

## Verfügung im Lösungsverfahren Nr. 102960 in Sachen

Nu Science Corporation  
43102 Business Center Parkway  
Lancaster, CA 93535  
US-Vereinigte Staaten von Amerika

### Antragstellende Partei

vertreten durch

E. Blum & Co. AG  
Patent- und Markenanwälte VSP  
Vorderberg 11  
8044 Zürich

### gegen

Xiaofei Zou  
4-2, Unit 6, No.74 Qiantang St.,  
Daowai Dist., Harbin  
CN-China

### Antragsgegnerische Partei

CH-Marke Nr. 704094 - Cellfood ((fig.))



Gestützt auf Art. 35a ff. i.V.m. Art. 12 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG, SR 232.11), Art. 24a ff. der Markenschutzverordnung (MSchV, SR 232.111), Art. 1 ff. der Verordnung des IGE über Gebühren (GebV-IGE, SR 232.148) sowie auf Art. 1 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) hat das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (nachfolgend: Institut)

in Erwägung gezogen:

## I. Sachverhalt und Verfahrensablauf

1. Am 27.10.2022 reichte die antragstellende Partei gegen die Schweizer Eintragung Nr. 704094 - "Cellfood ((fig.))" (nachfolgend angefochtene Marke) einen Löschungsantrag wegen Nichtgebrauchs ein und beantragte deren vollständige Löschung. Die in diesem Verfahren angefochtene Marke Nr. 704094 ist für die folgenden Waren eingetragen:

*Klasse 3: Huiles essentielles; laits démaquillants pour le visage; décapants; masques de beauté; parfums d'ambiance; cosmétiques; dentifrices; savonnettes; shampooings pour animaux de compagnie; mascara; ombres à paupières; rouge à lèvres; ouate à usage cosmétique; lotions capillaires; mousses pour le bain; produits de glaçage pour le blanchissage; lessives; produits de nettoyage; produits pour aiguiser; pots-pourris odorants.*

*Klasse 10: Matériel pour sutures; peau artificielle à usage chirurgical; seins artificiels; yeux artificiels; implants chirurgicaux composés de matériaux artificiels; anneaux pour calmer ou faciliter la dentition; doigts à usage médical; gants pour massages; oreillers contre l'insomnie; coussins à air à usage médical; lasers à usage médical; électrodes à usage médical; instruments électriques pour l'acupuncture; ceintures médicales électriques; appareils à rayons X à usage médical; appareils d'orthodontie; dents artificielles; pivots dentaires; dentiers; miroirs pour dentistes; protège-dents à usage dentaire; appareils et instruments dentaires; appareils dentaires électriques.*

*Klasse 21: Ustensiles cosmétiques; éponges de toilette; houppes à poudrer; brosses à sourcils; blaireaux; vaporisateurs à parfum; porte-blaireaux; spatules à usage cosmétique; appareils pour le démaquillage; appareils pour le démaquillage électriques; appareils pour le démaquillage non électriques; objets d'art en porcelaine, en céramique, en faïence ou en verre; étuis pour peignes; peignes et éponges; cure-dents; nécessaires de toilette; porte-cure-dents.*

