



Urteil vom 4. Januar 2022

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Daniel Willisegger, Richter Martin Kayser,
Gerichtsschreiberin Katherina Schwendener.

Parteien

**Institut für Medizinische Fortbildung
IMForganisation AG in Liquidation,**
(...)
Grundstrasse 16, 6343 Risch,
Beschwerdeführerin,

gegen

Heiko **Visarius**,
c/o VISARTIS Healthcare GmbH,
Preisegg 19, 3415 Hasle b. Burgdorf,
vertreten durch FMP Fuhrer Marbach & Partner,
Konsumstrasse 16A, 3007 Bern,
Beschwerdegegner,

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

Gegenstand

Löschungsverfahren Nr. 101087 - CH 488'467 - VISARTIS.

Sachverhalt:

A.

Am 13. November 2019 reichte der Beschwerdegegner bei der Vorinstanz einen Löschantrag wegen Nichtgebrauchs gegen die Schweizer Marke Nr. 488'467 VISARTIS ein und beantragte deren teilweise Löschung aus dem Schweizer Markenregister hinsichtlich der folgenden Dienstleistungen:

Klasse 35

Werbung, einschliesslich Werbung über globale Computernetzwerke (Internet), Organisation und Durchführung von Ausstellungen für wirtschaftliche und Werbezwecke; Telemarketing; Zusammenstellen und Systematisierung von Daten in Computerdatenbanken, Detailhandel mit Kunstwerken, Beratung im Werbebereich.

Klasse 41

Herausgabe von Texten, Theaterstücken, Theateraufführungen, kulturelle Aktivitäten, Organisation und Durchführung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke, Ausbildung.

B.

Mit Datum vom 1. Dezember 2020 hiess die Vorinstanz den Löschantrag gut und verfügte, die Schweizer Marke Nr. 488'467 VISARTIS werde wegen Nichtgebrauchs aus dem Markenregister gelöscht.

C.

Am 6. Januar 2021 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung vom 1. Dezember 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Anträge:

- "1. Das Bundesverwaltungsgericht wird gebeten, die Beschwerdefrist zu bestätigen, und vorerst noch keinen Kostenvorschuss zu erheben
2. Das Beschwerdeverfahren ist vorerst auf die Prüfung der erfolgten Rechtsverweigerungen zu beschränken und damit zu entscheiden, dass Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen ist.
3. Die Verfügung Nr. 101087 vom 1. Dez 2020 ist aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurück zu weisen.
4. Es ist festzustellen, dass die Verfügung vom 1. Dez 2020 nichtig ist.
5. Sollte sich wiedererwartend ergeben, dass das Lösungsverfahren bei der Vorinstanz korrekt und ohne Gehörsverweigerung durchgeführt wurde, ist der

Beschwerdeführerin Frist zur Ergänzung dieser Beschwerde-Eingabe und damit zur ausführlichen Stellungnahme zum Inhalt der angefochtenen Verfügung zu gewähren.

6. In jedem Falle sind vor Weiterführung des Beschwerdeverfahrens, sämtliche seitens der Beschwerdegegnerin beim Institut für Geistiges Eigentum eingereichten Eingaben, der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme vorzulegen; sowie dazu ausreichend Frist zu gewähren.

7. In jedem Falle sind vor Weiterführung des Beschwerdeverfahrens, sämtliche vom Institut für Geistiges Eigentum erfolgten Verfügungen, der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme vorzulegen und allfällige Einwendungen und Beschwerden vorbringen zu können. Es ist in jedem Falle das rechtliche Gehör zu gewährleisten und dazu ausreichend Frist zu Wahrnehmung zu gewähren.

8. Sollte das Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht weiter geführt werden, ist der Beschwerdeführerin ausreichend Zeit einzuräumen um diese Beschwerdeschrift zu ergänzen.

9. Die Verfügung Nr. 101087 vom 1. Dez 2020 ist aufzuheben und das Lösungsbegehren abzulehnen.

10. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungspflichten zulasten der Beschwerdegegner."

Sie stellt zudem den folgenden "Antrag":

"Die Vorinstanz ist zu verpflichten, die angebliche Verfügung vom 19.03.2020 und die seitens der antragstellenden Partei (jetzige Beschwerdegegnerin) erfolgte Replik der jetzigen Beschwerdeführerin (damalige Antragsgegnerin) zur Stellungnahme und Entgegnung vorzulegen. Die dazu notwendige Frist ist wieder herzustellen"

und beantragt am Ende der Beschwerdeschrift (fortan: "Schlussanträge"), was folgt:

"1. Die Verfügung Nr. 101'087 in Sachen Teillöschung VISARTIS 101087 ist aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung an das IGE zurückzuweisen.

2. Das Institut für Geistiges Eigentum IGE ist zu verpflichten, das Verfahren 101087 unter Gewährung des vollumfänglichen rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin, neu aufzunehmen und neu durchzuführen.

3. In jedem Falle ist die seitens der Beschwerdegegnerin eingelegte Replik vom 17.03.2020 der Beschwerdeführerin (Antragsgegnerin), sowie der Beschwerdeführerin (frühere Antragsgegnerin) sämtliche weiteren Eingaben zur

Kenntnis- und Stellungnahme vorzulegen und dazu die Duplik-Frist, sowie sämtliche weiteren Fristen, wieder herzustellen."

Zur Begründung bringt sie vor, die Vorinstanz habe ihr im Vorverfahren mehrfach das rechtliche Gehör verweigert und zudem die von ihr eingereichten Belege zum ernsthaften Gebrauch willkürlich und falsch zugeordnet und interpretiert. Die Teillöschung ihrer Marke sei daher zu Unrecht erfolgt.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeanträge Ziff. 1 und 2, wonach die [Einhaltung der] Beschwerdefrist zu bestätigen und vorerst noch kein Kostenvorschuss zu erheben sei (Ziff. 1) und wonach das Beschwerdeverfahren vorerst auf die Prüfung der erfolgten Rechtsverweigerungen zu beschränken und zu entscheiden [sei], das[s] [das] Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werde (Ziff. 2) ab. Die gemäss ihrem Handelsregisterauszug keinen Sitz habende Beschwerdeführerin wurde zudem aufgefordert, bis zum 11. Februar 2021 ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Art. 42 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]). Letztlich wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, innert derselben Frist einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'500.– zu leisten.

E.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin:

- "1. Das Verfahren B-65/2021 ist bis auf weiteres zu sistieren.
2. Sämtliche in Verfügung vom 11. Januar 2021 gesetzte Fristen sind zu aussetzen.
3. Vor Weiterführung des Verfahrens ist von Amtes wegen die Nichtigkeit der diesem Verfahren zugrundeliegender Löschungs-Verfügung der Vorinstanz zu überprüfen und festzustellen.
4. Ein allfälliger Kostenvorschuss ist auf die Nichtigkeitsprüfung zu reduzieren.
5. Die Vorinstanz ist zu verpflichten sämtliche Eingaben der Beschwerdegegner und damit verbundene Korrespondenzen, der Beschwerdeführerin vorzulegen.
6. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungspflichten zulasten der Gesuchsgegner."

