



Urteil vom 26. April 2017

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

Parteien

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

gegen

**Institut für Medizinische Fortbildung
IMForganisation AG,**
Birkenmatte 8, 6343 Rotkreuz,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Berichtigung der Marke CH 488'467 VISARTIS.

Sachverhalt:

A.

Ereignisse der Jahre 2001-2003

Am 1. Oktober 2001 wurde die Schweizer Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“, angemeldet durch die ehemalige Markeninhaberin Visuelle Gestaltung Visart GmbH (nachfolgend: Visart GmbH), im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 189 veröffentlicht und unter anderem für folgende Waren beansprucht:

Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, kosmetische Ziermotive (Klasse 3).

Am 28. Dezember 2001 erhob die Inhaberin der Schweizer Marke Nr. 454 315 „VIATRIS“ hiergegen Widerspruch bei der Vorinstanz.

In den Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 30. April 2003 hiess die Vorinstanz den Widerspruch bezüglich Klasse 3 gut und widerrief den Eintrag von „VISARTIS“ für die oben erwähnten Waren.

Am 30. Mai 2003 schrieb RA Marius Brem in Vertretung von RA Michael Siegrist im Namen der Visart GmbH an die Vorinstanz und informierte diese darüber, dass die Parteien inzwischen Verhandlungen geführt hätten. Sie seien sich darin einig geworden, dass das Warenverzeichnis der Klasse 3 auf „kosmetische Ziermotive“ zu beschränken sei. Entsprechend wurde die Vorinstanz ersucht, für die Marke „VISARTIS“ im Warenverzeichnis der Klasse 3 nur die „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ zu streichen.

Beinahe zeitgleich, am 2. Juni 2003, erhob RA Siegrist für die Visart GmbH Beschwerde an die ehemalige Rekurskommission für Geistiges Eigentum (nachfolgend: Rekurskommission) und verlangte, die Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 30. April 2003 der Vorinstanz seien insofern aufzuheben, als die Verwendung der Marke „VISARTIS“ für „kosmetische Ziermotive“ in der Klasse 3 zu gestatten sei. Zudem wies die Visart GmbH in der Beschwerdeschrift auf die erfolgte Einigung zwischen ihr und der Inhaberin der Marke Nr. 454 315 „VIATRIS“ hin und stellte zugleich einen Sistierungsantrag. Der Beschwerde beigelegt war die entsprechende anwaltliche Korrespondenz, welche die Eckwerte der Vereinbarung enthielt. Die Anwaltsvollmacht lag der Beschwerde nicht bei. Es wurde eine Nachreichung aber in Aussicht gestellt. Aus den damaligen Verfahrensakten ist jedoch keine

Korrespondenz ersichtlich, die auf eine solche Nachreichung der Vollmacht hinweist.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2003 zog der Vertreter der Widerspruchsmarke „VIATRIS“ den Widerspruch bei der Vorinstanz mit Hinweis auf die erfolgte Vereinbarung zurück; eine Kopie dieses Schreibens erhielt auch die Rekurskommission.

Mit Schreiben vom 3. Juli 2003 sendete die Visart GmbH die zwischen den Parteien abgeschlossene Vereinbarung an die Vorinstanz und ersuchte sie, die Markeneintragung „VISARTIS“ in Klasse 3 lediglich für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ zu widerrufen. Wiederum erhielt auch die Rekurskommission eine Kopie dieses Schreibens.

Am 28. Juli 2003 erfolgte aufgrund des Rückzugs des Widerspruchs der Abschreibungsbeschluss der Rekurskommission (Verfahren MA-WI 23/03) und die Verfügung der Vorinstanz vom 30. April 2003 wurde aufgehoben soweit sie Gegenstand der Beschwerde war.

Die Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ blieb in der Folge nicht nur für „kosmetische Ziermotive“, sondern auch für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ der Klasse 3 eingetragen.

B.

Ereignisse seit 2013

In der Zwischenzeit war die Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ von der Visart GmbH an die Beschwerdegegnerin dieses Verfahrens übertragen worden.