2. Mit Verfügung vom 31.10.2022 wurde die antragsgegnerische Partei aufgefordert eine Stellungnahme einzureichen und insbesondere den Gebrauch der angefochtenen Marke oder wichtige Gründe für den Nichtgebrauch glaubhaft zu machen.
3. Mit Schreiben vom 25.11.2022 reichte die antragsgegnerische Partei innert Frist ihre Stellungnahme ein.
4. Mit Verfügung vom 01.12.2022 wurde die antragstellende Partei aufgefordert, eine Replik einzureichen.
5. Mit Schreiben vom 01.12.2022 legte der Vertreter der antragsgegnerischen Partei sein Mandat nieder, woraufhin das Institut die antragsgegnerische Partei einlud, gemäss Art. 42 MSchG innert drei Monaten ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen oder einen in der Schweiz niedergelassenen Vertreter zu benennen.
6. Mit Schreiben vom 01.12.2022 bezeichnete die antragsgegnerische Partei ein Zustellungsdomizil in der Schweiz.
7. Mit Schreiben vom 08.12.2022 replizierte die antragstellende Partei innert Frist.
8. Mit Verfügung vom 14.12.2022 wurde die antragsgegnerische Partei aufgefordert, eine Duplik einzureichen.
9. Mit Schreiben vom 11.01.2023 duplizierte die antragsgegnerische Partei innert Frist.
10. Mit Verfügung vom 26.01.2023 forderte das Institut die antragsgegnerische Partei dazu auf, ihre Stellungnahme sowie die Beilagen in einer schweizerischen Amtssprache einzureichen.
11. Dieser Aufforderung kam die antragsgegnerische Partei mit Schreiben vom 23.02.2023 nach.
12. Mit Verfügung vom 24.02.2023 hat das Institut die Verfahrensinstruktion geschlossen.

13. Auf die einzelnen Ausführungen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid rechtserheblich erscheinen, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## II. Sachentscheidvoraussetzungen

1. Gemäss Art. 35a Abs. 1 MSchG kann jede natürliche oder juristische Person einen Antrag auf Löschung einer Marke wegen Nichtgebrauchs Art. 12 Abs. 1 MSchG stellen. Ein besonderes Interesse muss nicht nachgewiesen werden.
2. Der Löschantrag kann frühestens fünf Jahre nach Ablauf der Widerspruchsfrist oder im Falle eines Widerspruchsverfahrens fünf Jahre nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens gestellt werden (Art. 35a Abs. 2 lit. a und b MSchG).

Gegen die am 04.07.2017 in Swissreg publizierte angefochtene Marke wurde kein Widerspruch erhoben. Die fünfjährige Karenzfrist war somit zum Zeitpunkt der Einreichung des Löschantrags, d.h. am 27.10.2022, abgelaufen (vgl. zur Berechnung der Karenzfrist: Richtlinien in Markensachen des Instituts [Richtlinien], Teil 7, Ziff. 2.4 unter [www.ige.ch](http://www.ige.ch)).

3. Der Löschantrag wurde unter Einhaltung der notwendigen Formvorschriften (Art. 24a lit. a bis e MSchV) eingereicht und die Lösungsgebühr innerhalb der vom Institut angesetzten Frist bezahlt (Art. 35a Abs. 3 MSchG). Auf den Löschantrag ist folglich einzutreten.

## III. Prozessuales

1. Die antragsgegnerische Partei hat mehrere Möglichkeiten, um auf den Löschantrag zu reagieren. Sie kann die Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs ihrer Marke anfechten und/oder den Gebrauch der angefochtenen Marke glaubhaft machen. Ferner hat sie die Möglichkeit, das Bestehen wichtiger Gründe für den Nichtgebrauch glaubhaft zu machen (vgl. Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4. ff.).
2. Ist das Institut der Auffassung, dass der Nichtgebrauch nicht glaubhaft gemacht wurde, weist es den Löschantrag ab, ohne zu prüfen, ob die von der antragsgegnerischen Partei eingereichten Beweismittel den Gebrauch der Marke gemäss Art. 11 MSchG glaubhaft machen oder ob wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen (Art. 35b Abs. 1 lit. a MSchG und Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4.1). Ferner wird nach Art. 35b Abs. 1 lit. b MSchG der Löschantrag abgewiesen, wenn die antragsgegnerische Partei den Gebrauch der Marke oder wichtige Gründe für den Nichtgebrauch glaubhaft macht. Wird der Nichtgebrauch nur für einen Teil der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen glaubhaft gemacht, so wird der Antrag gemäss Art. 35b Abs. 2 MSchG nur für diesen Teil gutgeheissen.