Zur Begründung brachte sie vor, zwischen den Parteien sei ein Widerspruchsverfahren am Bundesverwaltungsgericht hängig, weshalb die Vorinstanz das Löschungsgesuch des Beschwerdegegners nicht habe behandeln dürfen. Der Beschwerdegegner habe es versäumt, im Widerspruchsverfahren die Einrede des Nichtgebrauchs zu erheben. In Versäumnis dieser Einrede ein Löschungsgesuch zu stellen sei missbräuchlich und die angefochtene Verfügung in der Folge nichtig. Im Übrigen hielt sie an ihrer bisherigen Argumentation fest. Betreffend Zustellungsdomizil verweist sie auf die bereits bekannte, beanstandete Adresse.

F.

Mit Verfügung vom 25. Januar 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Anträge der Beschwerdeführerin ab und wies darauf hin, die bezeichnete Anschrift genüge nicht den Anforderungen von Art. 42 MSchG.

G.

In ihrem Schreiben vom 25. Januar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin abermals:

- "1. Das Verfahren B-65/2021 ist bis auf weiteres zu sistieren.
2. Sämtlich in Verfügung vom 11. Januar 2021 gesetzte Fristen sind auszusetzen.
3. Vor Weiterführung des Verfahrens ist von Amtes wegen die Unzulässigkeit (Nichtigkeit) der diesem Verfahren zugrundeliegenden Löschungs-Verfügung der Vorinstanz zu überprüfen und festzustellen und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ist zu verzichten.
5. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungspflichten zulasten der Gesuchsgegnerin."

Sie rügte zudem, die angefochtene Verfügung beinhalte auf Seite 5 und Seite 6 je einen grösseren Leerraum. Die Beschwerdeführerin schlussfolgerte, es gebe zwei Versionen des angefochtenen Entscheids vom 1. Dezember 2020, wodurch ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei. In derselben Eingabe vom 25. Januar 2021 reichte die Beschwerdeführerin ausserdem "Ergänzungen zur Eingabe v. 6. Jan. 2021" mit weiteren Belegen ein, um den Gebrauch des Zeichens Visartis glaubhaft zu machen.

H.

Am 9. Februar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin nochmals die Sistierung des vorliegenden Verfahrens "bis zur Klärung und Vervollständigung der ausgefertigten Verfügung des IGE". Weiterhin teilte sie ein Zustellungsdomizil mit.

I.

Das Bundesverwaltungsgericht forderte die Vorinstanz am 18. Februar 2021 auf, eine vollständige Fassung der angefochtenen Verfügung zuzustellen und zu den Lücken auf Seite 5 und 6 der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Fassung Stellung zu nehmen. Der Beschwerdegegner erhielt ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme.

J.

Mit ihrer Stellungnahme vom 24. Februar 2021 reichte die Vorinstanz eine korrigierte Version der Verfügung ein und erläuterte, diese sei auch in der lückenhaften Version inhaltlich vollständig gewesen, habe es sich doch nur um einen Formatierungsfehler der Textdatei gehandelt. Der Beschwerdegegner teilte mit Datum vom 26. Februar 2021 mit, es sei offensichtlich, dass es sich bei den Lücken um einen Formatierungsfehler handle und die angefochtene Verfügung richtig und vollständig sei.

K.

Mit unverlangter Eingabe, datiert auf den 26. Februar 2021, beantragte die Beschwerdeführerin:

"Es wird nun beantragt, das Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht vorerst auf die Nichtigkeit der IGE-Verfügung 101087 zu beschränken."

Die Vorinstanz habe ihr erneut das rechtliche Gehör verweigert, indem sie nicht zur etwaigen Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung Stellung genommen habe. Die Nichtigkeit ergebe sich einerseits aus der fehlerhaft erstellten Verfügung und andererseits auf der fehlenden Prüfung der Eintretensvoraussetzungen auf das Löschungsgesuch und der daraus resultierenden Verletzung von Art. 22 Abs. 3 MSchV.

L.

Mit Verfügung vom 1. März 2021 setzte das Bundesverwaltungsgericht eine Frist zur Einreichung von Beschwerdeantwort und Vernehmlassung. Mit Verfügung vom 2. März 2021 stellte es der Vorinstanz und dem Beschwerdegegner zudem das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2021 zur Kenntnisnahme zu.

M.

Mit unverlangter Eingabe vom 6. März 2021 beehrte die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner und die Vorinstanz hätten sich auch zu ihrer Eingabe vom 25. Januar 2021 zu äussern, weshalb die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts daher entsprechend zu ergänzen sei. Mit Verfügung vom 8. März 2021 lehnte das Bundesverwaltungsgericht dieses Begehren ab.

N.

In seiner Beschwerdeantwort vom 3. Mai 2021 beantragte der Beschwerdegegner die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die behauptete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei nicht substantiiert. Die Vorinstanz habe zu Recht den markenmässigen Gebrauch der gesuchgegenständlichen Marke verneint und die beschwerdeführerischen Unterlagen zur Glaubhaftmachung des Gebrauchs korrekt gewürdigt. Letztlich sei das Löschungsgesuch nicht missbräuchlich erfolgt und das bereits beim Bundesverwaltungsgericht anhängige sistierte Widerspruchsverfahren stehe einer Behandlung des Löschungsverfahrens nicht entgegen.

O.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2021 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Sie habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt, seien die Verfügungen vom 19. März 2020 bzw. 14. Mai 2020 doch rechtskonform zugestellt worden. Die im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Belege zur Glaubhaftmachung des Gebrauchs seien nicht geeignet, einen ernsthaften, markenmässigen Markengebrauch in Verbindung mit den angefochtenen Dienstleistungen der Klasse 35 und 41 glaubhaft zu machen.

P.

Auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

Q.

Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz in Löschungssachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügungen beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG), hat den verlangten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und ihre Beschwerden frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.1 Die angefochtene Verfügung begrenzt den möglichen Umfang des Streitgegenstands im Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 31 VGG). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein müssen (BGE 133 II 35 E. 2; BGE 133 II 181 E. 3.3). Im vorliegenden Fall ist die angefochtene Verfügung auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz den Gebrauch der Marke VISARTIS im Lösungsverfahren Nr. 101'087 zurecht als nicht glaubhaft gemacht erachtet und daraufhin deren Löschung verfügt hat.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst ("reformatorisch") oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen ("kassatorisch") an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Es ist hingegen nicht möglich, sowohl kassatorisch als auch reformatorisch zugleich zu entscheiden.

