

# **BVGer B-8448/2015 vom 19. Juli 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-8448\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8448_2015)

FR: TAF B-8448/2015 du 19 juillet 2016

IT: TAF B-8448/2015 del 19 luglio 2016

## **Regeste**

Widerspruchssachen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Widerspruchssachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert, wenn die Vor-aussetzungen gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG kumulativ erfüllt sind (Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Art. 48, Rz. 3). Der Ausschluss der Widerspruchsgegnerin nach Art. 21 Abs. 2 der Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992 (MSchV, SR 232.111) ist nicht mit einem Verlust der Parteistellung gleichzusetzen. Nennt die Beschwerdeführerin innert der dafür angesetzten Frist kein Zustellungsdomizil in der Schweiz, ist sie säumig und infolgedessen in der Ausübung ihrer Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte im vorinstanzlichen Verfahren beschränkt. Als formelle Adressatin der angefochtenen, sie belastenden Verfügung nahm sie gleichwohl am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist daher nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG zur Beschwerde legitimiert. Als Adressatin der angefochtenen Verfügung ist sie zudem materiell besonders beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG), weshalb sie zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Schliesslich hat sie im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ein Zustellungsdomizil gemäss Art. 42 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) benannt (Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-4841/2007 vom 28. August 2008 E. 1 "Herz [fig.]/Herz [fig.>"; B-3050/2011 vom 4. September 2012 E. 2 "Seven [fig.]/Room Seven").

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung nur zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder ihre Gutheissung sofort einen Endentscheid herbeiführen und Aufwand ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 VwVG). Das besondere Rechtsschutzinteresse, das die sofortige Anfechtbarkeit der hier zu beurteilenden Zwischenverfügung begründet, liegt im möglichen Nachteil, der entstände, wenn die Anfechtung der Zwischenverfügung erst zusammen mit der

Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (Urteil des BVGer B-1100/2007 vom 6. Dezember 2007 E.2.2.1). Dabei reicht schon ein schutzwürdiges Interesse aus. Der in Aussicht stehende Nachteil kann sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Das schutzwürdige Interesse kann namentlich wirtschaftlich begründet sein, der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen (VPB 1997 Nr. 60 E. 2a und VPB 1995 Nr. 13 E. 6). Hingegen genügt es nach der Rechtsprechung nicht, wenn die beschwerdeführende Person nur eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens verhindern will (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c). Von einem Nachteil rechtlicher Natur ist dann auszugehen, wenn die Gefahr besteht, dass die Beschwerdeführerin von der angefochtenen Verfügung auch durch einen das Verfahren abschliessenden Entscheid nicht oder nicht vollständig entlastet werden könnte (Uhlmann/Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 46 N. 7; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.45 ff.).

#### **E. 1.4**

Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bildet der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom weiteren Widerspruchsverfahren, mithin eine wesentliche Beschränkung ihrer Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte im vorinstanzlichen Verfahren. Es handelt sich folglich um einen erheblichen Eingriff in ihre Rechtsstellung. Ihre Parteistellung sowie ihre unbestrittene Berechtigung zur Anfechtung eines verfahrensabschliessenden Entscheids vermögen diesen Nachteil nicht vollständig zu beheben. Zwar steht es ihr damit offen, ihre Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte in einem zweitinstanzlichen Verfahren auszuüben, doch könnten diese nicht mehr in das Widerspruchsverfahren vor der Vorinstanz einfließen. Insbesondere könnte die Beschwerdeführerin die Einrede des mangelnden rechtserhaltenden Gebrauchs der 1956 registrierten Widerspruchsmarke nicht mehr geltend machen. Die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG sind damit erfüllt.

#### **E. 1.5**

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

#### **E. 2.1**

Mit Inkrafttreten des Patentanwaltsgesetzes (SR 935.62) am 1. Juli 2011 wurde der in Art. 42 MSchG festgehaltene Vertreterzwang aufgehoben. In Angleichung an die Rechtslage insbesondere im Verwaltungsverfahren (Art. 11b VwVG) haben die an einem Verwaltungsverfahren nach dem MSchG beteiligten ausländischen Parteien nach Art. 42 MSchG seither lediglich ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Botschaft vom 7. Dezember 2007 zum Patentanwaltsgesetz, BBl 2008 407, 434, Ziff. 2.6).