## IV. Materielle Beurteilung

### A. Lösungsgründe wegen Nichtgebrauchs

Nach Art. 35a Abs. 1 MSchG kann eine Marke wegen Nichtgebrauchs im Sinne von Art. 12 Abs. 1 MSchG gelöscht werden. Das Vorliegen wichtiger Gründe für den Nichtgebrauch bleibt vorbehalten (Art. 12 Abs. 1 MSchG). Diese Bestimmung umfasst jede Marke, die nicht nach den Anforderungen von Art. 11 MSchG gebraucht wird (Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4).

### B. Nichtgebrauch der angefochtenen Marke

1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 MSchG kann ein Markeninhaber sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, wenn er die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird,

während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht hat, ausser wenn wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen.

2. Beantragt die antragstellende Partei die Löschung der angefochtenen Marke wegen Nichtgebrauchs nach Art. 35a Abs. 1 MSchG, so hat sie den Nichtgebrauch nach Art. 11 und 12 MSchG glaubhaft zu machen (Art. 24a lit. d MSchV und Richtlinien, Teil 7, Ziff. 2.3). Sie hat geeignete Beweismittel einzureichen (Art. 24a lit. e MSchV und Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4.1). Der direkte Beweis des Nichtgebrauchs als Negativsachverhalt kann in den meisten Fällen nicht erbracht werden. Deshalb stellt das Institut die Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs mittels indirekter Beweise auf der Grundlage eines Indizienbündels fest. Unter diesen Umständen wird die Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs in der Regel nicht auf der Grundlage eines einzigen Beweismittels anerkannt (Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4.1). Als Mittel zur Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs eignen sich gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere Nachforschungsberichte, welche die ergebnislos gebliebene Umfrage bei den massgebenden Lieferanten und Händlern dokumentieren, ferner den relevanten Zeitraum betreffende Werbematerialien, Internetauftritte und sonstige Produkt- und Geschäftsdokumentationen des Markeninhabers oder negative Rechercheergebnisse (BGer 4A\_464/2022, E. 6.1-6.2 – *TRILLIUM* und BGer 4A\_299/2017, E. 4.1 – *ABANKA [fig.] / ABANCA [fig.]*, abrufbar unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch); vgl. auch Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4.1).
3. Im Rahmen des Lösungsverfahrens nach Art. 35a ff. MSchG erfolgt die Würdigung der Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs bzw. des Gebrauchs nach Art. 11 MSchG nach den gleichen Kriterien wie im Widerspruchsverfahren, wenn die widersprechende Partei auf entsprechende Nichtgebrauchseinrede hin den Gebrauch der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen hat (Richtlinien, Teil 7, Ziff. 4.2; siehe bezüglich der Kriterien Teil 6, Ziff. 5.3 ff.).
4. Die Lösungsantragstellerin hat die Firma CompuMark Clarivate mit einer Gebrauchsrecherche beauftragt. Diese Gebrauchsrecherche habe ergeben, dass die antragsgegnerische Partei Mehrheitsaktionärin und Direktorin der chinesischen Firma Z & L Industrial Corporation. Ltd in Shanghai sei. Diese weise nur eine beschränkte Verkaufstätigkeit und keine Werbeanstrengungen in China auf, dies allerdings nicht im Zusammenhang mit der Marke CELLFOOD. Weiter besitze die antragsgegnerische Partei zusätzlich die schweizerischen Markeneintragungen DR.SOS und DR.DNASOS in denselben Warenklassen. Die Angaben aus einem recherchierten Interview mit der Markeninhaberin, in welchem sie von einer Zusammenarbeit mit der Schweizer Firma Naturalps zwecks Entwicklung einer Marke Dr. SOS spricht, hätten in einem Telefongespräch mit der Firma Naturalps schliesslich nicht bestätigt werden können.
5. Zur weiteren Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs der angefochtenen Marke unternahm die Firma CompuMark Clarivate eine Internetrecherche, für die sie die folgenden Quellen konsultierte:
  - Beauty Forum (organiser of trade events for the cosmetics industry, [www.beauty-fairs.ch](http://www.beauty-fairs.ch))
  - Beauty Expo (trade fair for the cosmetics industry, [www.beautyexpo.ch](http://www.beautyexpo.ch))
  - Manor (retailer of cosmetics, cosmetics utensils and essential oils, [www.manor.ch](http://www.manor.ch))
  - Makeup.ch (retailer of cosmetics, [www.makeup.ch](http://www.makeup.ch))
  - Click and Beauty (retailer of cosmetics, [www.clickandbeauty.ch](http://www.clickandbeauty.ch))
  - Marionnaud (retailer of cosmetics, cosmetics utensils and essential oils, [www.marionnaud.ch](http://www.marionnaud.ch))
  - Basler Beauty (retailer of cosmetics, cosmetics utensils and essential oils, [www.basler-beauty.ch](http://www.basler-beauty.ch))
  - Zalando (retailer of cosmetics, body & hair care products, [www.zalando.ch](http://www.zalando.ch))
  - Coop (supermarket chain, [www.coop.ch](http://www.coop.ch))
  - Migros (supermarket chain, [www.migros.ch](http://www.migros.ch))
  - SHK (professional association for the Swiss cosmetics industry, [www.skinfo.ch](http://www.skinfo.ch))
  - SGMK (professional association for the Swiss medical cosmetics industry, [www.sgmverband.ch](http://www.sgmverband.ch))
  - Swiss Medtech (professional association for the Swiss medtech industry, [www.swiss-medtech.ch](http://www.swiss-medtech.ch))
  - Swiss Dental Journal (magazine for the dental industry, [www.swissdentaljournal.ch](http://www.swissdentaljournal.ch))
  - B. Braun (manufacturer of medical, surgical & dental equipment, [www.bbraun.ch](http://www.bbraun.ch))
  - Jahreskongress der Chirurgie (conference for surgeons, [www.chirurgiekongress.ch](http://www.chirurgiekongress.ch))
  - Acumax (supplier of acupuncture equipment, massage tools and cosmetics tools, [www.acumax.ch](http://www.acumax.ch))
  - DocCheck Shop (retailer of acupuncture equipment, electrodes and cosmetics tools, [www.doccheckshop.ch](http://www.doccheckshop.ch))