1.3 Die übrigen Anträge der Beschwerdeführerin sind prozessualer Natur. Weshalb das Verfahren sistiert, auf die Frage der Nichtigkeit der Verfügung beschränkt werden soll oder vorerst kein Kostenvorschuss zu erheben sei, ist nicht zu erkennen und würden den Grundsatz der Verfahrensökonomie verletzen. Aus diesem Grund wurden die Anträge Ziffer 1 und 2 der Beschwerde vom 6. Januar 2021 mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2021, die Anträge Ziffer 1 bis 6 vom 22. Januar 2021 mit Verfügung vom 25. Januar 2021, und die Anträge Ziffer 1 bis 6 der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2021 mit Verfügung vom 18. Februar 2021 abgewiesen. Gleiches gilt für den nochmals gestellten Antrag auf Sistierung der Beschwerde vom 9. Februar 2021, der mit Verfügung vom 18. Februar 2021 abgewiesen wurde. Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2021, das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht sei vorerst auf die Prüfung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung zu beschränken, wurde

mit Verfügung vom 2. März 2021 abgewiesen, womit auch Rechtsbegehren Nr. 4 der Beschwerde vom 6. Januar 2021 hinfällig ist. Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 6. März 2021, der Beschwerdegegner und die Vorinstanz hätten sich auch zur Eingabe vom 25. Januar 2021 zu äussern und die Verfügung vom 1. März 2021 sei diesbezüglich zu ergänzen, wurde mit Verfügung vom 8. März 2021 abgewiesen.

1.4 Den Anträgen auf Frist zur Beschwerdeergänzung (Rechtsbegehren Ziffer 5 und 8 der Beschwerde vom 6. Januar 2021) ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die vollständige Begründung ihrer Rechtsbegehren innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist einzureichen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Nur in den Ausnahmefällen von Art. 52 Abs. 2 und Art. 53 VwVG kann die Beschwerdebegründung auch nach Ablauf der Beschwerdefrist noch verbessert bzw. ergänzt werden. Nicht ergänzt oder erweitert werden können jedoch die Rechtsbegehren (BVGE 2011/54 E. 2.1.1; FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 53 VwVG). Die Voraussetzungen von Art. 52 Abs. 2 und Art. 53 VwVG sind vorliegend nicht erfüllt.

Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Beschwerde genügt nach Massgabe von Art. 52 Abs. 1 VwVG den Anforderungen hinsichtlich Begehren, Begründung, Beweismittel, Unterschrift und angefochtener Verfügung inklusive Beilagen. Die vorliegend zu beurteilenden Rechtsfragen, namentlich die Beurteilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Nichtgebrauchs der streitgegenständlichen Marke, sind zudem nicht derart komplex, dass sich eine Nachfrist im Sinne von Art. 53 VwVG rechtfertigen würde (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.241). Mit Verfügung vom 1. März 2021 setzte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin daher ausdrücklich keine Frist zur Einreichung einer Ergänzung der Beschwerde. Eine Ergänzung wurde in Ziffer 4 der Verfügung vom 18. Februar 2021 nur für den Fall in Aussicht gestellt, dass die angefochtene Verfügung lückenhaft eröffnet wurde.

Ungeachtet dieser Feststellungen berücksichtigt das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung auch unverlangte Eingaben, sofern sie innerhalb des Streitgegenstandes liegen und entscheiderelevant sind (BVGE 2010/53 E. 15.1, mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 32 VwVG). Die unverlangte, von der Beschwerdeführerin als "Er-

gänzungen zur Eingabe v. 6. Jan. 2021" deklarierte Eingabe vom 25. Januar 2021 ist somit für das vorliegende Verfahren ohnehin zu berücksichtigen.

1.5 Beschränkt auf die Rechtsbegehren Nr. 3 sowie 6 bis 10 und der zum Teil deckungsgleichen Schlussanträge 1 bis 3, alle gemäss Beschwerdeschrift vom 6. Januar 2021, ist im Ergebnis auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Zunächst ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

2.1 Einerseits habe die Vorinstanz ihr zwei Verfügungen nicht rechtskräftig eröffnet.

2.1.1 Die Parteien haben im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht auch ein Recht auf individuelle Eröffnung von Entscheiden (BGE 133 I 201 E. 2.1; BVGE 2015/35 E. 3.2.2).

2.1.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, weshalb seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache grundsätzlich zur Aufhebung der mit dem Verfahrensmangel behafteten Verfügung führt. Eine Gehörsverletzung kann indes ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Rechtsmittelinstanz mit der gleichen Kognition prüft wie die Vorinstanz, die Gehörsverletzung nicht besonders schwer wiegt und der betroffenen Partei durch die Heilung kein Nachteil entsteht (statt vieler BGE 137 I 195 E. 2.3.2; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Rz. 21 f.).

2.1.3 Kann eine eingeschriebene Sendung dem Empfänger wegen Abwesenheit nicht direkt gegen Unterschrift übergeben werden und wird er mittels Abholungseinladung avisiert, gilt die Verfügung im Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Post abgeholt wird. Erfolgt dies nicht innert einer

Abholfrist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle, greift eine Zustellfiktion, sofern der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste: Die Zustellung gilt in diesem Fall am letzten Tag der Abholfrist von sieben Tagen als erfolgt.

Die Zustellfiktion setzt insbesondere voraus, dass die Abholungseinladung in den physischen oder elektronischen Briefkasten bzw. ins Postfach des Empfängers gelegt worden ist (formelle Bedingung; vgl. Urteil des BVGer C-2776/2013 vom 7. Mai 2014 E. 4.2.1), wobei bei eingeschriebenen Sendungen rechtsprechungsgemäss eine widerlegbare Vermutung gilt, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde (BGE 142 IV 201 E. 2.3 m.H.). Die Zustellfiktion greift nur dann, wenn der Empfänger die Zustellung einer entsprechenden eingeschriebenen Sendung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten musste (materielle Bedingung; vgl. Urteile des BVGer B-3974/2017 vom 2. Oktober 2017 E. 3.1 und C-2776/2013 vom 7. Mai 2014 E. 4.2.1). Grundsätzlich muss nur eine Person, die in einem Verfahrens- oder Prozessverhältnis steht, nach Treu und Glauben mit behördlichen Mitteilungen rechnen. Ein solches Verhältnis entsteht mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens (BGE 130 III 396 E. 1.2.3).

2.1.4 Die Beweislast für die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden trägt die Behörde. Sie hat auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist (Urteil des BGer 2C_713/2015 vom 13. Dezember 2015 E. 3.3 m.H.). Bei eingeschriebenen Sendungen gilt entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung eine widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum korrekt registriert wurde (Urteil des BGer 2C_713/2015 vom 13. Dezember 2015 E. 3.3). Hinsichtlich der Ausstellung der Abholeinladung findet eine Umkehr der Beweislast insofern statt, als im Fall der Beweislosigkeit zu Ungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (Urteil 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2), wobei diese Vermutung durch Gegenbeweis umgestossen werden kann (Urteil des BGer 5A_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Die Vermutung gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt, wobei – da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist – der volle Beweis kaum je erbracht werden kann (Urteile des BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011

E. 2.4 und 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2 und 4.1). Die blosse theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt nicht, um die Vermutung zu widerlegen, wenn keine konkreten Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind (vgl. Urteile des BGer 2C_128/2012 vom 29. Mai 2012 E. 2.2 und 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 5.3).