Am 28. November 2013 wurde die Eintragung der Schweizer Marke Nr. 651 630 „VISARTIS“, deren Inhaber der Beschwerdeführer dieses Verfahrens ist, in Swissreg veröffentlicht. Sie ist für bestimmte Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 10 und 44 eingetragen.

Hiergegen erhob die Beschwerdegegnerin, also die neue Inhaberin der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“, Widerspruch. Dieser wurde am 12. September 2014 teilweise gutgeheissen. Gegen diesen Entscheid der Vorinstanz erhob die Beschwerdegegnerin am 23. Oktober 2014 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6154/2014). Gleichzeitig reichte sie einen Sistierungsantrag ein, da die Angelegenheit allenfalls auch vergleichsweise geregelt werden könne. Der Sistierungsantrag wurde mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 gutgeheissen.

Am 21. November 2014 reichte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren B-6154/2014 ein Gesuch um Berichtigung der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ ein. Die Marke könne aufgrund der unter Erwägung A. geschilderten Ereignisse keinen Schutz für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ der Klasse 3 beanspruchen.

Mit Verfügung vom 24. November 2014 gab die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zum Berichtigungsgesuch Stellung zu nehmen. Im Übrigen wies die Vorinstanz in ihrer rechtlichen Würdigung unter Verweis auf Art. 32 Abs. 2 der Verordnung über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 23. Dezember 1992 (MSchV; SR 232.111) darauf hin, dass die beantragte Berichtigung von Amtes wegen vorgenommen werden könne, da die beanstandete Nichtvornahme der Teillöschung auf einem Versehen der Vorinstanz beruhe.

C.

In der Folge wurde das Berichtigungsgesuch von der Vorinstanz nach durchgeführtem Schriftenwechsel – in dem sich die Beschwerdegegnerin explizit gegen die Teillöschung ausgesprochen hat – mit Verfügung vom 31. August 2015 abgewiesen.

Ihre abweisende Verfügung begründete die Vorinstanz wie folgt: Der Löschungsantrag aus dem Jahre 2003 leide insbesondere an einem formellen Mangel, da das Vertretungsverhältnis offenbar auf die Vertretung der Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren beschränkt gewesen sei. Im Markenregister sei nämlich für die Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ nie ein Vertreter erfasst worden und auch im damaligen Widerspruchsverfahren habe sich die Markeninhaberin nicht vertreten lassen, gleich wie auch für die teilweise Löschung der Marke nie eine Vollmacht eingereicht worden sei; in der Folge habe die Vorinstanz es sodann versäumt, auf den formellen Mangel der fehlenden Vollmacht hinzuweisen resp. diese einzufordern. Nach dem Abschreibungsbeschluss der Rekurskommission vom 28. Juli 2003 sei die beantragte teilweise Löschung von der Vorinstanz nicht vorgenommen und zudem von den Parteien auch nicht weiterverfolgt worden. Gemäss den Richtlinien der Vorinstanz müsse ein Mandat, das erst nach Eintragung des Schutzrechts erteilt worden sei, immer mittels Vollmacht nachgewiesen werden. Gemäss der Praxis im Anschluss an die Verordnungsrevision aus dem Jahre 2002 verlange die Vorinstanz gerade bei Handlungen, welche den Bestand oder die Nutzung des Markenrechts beeinflussen, immer eine schriftliche Vollmacht.

Des Weiteren stützte die Vorinstanz ihren ablehnenden Entscheid darauf ab, dass es sich bei der unter Erwägung A. geschilderten Vereinbarung um eine Parteivereinbarung und ein rein obligatorisches Rechtsgeschäft und nicht um einen gerichtlichen Vergleich handle. Das Widerspruchsverfahren sei damals nicht aufgrund eines gerichtlich genehmigten Vergleichs, sondern einzig aufgrund des entsprechenden Rückzugs des Widerspruchs infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden.