- Elle (magazine for beauty and wellbeing, [www.ellesuisse.ch](http://www.ellesuisse.ch))
  - Apo24 (online pharmacy, [www.apo24.ch](http://www.apo24.ch))
6. Die Parteien haben im Lösungsverfahren den Nichtgebrauch beziehungsweise den Gebrauch der angefochtenen Marke nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich "glaubhaft" zu machen. Glaubhaft gemacht ist der Nichtgebrauch beziehungsweise Gebrauch, wenn das Institut die entsprechenden Behauptungen überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Das Institut ist dabei bloss zu überzeugen, dass die Marke *wahrscheinlich* nicht gebraucht beziehungsweise gebraucht wird, nicht aber auch, dass die Marke tatsächlich nicht gebraucht beziehungsweise gebraucht wird, weil jede Möglichkeit des Gegenteils vernünftigerweise auszuschliessen ist. Glaubhaftmachen bedeutet, dass dem Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck vermittelt wird, dass die in Frage stehenden Tatsachen nicht bloss möglich, sondern wahrscheinlich sind (Richtlinien, Teil 1, Ziff. 5.4.4.2).
7. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt eine Gebrauchsrecherche durch eine Drittfirma ein geeignetes Mittel zur Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs einer Marke dar; allerdings ist das IGE nicht an das im Bericht dargestellte Ergebnis gebunden und muss es einer eigenen Einschätzung punkto Vollständigkeit unterziehen und selbst die Wahrscheinlichkeit des Nichtgebrauchs prüfen (vgl. BGer 4A\_464/2022, E. 6.1-6.2 – *TRILLIUM*). Vorliegend decken die konsultierten schweizerischen Internetseiten
8. insgesamt 20 verschiedene Quellen und sowohl klassische Kosmetikzwischenhändler und Grossverteiler als auch Lieferanten mit einer eher medizinischen Produktpalette und ein klassisches Frauenmagazin ab. Es handelt sich somit um zahlreiche und vielseitige konsultierte Quellen. Die Tatsache, dass in keiner davon die Marke CELLFOOD auftaucht, ist vorliegend genauso entscheiderelevant wie die Nachforschungen in China und bei der schweizerischen Firma Naturalps. Zusammenfassen lassen sich somit keine Hinweise auf einen Gebrauch der Marke CELLFOOD durch die antragsgegnerische Partei finden, weshalb es als wahrscheinlich erachtet werden darf, dass ein solcher Gebrauch nicht stattgefunden hat.
9. Das Institut erachtet es aufgrund der ins Recht gelegten Belege insgesamt als glaubhaft, dass die angefochtene Marke im hier massgeblichen Zeitraum in der Schweiz nicht zur Bezeichnung der beanspruchten Waren der Klassen 3, 10 und 21 rechtserhaltend gebraucht wurde.
10. Die antragsgegnerische Partei hat somit den Gebrauch ihrer Marke für die letzten fünf Jahre vor Einreichung des Lösungsantrags, d.h. für den Zeitraum zwischen dem 04.07.2012 und dem 04.07.2017, glaubhaft zu machen (vgl. Richtlinien, Teil 6, Ziff. 5.3.2).