2.1.5 Die Beschwerdeführerin musste mit Zustellungen seitens der Vorinstanz rechnen, da sie vom laufenden Lösungsverfahren und auch dem noch laufenden Schriftenwechsel wusste und sich an diesem beteiligt hat. Die materielle Bedingung für das Eintreten der Zustellfunktion ist somit erfüllt.

2.1.6 Die Einladung zur Duplik mit Datum vom 19. März 2020 konnte der Beschwerdeführerin nicht zugestellt werden. Aufgrund der Coronapandemie wurde die Frist zur Abholung bis zum 20. April 2020 verlängert, die Sendung wurde aber von der Beschwerdeführerin bei der Post nicht abgeholt. In der Folge wurde die Sendung an die Vorinstanz retourniert, woraufhin diese die Verfügung am 27. April 2020 nochmals per A-Post an die Beschwerdeführerin versandte. Diese behauptet, die zunächst eingeschriebene Verfügung vom 19. März 2020 auch später per A-Post nicht erhalten zu haben und legt pauschal verschiedene Screenshots ins Recht, um Fehlzustellungen seitens der Post in anderen Fällen zu veranschaulichen. Die Screenshots zeigen zwölfstellige Abholcodes, die die Beschwerdeführerin offenbar online in die Sendungsverfolgung der Post eingegeben hat (Beilage 2.2, 2.7, 2.8), wobei sich keinerlei Zusammenhang zu der fraglichen Sendung vom 19. März 2020 erkennen lässt. Die Kopie einer Abholeinladung eines bis zum 16. März 2020 abzuholenden Einschreibens (Beilage 2.1) lässt ebenfalls keine Rückschlüsse auf die Vorinstanz als Absenderin oder überhaupt auf die o.g. Verfügung zu, da es schon vom Datum her nicht möglich ist, dass die erst drei Tage später ausgestellte Verfügung der Vorinstanz avisiert wurde.

2.1.7 Die Beschwerdeführerin bestreitet ausserdem, die Verfügung vom 14. Mai 2020 erhalten zu haben. In dieser Verfügung wurde einerseits festgestellt, dass die Verfügung vom 19. März 2020 als zugestellt gilt. Ausserdem wurde verfügt, das Verfahren werde mit der bisherigen Inhaberin der Marke weitergeführt und das Instruktionsverfahren sei geschlossen. Die Beschwerdeführerin legt ein Schreiben der Post vom 29. Mai 2020 ins Recht, in dem der Kundendienst mitteilt, eine Sendung mit dem Abholcode (*Nummer*) und mit Abholdatum bis zum 21. Mai 2020 hätte aufgrund einer falschen Verknüpfung nicht ausfindig gemacht werden können, es sei ein

Fehler passiert, man entschuldige sich für dieses Versehen. Die Post teilt weiterhin mit, gegen Vorlage eines Ausweises könne der Beschwerdeführerin der Absender der Sendung mitgeteilt werden. Ob sie dies in der Folge tat ist nicht bekannt, jedenfalls liegen hierzu keine weiteren Unterlagen vor, die belegen würden, der Ursprung der entsprechenden Sendung sei die Vorinstanz gewesen. Gemäss Abholschein dieser Sendung ist der Tag der versuchten Zustellung das "Abholdatum minus sieben Tage". In diesem Fall wäre der 13. Mai 2020 der Tag der versuchten Zustellung. Die fragliche Verfügung des IGE datiert aber vom 14. Mai 2020, womit es sich bei dem fehlerhaft zugeordneten Abholschein und der anscheinend nicht auffindbaren Sendung nicht um diese Verfügung gehandelt haben kann. Die Beilagen 2.10, 2.6, 2.4 und 2.3 eignen sich somit nicht als Beweis für eine fehlerhafte Zustellung und eine fehlerhafte oder fehlende Abholeinladung.

2.1.8 Für beide in Frage stehenden Verfügung ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit glaubhaft zu machen, sie habe keine Einladung zur Abholung erhalten. Für die fraglichen Sendungen gilt somit die Zustellfiktion. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, stösst ins Leere.

2.2 Weiterhin soll die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin mit einer lücken- bzw. fehlerhaft redigierten Verfügung verletzt haben.

2.2.1 Der Einladung eine fehlerfreie Fassung einzusenden und zu den Leerräumen in der angefochtenen Verfügung Stellung zu nehmen kam die Vorinstanz am 24. Februar 2021 nach und erläuterte, der Entscheid vom 1. Dezember 2020 sei auch mit den Leerräumen vollständig gewesen. Das Dokument sei von einer Word- zu einer PDF-Datei konvertiert worden, wodurch sich einzelne Absätze verschoben und sich die Lücken auf Seite 5 und 6 ergeben hätten. Der Beschwerdegegner äussert sich mit Datum vom 26. Februar 2020 ebenfalls zu diesem Punkt. Er betrachtet den blossen Formatierungsfehler als offensichtlich und bringt vor, der Inhalt des Textes sei ohne weiteres verständlich und vollständig.

2.2.2 In der Tat weist die angefochtene Verfügung auf den Seiten 5 und 6 grössere Leerräume auf. Vergleicht man die von der Vorinstanz eingereichte korrigierte Fassung und die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte angefochtene Verfügung, so lassen sich tatsächlich nur hinsichtlich des Formats, nicht aber in Bezug auf den Inhalt der beiden Dokumente

Unterschiede erkennen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin wurde somit auch nicht aufgrund einer inhaltlich mangelhaften bzw. unvollständigen Verfügung verletzt.

2.3 Insgesamt wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Selbst wenn es anders wäre, könnte diese Verletzung aufgrund der Äusserungsmöglichkeit der Beschwerdeführerin vor dem mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz urteilenden Bundesverwaltungsgericht zudem als geheilt betrachtet werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 133 I 201 E. 2.2; 132 V 387 E. 5.1; Urteile des BVGer B-720/2017 vom 6. Dezember 2018 E. 2.5 "Blackberry/blackphone [fig.]" und B-478/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 3.5 "Nove").

3.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, der Löschungsantrag sei rechtsmissbräuchlich erfolgt.

3.1 Eine Marke ist geschützt, soweit sie in Zusammenhang mit den Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, für die sie beansprucht wird (Art. 11 Abs. 1 MSchG). Die in Art. 12 MSchG statuierten Grundsätze finden im Lösungsverfahren Anwendung (Urteile des BVGer B-2627/2019 vom 23. März 2021 E. 3.3 "Sherlock/Sherlock's" und B-2597/2020 vom 26. August 2021 E. 3.3 "U Universal Geneve [fig.]/Universal Geneve"). Hat der Markeninhaber seine Marke während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gebraucht, kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, ausser es liegen wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vor (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Ein Löschungsantrag kann frühestens nach Ablauf der Karenzfrist begründet sein (BBI 2009 8613; Art. 35a Abs. 2 MSchG). Nach Eingang gibt die Vorinstanz dem betroffenen Markeninhaber Gelegenheit sich zum Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Lässt sich der Markeninhaber in der Sache nicht vernehmen, wird basierend auf den Ausführungen des Antragstellers entschieden (BBI 2009 8614; vgl. Art. 32 VwVG).