Insgesamt könne mangels Vorliegens einer entsprechenden Vertretervollmacht die Nichtvornahme der teilweisen Löschung nicht als fehlerhaft bezeichnet und daher von der Vorinstanz auch nicht gestützt auf Art. 32 Abs. 1 MSchV von Amtes wegen berichtigt werden. Hieran vermöge der Umstand, dass die Vorinstanz die Markeninhaberin mittels schriftlicher Beanstandung hätte auf den Mangel hinweisen und eine Vollmacht einfordern sollen, nichts zu ändern, zumal seither weder die Markeninhaberin noch die damalige Gegenpartei im Widerspruchs- resp. Beschwerdeverfahren ein Interesse an einer Aufrechterhaltung des Gesuchs bekundet hätten.

D.

Hiergegen erhob der Beschwerdeführer, der Inhaber der Marke Nr. 651 630 „VISARTIS“, am 11. September 2015 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit folgendem Antrag:

„Die Verfügung des IGE vom 31. August 2015 sei aufzuheben und das IGE sei anzuweisen, die CH-Marke 488467 „VISARTIS“ in Klasse 3 für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ zu löschen.“

Zunächst ist der Beschwerdeführer der Auffassung, dass sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer Verfügung vom 24. November 2014 in ihrer rechtlichen Würdigung klar dahingehend geäußert habe, dass die Berichtigungsvoraussetzungen erfüllt seien und dass sie aber in ihrer abschliessenden Verfügung diese Rechtsauffassung nicht bestätigt habe.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers habe die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung Art. 32 Abs. 2 MSchV nicht richtig angewendet. Die Vorinstanz verweigere die Berichtigung alleine deshalb, weil die Nichtvornahme der Teillöschung nicht fehlerhaft gewesen sei, nachdem der Antragsteller bei Einreichung des Antrags keine Vollmacht nachgewiesen habe. Gleichzeitig räume die Vorinstanz ein, dass sie es versäumt habe, den Antragsteller auf die fehlende Vollmacht hinzuweisen.

Der Beschwerdeführer betont in der Folge, dass das Gesetz bzw. die Verordnung ausdrücklich festhalte, dass die Vorinstanz eine schriftliche Vollmacht verlangen *könne*. Überdies vertritt der Beschwerdeführer mit Hinweis auf die Praxis dieses Gerichts die Ansicht, dass Praxis und Richtlinien zwar verwaltungsweisende Wirkung hätten, ihnen aber keine Gesetzeskraft zukomme und sie weder die Gesuchsteller noch die Gerichte oder die Verwaltung binden würden. Entsprechend bewirke eine Nichtbeachtung einer Richtlinie nicht automatisch die Ungültigkeit der in Verletzung der Richtlinie vorgenommenen Handlung. Im vorliegenden Falle wäre die Umsetzung des Teillöschungsgesuchs zwar in Verletzung der Richtlinie erfolgt, jedoch durchaus rechtsgültig gewesen, da das Gesetz ja ausdrücklich als Kann-Vorschrift ausgestaltet sei. Dies treffe umso mehr zu, als der antragstellende Markenvertreter ja nachgewiesenermassen bereits im Beschwerdeverfahren als solcher aufgetreten sei. Entsprechend habe die Vorinstanz davon ausgehen dürfen, dass der Vertreter auch zu allen für die Umsetzung der im Beschwerdeverfahren abgeschlossenen Vereinbarungen, einschliesslich des Stellens eines Löschungsantrags, ermächtigt gewesen sei.

Darüber hinaus betont der Beschwerdeführer, dass es seitens der Vorinstanz unhaltbar sei, die Nichtumsetzung des Antrags mit einem Formmangel zu begründen und es gleichzeitig zu unterlassen, die fehlende Vollmacht zu beanstanden.

Der Beschwerdeführer geht zudem davon aus, dass die Berichtigung nur deshalb nicht vorgenommen worden sei, weil die Vorinstanz dies versäumt habe. Es könne nicht sein, dass eine Unterlassung einer Instanz durch eine zweite Unterlassung derselben Instanz gerechtfertigt werde. Dies sei überspitzt formalistisch.

Unter diesen Umständen sei die Voraussetzung für eine Berichtigung von Amtes wegen im Sinne von Art. 32 Abs. 2 MSchV erfüllt.

