5.4.2 hiervor). Das Zeichen ist die weibliche Einwohnerbezeichnung und kann anders als das streitgegenständliche Zeichen nicht als geografische Angabe verstanden werden (vgl. auch Urteil des BVGer B-8069/2016 vom 20. März 2018 E. 5 "Flame").

Darüber hinaus ist die vorliegende Konstellation als solche mit beiden Voreintragungen nicht vergleichbar: In beiden Fällen ist die Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH die Markeninhaberin. Diese stellt eine Selbsthilfeorganisation dar (vgl. Art. 8 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft [LwG, SR 910.1]; Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 25. September 2002 E. 2 "Swiss Army Cheese [fig.]", in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2002 S. 855 ff.). Sie wird durch vier Gruppierungen getragen, worunter etwa 40 Käsereien gehören (vgl. Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH, Sortenorganisation, abrufbar unter <https://www.appenzeller.ch/de-ch/ueber-uns/sortenorganisation>, zuletzt abgerufen am 14.01.2025), sodass der Kreis der Nutzungsberechtigten nicht auf ein einzelnes Unternehmen beschränkt ist. Die Beschwerdeführerin macht die Vergleichbarkeit für das absolute Freihaltebedürfnis geltend. Sie verkennt dabei aber, dass eine der Sortenorganisation unterstellte Käserei die Marken benutzen darf, sodass sich für diese Zeichen die Frage nach dem Freihaltebedürfnis so nicht stellt. Nichts daran, was für die Vergleichbarkeit sprechen würde, ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass es sich bei CH Nr. P-481'605 "APPENZELLER" um eine Individualmarke handle und nicht um eine Kollektivmarke (vgl. Art. 22

MSchG). Für die Vergleichbarkeit ist es nicht erforderlich, dass die Sachverhalte in all ihren tatsächlichen Elementen identisch sind; relevante Tatsachen im Hinblick auf die anzuwendenden Normen müssen jedoch gleich sein (vgl. BVGE 2016/21 E. 6.2 "Goldbären"; Urteile des BVGer B-1014/2024 vom 8. August 2024 E. 5.1 "Max"; B-2628/2022 vom 13. September 2023 E. 7.2 "Novafoil"). Im Unterschied zum von der Beschwerdeführerin beanspruchten Zeichen ist der tatsächliche Gebrauch nicht für ein einzelnes Unternehmen monopolisiert. In Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre beurteilt sich die Unterscheidungskraft zur Schutzfähigkeit von Kollektivmarken zudem nach den gleichen Kriterien wie bei Individualmarken (vgl. SIMON HOLZER/STEFAN SCHRÖTER, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Vorbemerkungen Art. 21–27*e* N 15; MANUEL BIGLER, in: David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar zum Markenschutz- und Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 22 N 9; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, N 1778). Für das beanspruchte Zeichen bleibt die Freihaltebedürftigkeit zugleich offen, da sie vorliegend nicht Streitgegenstand ist (vgl. E. 8.6 hiervor).

10.4 Für die Voreintragung CH Nr. 695'718 "Appenzeller Zeitung" bestehen Gemeinsamkeiten hinsichtlich der beanspruchten Werbedienstleistungen in Klasse 35. Während das beanspruchte Zeichen eine Herkunftsangabe in Alleinstellung ist, stellt die Voreintragung indessen eine Begriffskombination dar. Die Frage, ob die verwendete geografische Bezeichnung als Herkunftsangabe gilt, kann bei zusammengesetzten Zeichen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Auch wenn eines oder mehrere seiner Elemente freihaltebedürftig sind, bedeutet dies nicht, dass das Zeichen im Gesamteindruck für den Verkehr unentbehrlich ist (vgl. Urteil des BGer 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.2 "Radio Suisse Romande"). Zu prüfen ist in diesen Fällen, ob eine mit gemeinfreien Bestandteilen kombinierte Marke in ihrem Gesamteindruck eine Herkunftserwartung bezüglich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen hervorruft (vgl. Urteile des BVGer B-5011/2018 vom 25. Mai 2020 E. 3.6 "Swiss Re - We make the world more resilient", nicht publiziert in: BVGE 2020 IV/5; B-6850/2008 vom 2. April 2009 E. 4 "AJC presented by Arizona girls [fig.]"; B-3511/2007 vom 30. September 2008 E. 4 "AgieCharmilles"). Demgegenüber liegt für das strittige Zeichen eine direkte Herkunftsangabe in Alleinstellung vor. Aufgrund der unterschiedlichen Zeichenkomposition fällt eine Vergleichbarkeit mit dem strittigen Zeichen deshalb von Anfang an ausser Betracht.

10.5 Damit liegt für alle drei geltend gemachten Voreintragungen keine Vergleichbarkeit mit dem beanspruchten Zeichen vor. Selbst wenn eine Vergleichbarkeit vorliegen würde, hätte die Beschwerdeführerin damit keine konstante und repräsentative Anzahl an Fällen geltend gemacht (vgl. dazu BVGE 2016/21 E. 6.6 "Goldbären"), da auch bei zwei Eintragungen bzw. wenigen Einzelfällen noch nicht von einer ständigen Praxis ausgegangen werden kann (vgl. Urteile des BVGer B-1777/2023 vom 17. April 2024 E. 5.3 "AgentEco"; B-4051/2018 vom 13. Januar 2020 E. 7.6 "DIGILINE"; B-1456/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 7.3 "Schweiz Aktuell"). Darüber hinaus ist die Frage, ob ein Zeichen als Gattungsbezeichnung erkannt wird oder sich im Verkehr für ein bestimmtes Unternehmen durchgesetzt hat, einer Vergleichbarkeit nicht zugänglich, sondern bleibt im Einzelfall zu bestimmen. Die Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

11.

Zusammenfassend hat die Vorinstanz das Zeichen APPENZELLER für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen der Klassen 30, 32, 33, 35, 41 und 43 korrekterweise dem Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zugerechnet. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin liegt auch kein Grenzfall vor (vgl. E. 5.8 hiervor), weshalb kein Raum für eine Eintragung im Zweifelsfall besteht. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

12.

12.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen 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]). Bei Streitigkeiten betreffend Markeneintragungen sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich an den Erfahrungswerten der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen wird (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind mit Fr. 3'000.–

zu beziffern und dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe geleistetem Kostenvorschuss zu entnehmen.

12.2 Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE) noch der Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Chiara Piras	Selim Haktanir

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. Februar 2025

Zustellung erfolgt an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 13549/2021; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)