3.2 Um den Nichtgebrauch der Marken in der Schweiz glaubhaft zu machen, hat der Antragsteller der Vorinstanz geeignete Beweismittel einzureichen, beispielsweise Benutzungsrecherchen (Urteil des BVGer B-2627/2019 vom 23. März 2020 E. 3.4 "Sherlock/Sherlock's"). Kann der Antragsteller den Nichtgebrauch nicht glaubhaft machen, trägt er die Folgen der Beweislosigkeit und wird das Löschungsgesuch abgewiesen. Für den Markeninhaber bestehen drei Möglichkeiten zur Verteidigung: Er kann

die vom Löschantragsteller eingereichte Glaubhaftmachung bestreiten, seinerseits den Gebrauch der Marke glaubhaft machen oder wichtige Gründe für ihren Nichtgebrauch darlegen (Art. 35b Abs. 1 Bst. b MSchG; Urteil des BVGer B-2627/2019 vom 23. März 2020 E. 3.4 "Sherlock/Sherlock's").

3.3 Das Gesetz sieht vor, dass "jede Person" einen Antrag auf Löschung wegen Nichtgebrauchs stellen kann (Art. 35a Abs. 1 MSchG). Dies ist auf das öffentliche Interesse an der Registerbereinigung zurückzuführen (BBI 2009 8538, 8613). Nach Ablauf der Karenzfrist endet der Markenschutz nicht erst mit der Löschung der Marke aus dem Register, sondern bereits, sobald und soweit die Marke nicht mehr rechtserhaltend gebraucht wird. Eine eingetragene, aber nicht gebrauchte Marke ist schutzlos, weil sie die ihr zuge dachte Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion nicht (mehr) erfüllt (BGE 139 III 424 E. 2.2.1 "Mondaine Watch"; 130 III 267 E. 2.4 "Tripp Trapp").

3.4 Glaubhaftmachen des Gebrauchs bedeutet, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck zu vermitteln, dass die fraglichen Tatsachen nicht bloss möglich, sondern wahrscheinlich sind (BGE 120 II 393 E. 4c; 88 I 11 E. 5a). Es braucht keine volle Überzeugung des Gerichts, doch muss es zumindest die Möglichkeit, dass die behaupteten Tatsachen stimmen, höher einschätzen als das Gegenteil (Urteile des BVGer B-3261/2020 vom 21. Oktober 2021 E. 2.3 "Apple/APPLiA Home Appliance Europe [fig.>"; B-7210/2017 vom 9. Mai 2018 E. 3.3 "Schellen-Ursli/Schellenursli"; B-5902/2013 vom 8. April 2015 E. 2.6 "Wheels/Wheely"; B-3547/2013 vom 1. April 2014 E. 3.7 "Koala/Koala [3D]").

3.5 Als mögliche Belege für den rechtserhaltenden Gebrauch dienen Urkunden (Rechnungen, Lieferscheine) und Augenscheinobjekte (Etikettenmuster, Verpackungen, Kataloge, Prospekte). Als Beweismittel erwähnt Art. 12 VwVG auch Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen und Gutachten von Sachverständigen. Belege müssen sich auf den massgeblichen Zeitraum vor der Einrede des Nichtgebrauchs beziehen, was deren einwandfreie Datierung voraussetzt. Undatierbare Belege können unter Umständen in Kombination mit anderen, datierbaren berücksichtigt werden (Urteile des BVGer B-40/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.5 "Egatrol/Egatrol"; B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2.9 "Lifetec/Life Technologies"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.2 "mylife [fig.]/mylife [fig.>"; KARIN BÜRGI LOCATELLI, Der rechtserhaltende Markengebrauch

in der Schweiz, Bern 2008, S. 192). Ohne Beweiskraft sind Ausdrücke von Internetseiten, die nach Geltendmachung des Nichtgebrauchs erstellt wurden und keine Angaben enthalten, welche Rückschlüsse auf einen rechts-erhaltenden Gebrauch der Marke im relevanten Zeitraum zulassen (Urteil des BVGer B-892/2009 vom 19. Juli 2010 E. 6.5 "Heidiland/Heidi-Alpen"). Die Zuordnung des Gebrauchs zu bestimmten Produkten kann gegebenenfalls auch mit Prospekten, Preislisten oder Rechnungen glaubhaft gemacht werden (Urteile des BVGer B-40/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.5 "Egatrol/Egatrol"; B-4465/2012 vom 11. Juni 2013 E.2.10 "Lifetec/Life Technologies"; B-3416/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.3 "my-life [fig.]/my-life [fig.]"). Die blosse Existenz einer Internetseite mit dem strittigen Zeichen genügt nicht (vgl. CHRISTOPH GASSER, in: Noth et al. [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 32 N. 25). Vielmehr muss konkret in Relation gesetzt werden, welche Waren wo, wann und wie angeboten wurden. Dasselbe gilt mit etwas geringeren Anforderungen für Dienstleistungen.

3.6 Als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben ist das Rechtsmissbrauchsverbot ein in Art. 2 ZGB verankertes Rechtsprinzip, das grundsätzlich für die gesamte Rechtsordnung gilt (BGE 131 I 192 E. 3.2.4; 110 Ib 336 E. 3a; Urteil des BVGer B-5129/2016 vom 12. Juli 2017 E. 5.1 "Chrom-Optics/Chrom-Optics"; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 26; HEINRICH HONSELL, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB, 4. Aufl. 2010, Art. 2 N. 4, 35; MAX BAUMANN, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2002, Art. 2 N. 28). Das Rechtsmissbrauchsverbot ist von allen rechtsanwendenden Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu beachten. Ob die Ausübung eines Rechts rechtsmissbräuchlich erfolgt, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs sind dabei zu beachten (BGE 129 III 493 E. 5.1). Ein Rechtsmissbrauch besteht insbesondere dann, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die es nicht schützen will bzw. die nicht in seinem Schutzbereich liegen (BGE 138 III 401 E. 2.2 und E. 2.4.1; 131 II 265 E. 4.2; 130 II 113 E. 10.2; 128 II 145 E. 2.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 716). Rechtsmissbräuchliches Verhalten zeichnet sich dadurch aus, dass es den anspruchsbegründenden Tatbestand nur nach dem Wortlaut und nicht auch nach dem Sinn des Gesetzes erfüllt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22 Rz. 26).

3.7 Nur in Einzelfällen kann dem Einsender eines Löschungsgesuchs die Aufnahme des Verfahrens wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verwehrt werden, wenn der Missbrauch durch die Antragstellung und Berufung auf Nichtgebrauch unmittelbar verkörpert wird und sich nicht erst aus Argumenten ergibt, die ausserhalb des Streitgegenstands des Verfahrens liegen (Urteil des BVGer B-2627/2019 vom 23. März 2020 E. 6.3 "Sherlock/Sherlock's").