E.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2015 betont die Beschwerdegegnerin, dass weder sie noch der Beschwerdeführer mit den Parteien der im Jahre 2003 angeblich nicht erfolgten Registeränderung identisch seien. Sie wirft dem Beschwerdeführer rechtsmissbräuchliches Verhalten vor und hält dafür, dass es einzig den damaligen Parteien obliege, über Aus- und Durchführung von damals anscheinend getroffenen Vereinbarungen zu befinden. Ohnehin seien die Ansprüche aus der damaligen Vereinbarung

längst verjährt und die damaligen Parteien hätten kein Interesse mehr bekundet, eine Registeränderung überhaupt noch durchführen zu wollen.

Weiter stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, die damalige Markeninhaberin, die Visart GmbH, habe nie jemand bevollmächtigt, eine solche Markenänderung vorzunehmen, und legt hierzu eine Stellungnahme derselben ins Recht. Die Visart GmbH führt darin aus, das Schreiben von RA Brem vom 30. Mai 2003 sei in den Akten nicht auffindbar und ihr erst durch die Eingabe des Beschwerdeführers zur Kenntnis gebracht worden. Weder sei der Visart GmbH RA Brem bekannt noch fänden sich in den Unterlagen Rechnungen, Vergütungen oder ähnliches an diesen.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. November 2015 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. In Ergänzung zur Begründung in der angefochtenen Verfügung ist sie der Ansicht, das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer Verfügung vom 24. November 2014 klar dahingehend geäußert haben soll, dass die Berichtigungsvoraussetzungen erfüllt seien, erscheine unzutreffend. Bei der besagten Verfügung handle es sich lediglich um eine Zwischenverfügung und nicht um einen Sachentscheid. Es sei lediglich das rechtliche Gehör gewährt und noch keinerlei rechtliche Würdigung des Antrags vorgenommen worden.

Daneben schliesst die Vorinstanz aufgrund der ihrer Ansicht nach aus den Akten ersichtlichen Umstände darauf, dass die Vollmacht des Rechtsvertreters, welcher im Jahre 2003 das Registeränderungsgesuch gestellt habe, sich auf das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission beschränkt habe. Die Vorinstanz widerspricht erneut der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach sich die Vollmacht auch auf das Gesuch bezogen haben müsse. Nach ihrer Ansicht verkenne der Beschwerdeführer, dass es sich bei der damaligen Vereinbarung nicht um eine Prozesshandlung, sondern um ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft der Parteien gehandelt habe. Ferner habe die Rekurskommission gestützt auf Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) jeweils nicht zwingend verlangt, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen.

Die Vorinstanz betont erneut, dass das damalige Beschwerdeverfahren nicht aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs, sondern einzig aufgrund des

Rückzugs des Widerspruchs durch die Gegenpartei zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden sei. Aus der Vereinbarung der damaligen Verfahrensparteien liesse sich nichts zugunsten des Beschwerdeführers ableiten. Nur ein gerichtlich genehmigter Vergleich hätte es der Vorinstanz erlaubt, die teilweise Löschung ohne zusätzlichen Antrag vorzunehmen.

Bei der Berichtigung im Sinne von Art. 32 MSchV handle es sich um die Korrekturmöglichkeit von offensichtlichen Schreib- oder Kanzleifehlern, Verwechslungen und dergleichen. Zudem müsse die Diskrepanz zwischen Eintragung und wirklichem Willen des Hinterlegers oder der Eintragungsbehörde plausibel sein, so dass das Versehen sich ohne weiteres feststellen und berichtigen lasse. Solche Fehler seien zudem ohne zeitliche Verzögerung geltend zu machen. Die Beweiskraft des Markenregisters im Sinne von Art. 9 ZGB wäre zudem gefährdet, wenn die Vorinstanz auf einen vor mehr als 12 Jahren erfolgten Antrag auf teilweise Löschung eintreten würde. Des Weiteren spiele eine Rolle, dass das damalige Gesuch fehlerhaft gewesen und die Marke in der Zwischenzeit übertragen worden sei.

G.