#### **E. 2.2**

Mit Verfügung vom 13. Juni 2014 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin sowohl in Bezug auf das Verfahren betreffend die absoluten Ausschlussgründe als auch in Bezug auf das Widerspruchsverfahren Frist bis zum 13. November 2014 an, um eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen. Dass die Beschwerdeführerin diese Verfügung erhalten und zur Kenntnis genommen hat, stellt sie nicht in Abrede. Die Vorinstanz war somit nach Art. 42 MSchG zur Fristansetzung berechtigt und veranlasst. Die Frist von fünf Monaten ist - auch in Relation zu der dreimonatigen Widerspruchsfrist - nicht unangemessen kurz. Betreffend die relativen Ausschlussgründe machte die Vorinstanz mit Verweis auf Art. 42 MSchG und

Art. 21 Abs. 2 MSchV darauf aufmerksam, dass die Beschwerdeführerin ohne fristgerechte Bezeichnung des Zustellungsdomizils vom Verfahren ausgeschlossen würde. Nicht zu überzeugen vermögen daher die Rügen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, indem diese sie weder zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils aufgefordert oder hierfür eine Frist angesetzt noch auf die Rechtsfolgen gemäss Art 1 Abs. 2 MSchV hingewiesen habe.

### **E. 2.3**

Die mit Verfügung vom 13. Juni 2014 angesetzte Frist zur Bezeichnung einer Zustellungsadresse in der Schweiz lief am 13. November 2014 ab. Es kann daher offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin ihre Zustellungsbevollmächtigte in der Schweiz am 25. November 2015 oder bereits am 12. April 2015 mit Geltung für das Verfahren vor der Vorinstanz benannt hat. In beiden Fällen war die von der Vorinstanz angesetzte Frist bereits abgelaufen. In der mit Beschwerde B-1939/2015 angefochtenen Verfügung vom 23. Februar 2015 betreffend die definitive Schutzverweigerung aus absoluten Ausschlussgründen stellte die Vorinstanz fest, dass die in der provisorischen Schutzverweigerung gesetzte Frist betreffend die absoluten und relativen Ausschlussgründe ungenutzt verstrichen und der Marke deshalb der Schutz, wie mit Verfügung vom 13. Juni 2014 angedroht, definitiv zu verweigern sei. In der Rechtsmittelbelehrung wurde die Beschwerdeführerin einerseits auf die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht hingewiesen, andererseits auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, Weiterbehandlung bei Fristversäumnis gemäss Art. 41 MSchG zu verlangen. Der rechtsanwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin musste klar sein, dass sie - um die unterbliebenen Prozesshandlungen betreffend die relativen sowie die absoluten Ausschlussgründe nachzuholen und den Ausschluss vom Verfahren zu verhindern - gegenüber der Vorinstanz eine Weiterbehandlung hätte verlangen müssen und dass eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht den Fristenlauf eines allfälligen Weiterbehandlungsgesuchs weder unterbrach noch dieses ersetzte. Der Vorinstanz kann nicht vorgeworfen werden, ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen zu sein; zudem obliegt es ihr nicht, Rechtsinhaber im Hinblick auf die Wahrung ihrer Rechte prozessual zu beraten. Vielmehr trifft die Rechtsvertretung die Sorgfaltspflicht, sich über sämtliche prozessualen Möglichkeiten zu informieren und den strategisch vorteilhaftesten Weg zu wählen, zumal die entsprechenden Gesetzesbestimmungen und Voraussetzungen der Gutheissung des Weiterbehandlungsantrags in den Verfügungen der Vorinstanz vom 13. Juni 2014 sowie vom 23. Februar 2015 aufgeführt waren. Die Beschwerdeführerin hat jedoch weder ein ausdrückliches noch ein sinngemäßes Weiterbehandlungsgesuch gestellt, dies selbst dann nicht, als die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren B-1939/2015 mit Vernehmlassung vom 18. Mai 2015 darauf hinwies, das Verfahren in Bezug auf die relativen Ausschlussgründe werde unter Ausschluss der Beschwerdeführerin weitergeführt. Auch aus der - ungenutzt gebliebenen - Möglichkeit einer Weiterbehandlung im Sinne von Art. 41 MSchG lässt sich somit nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) sowie Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) haben die Parteien Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren. Die daraus fliessenden Garantien umfassen namentlich den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien resp. den Grundsatz

der Waffengleichheit sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör.

### **E. 3.1.1**

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien (Art. 29 Abs. 1 BV), auch als Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) bezeichnet, stellt sicher, dass sich alle Parteien mit gleichen Rechten am Verfahren beteiligen und einbringen können, insbesondere im gleichen Umfang über den Gang des Verfahrens unterrichtet werden und gleichen Zugang zu den Akten haben (BGE 133 I 1 E. 5.3.1; Urteil des BVGer B 6540/2012 vom 14. März 2014 E. 4.3; Rhinow/Koller/Kiss/Turnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 306; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 208 ff.).