3.8 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Beschwerdegegner habe es versäumt, die Einrede des Nichtgebrauchs im Widerspruchsverfahren zu erheben und könne dieses Versäumnis nun nicht dadurch heilen, parallel einen Löschantrag zu stellen. Die Vorinstanz hätte das Lösungsverfahren nicht behandeln dürfen.

3.9 Ein Lösungsverfahren und ein Widerspruchsverfahren sind, auch wenn sie dieselbe Marke betreffen, grundsätzlich voneinander unabhängig. Ziel des Lösungsverfahrens ist vor allem auch die Registerbereinigung im öffentlichen Interesse (vgl. Ziff. 3.3). Die Einrede des Nichtgebrauchs wirkt sich nur auf das betreffende Widerspruchsverfahren aus, während im Rahmen eines Löschantrags die damit angefochtene Marke ganz oder teilweise aus dem Register gelöscht wird. Durch einen erfolgreichen Löschantrag kann ein Widerspruchsverfahren sich somit erübrigen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, während eines noch nicht rechtskräftig entschiedenen Widerspruchsverfahrens einen Antrag auf Löschung der Widerspruchsmarke einzureichen (UELI BURI, in: David/Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 35c N. 3). Es ist der Vorinstanz auch möglich, das Widerspruchsverfahren bei einem parallel zu diesem erhobenen Lösungsverfahren zu sistieren, bis über das Lösungsverfahren entschieden wurde (vgl. Art 23 Abs. 4 MSchV; BURI, a.a.O., N. 3). Selbst wenn vorliegend der Beschwerdegegner im Widerspruchsverfahren die Einrede des Nichtgebrauchs gegen die Widerspruchsmarke nicht erhoben hat, ist der Löschantrag deswegen nicht rechtsmissbräuchlich gestellt. Durch die Antragstellung verkörpert sich auch kein direkter Missbrauch (vgl. Ziff. 3.7).

4.

Ausgehend vom Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der gesuchsgegenständlichen Marke sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Bei den Dienstleistungen der Klasse 35 handelt es sich vor allem um solche aus dem Bereich Werbung und Vertrieb. Diese Dienstleistungen richten sich an ein breites, typischerweise geschäftlich interessiertes Publikum (vgl. Urteile des BVGer B-6432/2019 vom 13. Juli 2021 E. 3 "GIARDINO/giardino [fig.]" und B-6761/2017 vom 5. Juni 2019 E. 3.2 "Qnectiv und Qnetive [fig.]"). Die in Klasse 41 beanspruchten Unterhaltungs-, Publikations- und Ausstellungsdienstleistungen werden von einem breiten Publikum mit einer gewissen Regelmässigkeit und daher mit normaler Aufmerksamkeit wahrgenommen (vgl. Urteile des BVGer B-970/2019 vom 11. Februar 2020 E. 4.2 "clever fit [fig.]/CLEVERFIT [fig.]" und B-6173/2018 vom 30. April 2019 E. 4.2 "World Economic Forum [fig.]/Zurich Economic Forum [fig.]").

5.

Die Beschwerdeführerin ist weiterhin der Ansicht, sie habe ihre Marke rechtserhaltend gebraucht. Der Beschwerdegegner hat vor der Vorinstanz eine Benutzungsrecherche eingereicht, gemäss welcher kein Gebrauch der angefochtenen Marke für die Dienstleistungen in Klasse 35 erfolgt ist. Auch für die Dienstleistungen der Klasse 41 sei die angefochtene Marke nicht glaubhaft rechtserhaltend gebraucht worden. Die Vorinstanz verneint nach einer Auseinandersetzung mit den eingereichten Belegen den rechtserhaltenden Gebrauch für beide Klassen.

5.1 Die Beschwerdeführerin hat bei der Vorinstanz die folgenden Beilagen ins Recht gelegt, um den Gebrauch ihrer Marke glaubhaft zu machen:

- Auszug aus der Webseite <https://business-monitor.ch> vom 18.2.2020 (Beilage 3)
- Auszug aus der Webseite www.visartis.com, undatiert (Beilage 4)
- Auszug aus der Webseite www.visartis.swiss, undatiert (Beilage 5)
- Auszug aus der Webseite www.visartis-health.ch, undatiert (Beilage 6)
- Auszug aus der Webseite www.visartis.ch, undatiert (Beilage 7)
- Auszug aus der Webseite www.visartis.swiss, undatiert (Beilage 8)
- Auszug aus der Webseite www.inwx.de vom 20.2.2020 (Beilage 9)
- Auszug der Webseite www.kuenstlergasse.ch, erstellt mit der Internet Waybackmaschine betreffend den Zeitraum vom 4.8.2018 bis 6.5.2019 (Beilage 10)
- Auszug der Webseite www.triphobo.com vom 18.12.2019 (Beilage 11)
- Auszug aus der Webseite www.webwiki.ch vom 18.12.2019 (Beilage 12)

- Auszug aus der <http://visart.gallery.edymak.com>, Datum unlesbar (Beilage 13)
- Auszug aus der Webseite <http://visart.ch> erstellt mit der Internet Waybackmaschine betr. Die Jahre 2017 bis 2019 (Beilage 14)
- Auszug aus der Webseite <http://visart.ch>, erstellt mit der Internet Waybackmaschine betr. Den 18.9.2018 (Beilage 15)
- Auszug aus Google-Suche betr. <http://visartis.gallery.edymak.com> vom 20.02.20 (Beilage 16)
- Auszug aus Google-Suche betr. webmedia visartis vom 18.12.2019 (Beilage 17)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis galerie vom 18.12.2019 (Beilage 18)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis galerie vom 18.12.2019 (Beilage 19)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis galerie vom 18.12.2019 (Beilage 20)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis rotkreuz vom 18.12.2019 (Beilage 21)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis gallery vom 18.12.2019 (Beilage 22)
- Auszug aus Google-Suche betr. gemeinde risch visartis vom 18.12.2019 (Beilage 23)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis visart vom 18.12.2019 (Beilage 24)
- Auszug aus Google-Suche betr. rotkreuz visartis vom 18.12.2019 (Beilage 25)
- Auszug aus Google-Suche betr. visartis vom 26.10.2018 (Beilage 26)
- Auszug aus der Webseite www.visartis.ch vom 28.1.2020 (Beilage 27)
- Zwei Unterlagen betreffend Kunstdrucke VISARTiS, undatiert (Beilage 28 und 29)
- Auszug aus der Webseite <https://crystallus.jimdofree.com>, undatiert (Beilage 30)
- Bilder der CD Strahle mehr und heile dich selbst, 2015 © VISARTiS © (Beilage 31)
- Auszug aus der Webseite <https://crystallus.jimdofree.com>, undatiert (Beilage 32)
- Karte "Erlebe die Schönheit und die Kraft der Natur", undatiert (Beilage 33)
- Kunstdruck "Breite deine Flügel aus und glaube an die Kraft in dir", undatiert (Beilage 34)
- Kunstdruck "Lebensflug", undatiert (Beilage 35)
- Bild "Wunder wachsen aus dem Boden der Liebe", undatiert (Beilage 36)
- Zusammenstellung Kunstkarten von Koni Imhof, 10.2016 (Beilage 37)
- Zusammenstellung Kunstkarten von Koni Imhof und Katharina Stocklin, 04.2016 (Beilage 38)
- Bilder der CD "The Art of Guggo Celli", undatiert (Beilage 39)
- Kunstdruck "erfreue dich, heute ist sonnentag", undatiert (Beilage 40)
- Kunstdruck "Kommunikation", undatiert (Beilage 41)
- Kunstdruck "Lebe federleicht", undatiert (Beilage 42)
- Kunstdruck "Lebe die Farben des Lichts, undatiert (Beilage 43)