Der Vollständigkeit halber wurde den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 30. Juni 2016 eine Kopie der Verfahrensakten im Verfahren MA-WI 23/03 der Rekurskommission zugestellt, welche dem Bundesverwaltungsgericht vom Bundesarchiv zur Verfügung gestellt wurden.

Auf die genannten wie auch auf die weiteren Argumente der Parteien wird in den untenstehenden Erwägungen eingegangen, soweit sie für den Ausgang dieses Verfahrens von Bedeutung sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Im Gesuch vom 21. November 2014 an die Vorinstanz hielt der Beschwerdeführer fest, er sei infolge Widerspruchsverfahren betreffend die Marken Nr. 488 467 „VISARTIS“ und Nr. 651 630 „VISARTIS“, das zurzeit beim Bundesverwaltungsgericht hängig sei (Verfahren B-6154/2014), legitimiert, die Berichtigung der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ zu verlangen, und er danke für eine entsprechende Prüfung des Antrags. Aufgrund der Begründung in der angefochtenen Verfügung und der im Dispositiv gewählten offenen Formulierung: „Der Berichtigungsantrag wird abgewiesen“, ist nicht auszuschliessen, dass sich die Vorinstanz neben der Beurteilung dieses

Gesuchs auch damit auseinandergesetzt hat, ob die Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ von Amtes wegen, das heisst unabhängig vom Gesuch, zu berichtigen sei. Sodann schliesst auch der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde keinen der beiden möglichen Ansatzpunkte aus, sondern geht davon aus, Anfechtungsobjekt sei die Verfügung der Vorinstanz vom 31. August 2015, mit welcher der Berichtigungsantrag abgewiesen worden sei, und er verlangt letztlich pauschal, die Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ in der Klasse 3 für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ zu löschen.

Den beiden denkbaren Ansatzpunkten des vorinstanzlichen Verfahrens wird vorliegend Rechnung getragen, in dem zunächst die Beschwerde gegen den ablehnenden Entscheid der Vorinstanz betreffend Gesuch vom 21. November 2014 geprüft wird, bevor die Beschwerde hinsichtlich vorinstanzlichem Negativentscheid betreffend Berichtigung der Marke von Amtes wegen beurteilt wird.

2.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGVE 2007/6 E. 1 S. 45).

Der Entscheid der Vorinstanz vom 31. August 2015 stellt betreffend Gesuch des Beschwerdeführers vom 21. November 2014 eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar, wurde dem Beschwerdeführer eröffnet und enthielt eine Rechtsmittelbelehrung. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde in der gesetzlichen Frist und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Soweit sich die Beschwerde gegen die negative Verfügung betreffend Gesuch des Beschwerdeführers vom 21. November 2014 bezieht, ist demnach darauf einzutreten.

3.

Nach ständiger Rechtsprechung prüft das Bundesverwaltungsgericht auch, ob die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf ein Sachurteil vor der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz übersehen, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlte, und hat sie materiell entschieden, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen, mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben ist (BGE 132 V 93 E. 1.2; Urteile des BVGer B-914/2016 vom 9. Februar 2017 E. 2; B-5644/2012 vom 4. November 2014 E. 2.1).

Zu prüfen ist insbesondere, ob der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz zu Recht als Partei zugelassen wurde.

3.1 Im Zusammenhang mit Berichtigungen von Registereintragungen im Markenrecht hält Art. 32 MSchV Folgendes fest:

„Art. 32 Berichtigungen

¹ Fehlerhafte Eintragungen werden auf Antrag des Markeninhabers unverzüglich berichtigt.

² Beruht der Fehler auf einem Versehen des IGE, so erfolgt die Berichtigung von Amtes wegen.“

Der Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 MSchV ist klar und eindeutig: Eine Berichtigung einer fehlerhaften Eintragung verlangen kann nur der Markeninhaber selber. Im vorliegenden Verfahren ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer nicht Inhaber der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ ist, die berichtigt werden soll. Damit fehlt es ihm an der in Art. 32 Abs. 1 MSchV verlangten Grundvoraussetzung, weshalb er gestützt auf diese Bestimmung vor der Vorinstanz nicht als Partei zuzulassen ist.

