

2025 IV/8

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. EMIL EBNETER & Co. AG gegen Eidgenössisches Institut für
Geistiges Eigentum
B-4751/2023 vom 24. Januar 2025

Markenschutz. Absolute Ausschlussgründe. Herkunftsangaben. Freihaltebedürfnis. Verkehrsdurchsetzung. Feststellungsbegehren.

Art. 2 Bst. a MSchG. Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG.

1. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht obliegt es der Markenanmelderin, den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht nur anzukündigen, sondern diese mittels Vorlage von Beweismitteln glaubhaft zu machen. Keine unvollständige Sachverhaltsfeststellung, wenn die Vorinstanz einzig die eingereichten Nachweise würdigt (E. 4.3).
2. Fehlendes schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung, dass am streitgegenständlichen Zeichen kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht. Die Prüfung des absoluten Freihaltebedürfnisses und der Verkehrsdurchsetzung erfolgt in Bezug auf die angefochtene Gestaltungsverfügung. Die Feststellung einer allgemeinen Freihaltebedürftigkeit des Zeichens, die sich nicht auf konkrete Waren und Dienstleistungen bezieht, stellt eine hypothetische Rechtsfrage dar (E. 8.4 ff.).
3. Kein kategorischer Ausschluss der Verkehrsdurchsetzung bei direkten Herkunftsangaben. Jedoch hat die Markenanmelderin einen spezifischen Antrag zu stellen und die Verkehrsdurchsetzung mittels Nachweisen glaubhaft zu machen (E. 4.2.4 und 9.5 ff.).

Protection des marques. Motifs absolus d'exclusion. Indications de provenance. Besoin de libre disposition. Imposition comme marque. Conclusion en constatation.

Art. 2 let. a LPM. Art. 25 al. 1 et al. 2 PA.

1. Dans le cadre de l'obligation de collaborer, il incombe à la déclarante de la marque non seulement d'annoncer la preuve de l'imposition d'un signe dans le commerce, mais aussi de rendre celle-ci plausible en présentant des moyens de preuve. En limitant son

examen à ces moyens de preuve, l'instance inférieure ne constate pas les faits de manière incomplète (consid. 4.3).

2. Pas d'intérêt digne de protection à faire constater l'inexistence d'un besoin absolu de libre disposition du signe litigieux. L'examen du besoin absolu de libre disposition et de l'imposition comme marque s'effectue sur la base de la décision formatrice attaquée. La constatation d'un besoin de libre disposition général du signe, qui ne se rapporte pas à des produits ou à des services concrets, représente une question juridique hypothétique (consid. 8.4 ss).
3. Pas d'exclusion catégorique de l'imposition d'un signe comme marque en présence d'indications directes de la provenance. La déclarante de la marque doit toutefois déposer une requête spécifique et rendre vraisemblable l'imposition dans le commerce par des moyens de preuve (consid. 4.2.4 et 9.5 ss).

Protezione dei marchi. Motivi assoluti di esclusione. Indicazioni di provenienza. Bisogno di disponibilità. Imposizione nel commercio. Domanda d'accertamento.

Art. 2 lett. a LPM. Art. 25 cpv. 1 e cpv. 2 PA.

1. Nell'ambito dell'obbligo di collaborare, alla depositante del marchio incombe l'obbligo, non solo di annunciare la prova dell'imposizione nel commercio, ma anche di renderla verosimile mediante la produzione di mezzi di prova. Limitando la sua valutazione unicamente alle prove presentate, l'autorità inferiore non incorre in un accertamento incompleto dei fatti (consid. 4.3).
2. Nessun interesse degno di protezione a far accertare l'inesistenza di un bisogno assoluto di disponibilità del segno in oggetto. La verifica del bisogno assoluto di disponibilità e dell'imposizione nel commercio avviene sulla base della decisione costitutiva impugnata. L'accertamento di un bisogno di disponibilità generale del segno, senza alcun riferimento a beni o servizi specifici, configura una questione giuridica ipotetica (consid. 8.4 segg.).
3. Nessuna esclusione categorica dell'imposizione nel commercio in presenza di indicazioni di provenienza dirette. Tuttavia, la depositante del marchio deve formulare una richiesta specifica e rendere verosimile l'imposizione nel commercio mediante mezzi di prova (consid. 4.2.4 e 9.5 segg.).