- Kunstdruck "Wachstum zur Perle", undatiert (Beilage 44)
- Kunstdruck "Lebensbaum", 2015 (Beilage 45)
- Kunstdruck "Der Weg", 2015 (Beilage 46)
- Kunstdruck "Ave Maria", undatiert (Beilage 47)
- Kunstdruck "Himmel und Erde", undatiert (Beilage 48)
- Ausschnitt aus Bild "Erwache, erblühe und freue dich am Moment", undatiert (Beilage 49)
- Bild "Schöpfungszeit", undatiert (Beilage 50)
- Bild "Lichtstrahl des Engels", undatiert (Beilage 51)
- Karte "Frieden", undatiert (Beilage 52)
- Karte "aus der Stille geboren", undatiert (Beilage 53)
- Karte "im Lichtstrahl des Engels", undatiert (Beilage 54)
- Kunstdruck "Klangfarbe der Worte ich habe Dich lieb", undatiert (Beilage 55)
- Auszug aus Google-Suche betr. fantasy world james christensen, 20.2.2020 (Beilage 56)
- Auszug aus der Webseite <http://fantasy.ch>, modifiziert am 12.4.2017 (Beilage 57)
- Plakat oder Auszug einer Webseite "Fantasy World", Sonderausstellung ab 19. Mai 2017 (Beilage 58)
- Auszüge aus der Webseite www.fantasy.ch/james-christensen, undatiert (Beilage 59)
- Werbung für Fantasy Karten, undatiert (Beilage 60)
- Auszug aus der Webseite www.imf-healthcare.ch, 20.2.2020 mit Verweis auf Visartis Schriftenreihe und Bulletin 2013 (Beilage 61)
- Auszug aus Visartis Bulletin, nicht datiert (Beilage 62)
- Auszug aus Webseite www.visartis.ch, 20.2.2020 (Beilage 63)
- Auszug aus Webseite www.visartis.ch, 20.2.2020 (Beilage 64)
- Auszug aus Webseite www.visartis.ch, Meditatives Malen, 20.2.2020 (Beilage 65)
- Auszug aus Webseite www.visartis.ch, Karten-Kunstdrucke, 20.2.2020 (Beilage 66)
- Auszug aus Webseite www.visartis.ch, 20.2.2020 (Beilage 67)
- Anmeldetalon Sonderseminar Leitbahnergetik vom 23.-25.10.2015 (Beilage 68)
- Auszug aus Webseite www.visartis-shop.ch, 20.2.2020 (Beilage 76)
- Auszug aus Webseite www.visartis-shop.ch, Datum unlesbar (Beilage 77)
- Auszug aus Webseite www.visartis-shop.ch betr. Fotografie und Digital Art vom 20.2.2020 (Beilage 78)

5.2 Im Beschwerdeverfahren legte die Beschwerdeführerin folgende neue Beweismittel ins Recht:

- Internetpublikation vom 15. August 2018 (Beschwerdebeilage 3)
- Visartis Gallery / Switzerland: www.visartis.marketing, 15.3.2019 (Beschwerdebeilage 7)
- Website Info für VISARTIS / visartis.marketing, 15.3.2019 (Beschwerdebeilage 8)
- IMF-Healthcare, www.visartis.consulting, 15.3.2019 (Beschwerdebeilage 9)
- Website Info für VISARTIS / visartis.consulting, undatiert (Beschwerdebeilage 10)
- Visartis Gallery / Switzerland: visartis-shop.ch, 13.3.2019 (Beschwerdebeilage 11)
- Shop – Visartis Gallery / Switzerland, www.visartis.ch und Visartis Gallery – Impressum, www.visartis.ch, 13.3.2019 (Beschwerdebeilage 12)
- Visartis Health und VISARTIS, Publikationen, Vorträge und Ateliers visartis-health.ch, 15.3.2019 (Beschwerdebeilage 13)
- VISARTIS-Health, Angebote zur Gesundheitsvorsorge, visartis-health.ch, 15.3.2019 (Beschwerdebeilage 14)
- Titelseite VISARTIS Gallery, 13.7.2017 (Beschwerdebeilage 16)
- VISARTIS, ergänzt mit zusätzlichen Elementen 2013 (Beschwerdebeilage 17)
- Festhaltung des Zeichens VISARTIS auf (????) (Beschwerdebeilage 18)
- Internet-Publikation, www.visartis.ch, 22.5.2019 (Beschwerdebeilage 19)
- Internet-Publikation, www.visartis.ch, 16.8.2018 (Beschwerdebeilage 20)
- Vergrößerung der Publikation www.visartis.com, 16.8.2018 (Beschwerdebeilage 21)
- Internetpublikation in www.imf-healthcare, für Seminar 23. – 25.10.2015 (Beschwerdebeilage 28)
- Werbeblatt: VISARTIS-Health Seminarien, 23. – 25.10.2015 (Beschwerdebeilage 29)
- Werbung für Meditatives- und intuitives Malen, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 30)
- Bewerbung von Healthcare Angeboten, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 31)
- Präsentation und Bewerbung: Malerien, etc. div. Künstler, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 32)
- Präsentation und Bewerbung: Fotografien, div. Künstler, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 33)
- Hinweis auf laufende Ausstellungen in VISARTIS Gallery, Rotkreuz, 25.10.2016 (Beschwerdebeilage 34)
- Hinweis auf laufendes "Offenes Atelier" in VISARTIS Gallery, Rotkreuz, 25.10.2016 (Beschwerdebeilage 35)