Damit stellt sich die Frage, ob Nichtinhabern der Marke, also Dritten, wie dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 32 Abs. 2 MSchV eine Parteistellung zuzusprechen ist. Dritte können die Vorinstanz nämlich auf eine Berichtigung, die sie allenfalls gestützt auf Art. 32 Abs. 2 MSchV von Amtes wegen vornehmen muss, aufmerksam machen bzw. eine solche „beantragen“. Ein solcher Antrag stellt allerdings nichts Weiteres als eine Anzeige dar, die, was die Parteistellung im Verfahren betrifft, weitgehend jener von

Art. 71 VwVG entspricht. Eine solche Anzeige verleiht dem Anzeiger grundsätzlich keine Parteirechte und auch der Rechtsweg wird mit ihr nicht geöffnet (vgl. OLIVER ZIBUNG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 71, Rz. 3 ff. und 12 ff.; VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 6, Rz. 59 f.). Demnach ist der Beschwerdeführer auch gestützt auf Art. 32 Abs. 2 MSchV vor der Vorinstanz nicht als Partei zuzulassen.

Zusammenfassend ist dem Beschwerdeführer vor der Vorinstanz auf der Grundlage von Art. 32 MSchV keine Parteistellung zu gewähren.

3.2 Schliesslich könnte man sich fragen, ob sich für den Beschwerdeführer, der als Anzeiger das Verfahren vor der Vorinstanz angestossen hat, eine Parteistellung aus der allgemeinen Regelung von Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG ergibt. Diese zusätzliche Möglichkeit eröffnet das Bundesgericht in bestimmten Konstellationen in seiner Rechtsprechung (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.1 - 2.4; 135 II 172 E. 2.1; 139 II 328 E. 4.5; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 8.4 ff. und A-678/2015 vom 28. Juli 2015 E. 4.1; MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 6, Rz. 59). Dabei bestätigt das Bundesgericht allerdings, dass derjenige, der bei der Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten verlangt, dadurch allein noch keine Parteistellung erwirbt.

3.2.1 Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien im Verwaltungsverfahren Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Zur Beschwerde legitimiert ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren einschliesslich der damit verbundenen Parteipflichten und -rechte. Diese Regelung soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen (vgl. BGE 135 II 72 E. 2.1; MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48, Rz. 9).

In diesem Sinne wird für das Erlangen der Parteistellung für jenen, der bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten fordert, vorausgesetzt, dass er durch die Verfügung oder Handlung der beaufsichtigten Stelle besonders berührt bzw. aufgrund einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stärker als die Allgemeinheit betroffen ist. Um eine Legitimation zu begründen, fordert das Bundesgericht ausserdem ein derart prägendes schutzwürdiges Interesse, d.h. einen aus der Sicht der Rechtspflege gewürdigt ausreichenden Anlass, dass sich die Organe der Verwaltungsrechtspflege mit der Sache zu befassen haben (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 8.5; MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48, Rz. 12). Bezeichnend dabei ist, dass der Anzeiger einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des beanstandeten Entscheides ziehen kann, das heisst seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht u.a. auch im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der bemängelte Entscheid mit sich bringen würde (BGE 139 II 279 E. 2.2).

Ob ein Anzeiger diese Voraussetzungen erfüllt, ist für jedes Rechtsgebiet und in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Populärbeschwerde oder zur blossen Aufsichtsbeschwerde. Der Umstand, dass allenfalls zahlreiche Personen besonders berührt sein können, ist für sich allein jedenfalls kein Grund, einem Anzeiger die Parteistellung abzusprechen. Trotzdem soll der Kreis der Personen mit Parteistellung nicht übermässig weit gezogen werden (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 8.5.1; MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48, Rz. 12).

3.2.2 Der Beschwerdeführer leitet die besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aus dem Umstand ab, dass eine Löschung des fraglichen Eintrags gegebenenfalls Folgen für das beim Bundesverwaltungsgericht hängige Widerspruchsverfahren B-6154/2014 zwischen denselben Parteien haben könnte.