Die Beschwerdeführerin meldete die Wortmarke APPENZELLER für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 30, 32, 33, 35, 41 und 43 zur Eintragung in das Schweizerische Markenregister an. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum wies 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, deshalb könne die Verkehrsdurchsetzung nicht geltend gemacht werden.

Mit Beschwerde vom 4. September 2023 beantragt die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Es sei festzustellen, dass am Zeichen APPENZELLER kein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe, und die Angelegenheit sei an die Vorinstanz mit verbindlicher Weisung zur Neuurteilung zurückzuweisen. Eventualiter sei die Markenhinterlegung für alle beanspruchten Waren als durchgesetzte Marke zum Markenschutz zuzulassen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

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 die 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 grundsätz-

lich gehalten, den Behörden den rechtswesentlichen Sachverhalt darzulegen. Tun sie dies nicht, kann ihnen diese unterlassene Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung auch zum Nachteil gereichen (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 beziehungsweise aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt werden oder wenn nicht über alle rechtserheblichen Umstände Beweis geführt wurde beziehungsweise wenn eine entscheidrelevante Tatsache zwar erhoben wurde, diese jedoch daraufhin nicht in den Entscheid miteinfluss (BVGE 2014/2 E. 5.1; 2007/37 E. 2.3; Urteile des BVGer B-5179/2018 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 den 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 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 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 E. 8.4 « Schweiz Aktuell »; B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.2 « Aus der Region. Für die Region »). 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 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 Bebringens 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 « Lumimart/Luminarte »; 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 substantiiert 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.–7. (...)

8.

8.1 Nachdem das streitgegenständliche Zeichen als nicht unterscheidungskräftig erachtet wird, ist der Gemeingutbestand bereits erfüllt, sodass die Frage der Freihaltebedürftigkeit grundsätzlich offengelassen werden kann ([...]).

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Hauptbegehren indessen neben der Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung ([...]) 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 ([...]).

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 38 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: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 25 N. 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 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 Rechtsschutzinteresse 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 ([...]). 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 entscheiderelevant sind. Da das absolute Freihaltebedürfnis im Einzelfall in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu prüfen ist ([...]), 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 an 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.–9.4 (...)

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 Inner- rhoden, 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 « WINTER- THUR » für « Versicherungen, insbesondere Haftpflicht-, Personen-, Kranken-, Unfall-, Sach-, Feuer-, See-, Motorfahrzeug-, Lebens-, Vor- sorge-, Spar-, als Erst- und Rückversicherungen; berufliche Vorsorge; Fi- nanzdienstleistungen; Anlagefonds; Liegenschaftenverwaltung; alle mit diesen Dienstleistungen verbundenen Beratungs- und Informationsdienst- leistungen » 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 Her- kunftsangaben, weil die massgebenden Verkehrskreise sie als Kennzei- chen für ein einzelnes Unternehmen auffassen ([...]). Dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin in Bezug auf alle beantragten Waren und Dienstleistungen mit der Begründung abwies, bei direkten Herkunfts- angaben bestehe generell ein absolutes Freihaltebedürfnis und eine Ver- kehrsdurchsetzung sei somit von vornherein ausgeschlossen, ist demnach voreilig und nicht haltbar. In diesem Zusammenhang ist überdies festzu- halten, 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 Markenmeldung 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 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). 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 hiavor), 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 ZGB, 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 beziehungsweise 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, 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 hiavor). Sie müsste direkt durch eine repräsentative Befragung der massgeblichen Verkehrskreise mittels eines demoskopischen Gutachtens oder indirekt mittels geeigneter Gebrauchsbelege 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 B-2461/2020 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 publ.

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 4A_434/2009 E. 3.3 « Radio Suisse Romande »; 4A_370/2008 E. 6.1 « Post »), die aufgrund der vorliegenden Beweismittel im Einzelfall zu beantworten ist.