- Text zu Visartis Malen & Gestalten, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 36)
- VISARTIS "Texte & Impressionen" 6.8.2018 bis heute (Beschwerdebeilage 37)
- VISARTIS Foyer, Internet-Publikation www.visartis.com, 8.8.2016 (Beschwerdebeilage 38)
- VISARTIS Dienstleistungen, www.visartis.ch, 15.8.2018 (Beschwerdebeilage 39)
- VISARTIS-Health – Publikation Chinesische Medizin, www.visartis-health.ch, 12.8.2018 (Beschwerdebeilage 43)
- VISARTIS Health – Publikation Diätetik, www.visartis-health.ch, 12.8.2018 (Beschwerdebeilage 44)
- VISARTIS Health – Komplementärmedizin, 12.8.2018 (Beschwerdebeilage 45)
- Village VISARTIS, Räume für Kunst und Gestaltung: Bilder Skulpturen Schachfiguren, Workshops, Kunstkarten, Fine Art Prints www.visartis.swiss (Beschwerdebeilage 46)
- IMF-Healthcare Publikationen, VISARTIS-Bulletins: www.imf-healthcare.ch, 26.9.2017 (Beschwerdebeilage 47)
- IMF-Healthcare Publikationen, VISARTIS-Bulletins: www.imf-healthcare.ch, 23.1.2021 (Beschwerdebeilage 48)
- Beleg für 168 "Downloads" (Kopien) der VISARTIS-Schriften im Dezember 2020 (Beschwerdebeilage 49)
- Beleg für 44'752 Besucher von www.visartis.ch Jan-Okt. 2019 (Beschwerdebeilage 50)
- Beleg für den Besuch von 20'328 Seiten www.visartis.ch im Oktober 2019 (Beschwerdebeilage 51)
- Google Suchresultate für visartis-shop.ch vom 13.3.2019 (Beschwerdebeilage 52)
- VISARTIS Gallery, Shopping in Village Visartis, www.visartis-shop.ch, 9.5.2019 (Beschwerdebeilage 53)

5.3 Vorliegend müssen die Beweismittel vor dem 13. November 2019 datieren bzw. ohne weiteres diesem Beurteilungszeitraum zugeordnet werden können (vgl. E. 3.5). Sämtliche undatierte Belege und solche, die nicht in den fraglichen Zeitraum fallen, sind für die Beurteilung des glaubhaft zu machenden Gebrauchs ohne Beweiskraft. Vorliegend fallen nur die Beilagen 10, 14-15, 26, 31, 37-38, 45-46, 57-58, 61 und 68 sowie die Beschwerdebeilagen 3, 8-9, 11-14, 16-17, 19-21, 28-39, 43-45, 47, 50-53 in den relevanten Zeitraum.

5.4 Bei einigen eingereichten Belegen handelt es sich um Auszüge aus Webseiten oder Trefferlisten von Internetsuchmaschinen. So dokumentiert die Beilage 26 eine Google-Recherche mit dem Suchbegriff "visartis" und die Beschwerdebeilagen 13 und 52 eine solche mit dem Suchbegriff "visartis-shop.ch" bzw. "visartis-health.ch". Die Treffer wurden allerdings nicht auf die Schweiz eingegrenzt und zeigen als Suchergebnisse lediglich die eigene Webseite der Beschwerdeführerin mit Links zu verschiedenen Unterseiten der Webseite. Auch bei den Beilagen 10, 14, 15, 57 und 58 sowie den Beschwerdebeilagen 3, 7-9, 11, 12, 16, 17, 19-21, 30-39 und 53 handelt es sich lediglich um Ausdrucke von Webseiten. Für den Gebrauch in der Schweiz durch die Beschwerdeführerin für die strittigen Dienstleistungen haben diese Beilagen keinen Beweisgehalt, denn es gelingt ihr auch hier nicht, einen ausreichenden Zusammenhang zwischen der Marke und den angefochtenen Dienstleistungen glaubhaft zu machen. Der blosse Zeichengebrauch im Rahmen eines Domainnamens genügt nicht, um einen rechtserhaltenden Gebrauch glaubhaft zu machen. Die Beschwerdebeilagen 50 und 51 zeigen zwar, dass die Webseite www.visartis.ch im Zeitraum von Januar bis Oktober 2019 44'752 Besucher hatte, wobei allerdings unklar bleibt, wieviele Zugriffe aus der Schweiz und durch die massgeblichen Adressaten erfolgten und diese Angabe somit auch zu unspezifisch ist.

5.5 Die Beilage 61 und 68 sowie die Beschwerdebeilagen 14, 28-29, 31, 43-45 und 47 zeigen Angebote im Gesundheitsbereich. Das Wort "VISARTIS" wird hier zur figurativen Gestaltung für verschiedene Angebote zur Gesundheitsförderung verwendet. Bei diesen Belegen fehlt einerseits der Bezug zu den massgeblichen Werbe-, Handels-, Beratungs-, Publikations- und Ausstellungsdienstleistungen der Klassen 35 und 41 und andererseits werden weder Teilnehmerzahlen der Seminare belegt, noch Umsatzzahlen zu diesen Veranstaltungen ins Recht gelegt. Der blosse Gebrauch des Wortes "Visartis" reicht mitnichten aus, um den Gebrauch für die Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 glaubhaft zu machen.

5.6 Das Angebot von Kunstdrucken und Kunstkarten (Beilage 37-38 und 45-46) zeigt zwar durchaus einen gewissen Vertriebswillen von Kunstgegenständen, der unter Umständen als Gebrauch der Dienstleistungen "Detailhandel mit Kunstwerken" (Kl. 35) gelten könnte. Die Beschwerdeführerin versäumt aber, Verkaufszahlen und Einnahmen aus etwaigen Verkäufen hierzu aufzuschlüsseln. Gleiches gilt für die CD in Beilage 31, die für das vorliegende Verfahren ebenfalls keinerlei Aussagekraft hat, da es auch

hier einerseits am konkreten Kontext zu den fraglichen Waren und Dienstleistungen mangelt und andererseits die Verbreitung und Abnehmerschaft des Produkts unklar sind.

5.7 Inwiefern das Vorhandensein einer sogenannten "Ur-Datei" für das vorliegende Verfahren von Relevanz sein soll, ist nicht ersichtlich.

5.8 Im Ergebnis ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, den ernsthaften Gebrauch des Zeichens Visartis in Verbindung mit den angefochtenen Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 glaubhaft zu machen. So ist insbesondere auch quantitativ keine ausreichende Marktbearbeitung erkennbar, die allenfalls z.B. durch Umsatzzahlen aus Verkäufen, Teilnehmerzahlen an Seminaren o.ä. hätte demonstriert werden können. Wichtige Gründe für den Nichtgebrauch hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Die Vorinstanz hat die teilweise Löschung der Marke Visartis im Ergebnis zu Recht gutgeheissen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Beschwerdegegner. Die Kosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Streitigkeiten betreffend Lösungsverfahren von Marken sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwerts hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen 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 total mit Fr. 4'500.– zu beziffern (vgl. Urteile des B-2597/2020 vom 26. August 2021 E. 13.1.2 "U Universal Geneve [fig.]/Universal Geneve" und B-2627/2019 vom 23. März 2020 E. 8.1 "Sherlock/Sherlock's). und dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe geleistetem Kostenvorschuss zu entnehmen.

7.

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Antrag eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Mangels eingereicherter Kostennote ist der notwendige Aufwand aufgrund der Akten festzusetzen. Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist die Parteientschädigung vorliegend bei einmaligem Schriftenwechsel auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 4'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Dem Beschwerdegegner wird eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'500.– zu Lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 101087; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Katherina Schwendener

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 Händen 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: 6. Januar 2022