Der Umstand, dass die fragliche Registeränderung Folgen für den Beschwerdeführer zeitigen bzw. für ihn einen praktischen Nutzen aufweisen

könnte, führt jedoch nicht automatisch zu einem besonderen Berührtsein (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Änderung eines Registers bzw. die damit verbundenen Folgen betreffen nämlich grundsätzlich immer jedermann, so auch die Berichtigung eines Eintrags im Markenregister. Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass die Folgen der Streichung der „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ den Beschwerdeführer aufgrund des beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Widerspruchsverfahrens besonders berühren könnte, da er diese Situation durch sein aktives Tun – die Registrierung der Marke – selber im Nachhinein geschaffen hat bzw. diese Situation durch jedermann hätte herbeigeführt werden können.

Die Streitsache in diesem Verfahren ist sodann nicht die Folge der Berichtigung des Markenregisters, sondern die Frage, ob eine Grundlage besteht oder nicht, die zu einer Anpassung des Registers hätte führen sollen, konkret ob die damalige Markeninhaberin im Rahmen der unter Erwägung A. geschilderten Ereignisse eine Teillöschung ihrer Marke Nr. 488 467 „VIS-ARTIS“ für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ der Klasse 3 beantragt hat, welche die Vorinstanz hätte eintragen bzw. mit der im vorliegenden Verfahren angefochtenen Verfügung hätte nachholen müssen. Die möglichen Folgen der Registeränderung sind also von der Grundlage, die gegebenenfalls Anlass zur Anpassung des Markenregisters gab, zu unterscheiden.

Dass der Beschwerdeführer zur allfälligen Grundlage der fraglichen Registeranpassung keine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung hat, ergibt sich alleine schon daraus, dass er am Verfahren im Zusammenhang mit den unter Erwägung A. geschilderten Ereignissen nicht teilgenommen hat bzw. davon in keiner Weise berührt war. Der weitere Zeitablauf lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu: Der Beschwerdeführer war nicht nur an den Ereignissen zwischen 2001 - 2003 nicht beteiligt, sondern er hat auch in den darauf folgenden Jahren nichts unternommen, um die Löschung der „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ weiterzuverfolgen. Nach eigenen Angaben hatte er sogar im Eintragungszeitpunkt seiner Marke Nr. 651 630 „VISARTIS“ und auch im darauf folgenden Widerspruchsverfahren vor der Vorinstanz von der fraglichen Streitsache noch kein Wissen. Dem Beschwerdeführer blieb die Streitsache damit also lange Zeit verborgen bzw. er war von den eingetragenen „Mitteln der Körper- und Schönheitspflege“ viele Jahre gar nicht berührt. Insgesamt besteht somit auch aus Sicht der Rechtspflege kein Anlass, den auf einer Privatvereinbarung beruhenden Antrag auf Anpassung des Registers nachzuholen, nachdem die Parteien dieser Vereinbarung die Streichung der „Mittel zur

Körper- und Schönheitspflege“ weder 2003 noch in den darauffolgenden Jahren weiter verfolgt haben und der Beschwerdeführer seine Marke Nr. 651 630 „VISARTIS“ mit Wissen um das heute gültige Warenverzeichnis der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ angemeldet hat.

3.2.3 Nach dem Gesagten steht der Beschwerdeführer weder in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache noch besteht aus Sicht der Rechtspflege Anlass die Streichung der „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ vorzunehmen, weshalb sich auch aus der allgemeinen Regelung von Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG keine Parteistellung des Beschwerdeführers vor der Vorinstanz ergibt.

3.3 Zusammenfassend ist dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren keine Parteistellung zuzuerkennen. Die Vorinstanz hätte daher auf sein Gesuch nicht eintreten und den Rechtsweg über die Eintretensfrage hinaus nicht öffnen sollen. Soweit die Rügen im Beschwerdeverfahren in Bezug auf das Gesuch über diese prozessuale Frage hinausgehen, sind sie – im Grunde genommen aufgrund der fehlenden Streitgegenstand-Bezogenheit - materiell nicht zu behandeln.