### **E. 3.1.2**

Der völker- und verfassungsrechtliche Gehörsanspruch (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV) umfasst u.a. das Recht des Einzelnen, sich zu den ihn betreffenden hoheitlichen Anordnungen zu äussern und seinen Standpunkt zu allen relevanten Fragen des Falles vorgängig der Entscheidung wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 133 V 196 E. 1.2; BGE 117 Ia 262 E. 4b). Dieser wesentliche Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör stellt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar (BGE 133 V 196 E. 1.2; BGE 127 I 54 E. 2b; BGE 126 V 130 E. 2b, je mit Hinweisen) und steht den Parteien eines Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens unabhängig von ihrer Berechtigung in der Sache zu. Der Gehörsanspruch verpflichtet die Vorinstanz darüber hinaus, die Vorbringen der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen. Je einschneidender der Verfahrensausgang sich auf die Beteiligten auswirkt, desto intensiver ist dem Gehörsanspruch Rechnung zu tragen (Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 E. 4.4; Kiener/Kälin, a.a.O., S. 498 f.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.84; Müller/Schefer, a.a.O., S. 852).

### **E. 3.2**

Die oben genannten Rechtsansprüche sind nicht absolut geschützt, Einschränkungen sind vor allem zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass prozessuale Massnahmen vereitelt werden, bei zeitlicher Dringlichkeit oder wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen geschützt werden müssen (BGE 133 V 196 E. 1.2; BGE 132 V 368 E. 4.2; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 839; Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 29 BV N. 47; Mayer, in: Karpernstein/Mayer [Hrsg.], EMRK Kommentar, 2015, Art. 6 EMRK Rz. 119). So besteht neben diesen Individualansprüchen die Pflicht des Staates, die Verfahren der Rechtsanwendung insgesamt fair und geordnet auszugestalten und durchzuführen. Zur Wahrung der Integrität des Verfahrens kann es daher geboten sein, die einer Partei zustehenden Verfahrensrechte in ihrem Umfang zu beschränken (Müller/Schäfer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 858 f.). In diesem Sinne werden die aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung, resp. dem Grundsatz der Waffengleichheit und aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Ansprüche durch die Bestimmungen des Prozess- und Verfahrensrechts einerseits konkretisiert, andererseits aber - unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips - zugleich eingeschränkt (Waldmann, a.a.O., Art. 29 BV N. 42). Art. 42 MSchG stellt eine solche spezialgesetzliche Regelung zur Verwirklichung einer fairen und geordneten Rechtspflege dar.

### **E. 3.2.1**

In diesem Sinne können die aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren fließenden, persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren mit den Erfordernissen eines geordneten Verfahrensganges oder der Prozessökonomie kollidieren. Verfahrensstrenge und Verfahrensökonomie führen namentlich dann zu einer Vereitelung des im Gehörsanspruch enthaltenen Äusserungs- und Mitwirkungsrechts, wenn die entsprechenden Verfahrensvorschriften überspitzt formalistisch gehandhabt werden. Mit dem Gehörsanspruch ist aber ohne weiteres vereinbar, dass dem Betroffenen für die Ausübung seines Äusserungsrechts eine bestimmte Frist gesetzt wird. Diese muss lediglich angemessen, d.h. so bemessen sein, dass dem Betroffenen eine gehörige Wahrung seines Äusserungsrechts - gegebenenfalls unter Beizug eines Rechtsvertreters - effektiv möglich ist (BGE 133 V 196 E. 1.2; BGE 86 I 1 E. 2 ff.). Die Vorinstanz setzte mit Verfügung vom 13. Juni 2014 der Beschwerdeführerin eine in diesem Sinne angemessene, fünfmonatige Frist zur Benennung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz. Sie gab ihr damit die Gelegenheit, ihr Äusserungsrecht auszuüben und ihre Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte zu wahren, zudem wies sie auf die Säumnisfolgen nach Art. 21 Abs. 2 MSchV hin. Die Beschwerdegegnerin kam dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach. Sie ist damit säumig. Die Nichtbeteiligung am vorinstanzlichen Verfahren gilt als Verzicht, vom Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch zu machen, und stellt keine Verletzung desselben dar (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.6.5; A-737/2012 vom 5. April 2012 E. 2.3).

### **E. 3.2.2**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar, die aus diesem fließenden Rechte durch verfahrensrechtliche Form- und Fristvorschriften einzuschränken. Insbesondere kann auf diese Rechte ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden (BGE 104 Ia 314 E. 4.c.c). Im Eintritt der für den Fall der Nichtbeteiligung am vorinstanzlichen Verfahren angekündigten, gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge ist daher vorliegend weder die Verletzung des Grundsatzes auf Gleichbehandlung noch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu erkennen. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Nachteile ihrer Untätigkeit zu tragen. Säumnisfolgen werden ihr auch im Interesse der anderen Prozesspartei auferlegt, die ein Recht auf ein zügig durchgeführtes Verfahren hat. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein faires Verfahren ist somit im vorliegenden Fall nicht verletzt worden.

### **E. 4**

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem BVGer vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

### **E. 5**

Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden und wird daher mit Eröffnung rechtskräftig (Art. 73 BGG).