Vor diesem Hintergrund ist die abweisende Verfügung der Vorinstanz vom 31. August 2015 – in der keiner Partei Kosten auferlegt wurden – entsprechend dem Begehren des Beschwerdeführers, wenn auch aus anderen Gründen, als die von ihm vorgebrachten, von Amtes wegen aufzuheben und auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 21. November 2014 nicht einzutreten.

4.

Der zweite Ansatzpunkt der Vorinstanz bestand darin, zu überprüfen, ob eine Berichtigung der Marke Nr. 488 467 „VISARTIS“ von Amtes wegen vorgenommen werden könne. Ihr diesbezüglich im Resultat nachvollziehbar erscheinender Entscheidung, wonach in Streit- und Zweifelsfällen ohne Zustimmung des aktuellen Rechtsinhabers keine Registerkorrekturen von Amtes wegen vorgenommen werden könnten, ist mittels formellem Rechtsmittel allerdings nicht überprüfbar, sondern höchstens an die Aufsichtsstanz weiterziehbar, nachdem – wiederum und wie bereits erwähnt – dem Beschwerdeführer keine Parteistellung zukommt (vgl. E. 3.1 und 3.2).

Soweit sich die Beschwerde auf den vorinstanzlichen Negativentscheid betreffend Berichtigung von Amtes wegen bezieht, ist nach dem Gesagten darauf nicht einzutreten.

5.

Obwohl die angefochtene Verfügung aufzuheben ist, dringt der Beschwerdeführer mit seinem Begehren nicht durch und ist als unterliegend zu betrachten, nachdem auf das Gesuch vom 21. November 2014 nicht einzutreten ist und auf seine Beschwerde im Übrigen nicht eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens werden gestützt auf Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 3 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 2'000.– festgesetzt. Der am 18. September 2015 einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in gleicher Höhe verwendet.

Gemäss Art. 64 VwVG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Gemäss Art. 8 VGKE umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Die Beschwerdegegnerin war nicht vertreten. Hinsichtlich allfälliger notwendigen und verhältnismässig hohen Auslagen macht sie keinerlei Angaben. Eine Parteientschädigung ist daher praxisgemäss nicht zu sprechen.

6.

Gemäss Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 BGG unterliegen öffentlich-rechtliche Entscheide über die Führung des Registers für Marken der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Art. 73 BGG statuiert eine Ausnahme für Entscheide, die im Rahmen des Widerspruchsverfahrens einer Marke getroffen worden sind. Wie aus dem Sachverhalt ersichtlich ist, steht der vorliegende Streit in einem engen Zusammenhang zum Widerspruchsverfahren B-6154/2014 bzw. zum Widerspruchsverfahren MA-WI 23/03 der Rekurskommission. Ausgehend vom Grundsatz der Einheit des Verfahrens erscheint es daher sinnwidrig, im Vergleich zum Hauptverfahren betreffend den Widerspruch die Beschwerde auszuschliessen, hinsichtlich der Registerberichtigung diese aber zuzulassen (so auch das Bundesgericht beispielsweise im Urteil BGE 119 IB 412 E. 2, allerdings im Verhältnis zwischen Disziplinar massnahme und Urteil in der Hauptsache).

Letztlich würde aber nicht das Bundesverwaltungsgericht, sondern das Bundesgericht über die Weiterziehbarkeit dieses Urteils befinden müssen. Insofern steht die am Schluss dieses Entscheides aufgeführte Rechtsmittelbelehrung unter dem Vorbehalt, dass das Bundesgericht eine Beschwerde vorliegend als zulässig erachtet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 31. August 2015 wird, soweit sie das Gesuch des Beschwerdeführers vom 21. November 2014 abweist, von Amtes wegen aufgehoben.

2.

Auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 21. November 2014 wird nicht eingetreten.

3.

Soweit weitergehend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Zur Bezahlung der Verfahrenskosten wird nach Eintritt der Rechtskraft der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verwendet.

5.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 488467; Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

Rechtsmittelbelehrung unter Annahme der Weiterziehbarkeit (vgl. E. 5):

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. April 2017