### C. Gebrauch der Marke

11. Die antragsgegnerische Partei legte zur Glaubhaftmachung des Gebrauchs der angefochtenen Marke verschiedene Belege ins Recht.
12. Zunächst reicht sie in ihrer Stellungnahme vom 23.11.2022 eine Bestätigung und eine Reihe von Abbildung der Marke CELLFOOD auf Verpackungen und Ampullen ein. Bei der Bestätigung («certificate») handelt es sich, wie die antragstellende Partei richtig bemerkt, um eine reine Parteibehauptung der Inhaberin, die sie selber unterzeichnet hat, und die keinerlei Bezug zur Schweiz aufweist. Anhand der Verpackungsabbildungen lässt sich wiederum kein Vertrieb in der Schweiz feststellen, da sowohl Lieferscheine, Umsatzzahlen oder Verkaufsstellen fehlen.
13. In ihrer Duplik vom 11.01.2023 sprach die antragsgegnerische Partei von verschiedenen Erschwernissen wie dem Ausbruch der Corona-Pandemie, der Schwangerschaft einer Geschäftspartnerin und der Vernichtung der Rohwaren durch einen Geschäftspartner. Zudem reichte sie die folgenden Belege ein:  
Beilage 1: Überweisung von CHF 17'390.36 an Naturalps Sarl in Montreux, 21.1.2019  
Beilage 2: Kurzbeschreibung des Produktionsprozesses des Elixirs  
Beilage 3: Certificat de bonnes Pratiques de Fabrication vom 04.04.2019, Exporter: Naturalps in Montreux, Consignée: Z&L Global Inc in Los Angeles USA  
Beilage 4: Inhaltsliste vom 23.10.2019



Beilage 5: Inhaltsliste vom 03.10.2013

Beilage 6: Fiche de Données de Sécurité (CE) vom 04.04.2019

Beilage 7: Liste d'emballage vom 27.09.2018 mit Elixir Beelift en vrac, an Zhuoli Shanghai, Zhou Xiaofei in Shanghai

Beilage 8: Mailbestätigung, dass die Waren zerstört worden seien

Beilage 9: Facture Proforma vom 13.07.2021 an Zhuoli Shanghai Zhou Xiaofei: CHF 960.00 für Lagerkosten

14. Anhand dieser Belege lassen sich grob zwei Sachverhalte festhalten: 1. es bestand eine Beziehung zwischen der antragsgegnerischen Partei und der Firma Naturalps in Montreux zwecks Lieferung eines Elixirs von Naturalps an die antragsgegnerische Partei und 2. es bestand ein Logo und damit Pläne, wie das Produkt auf dem Markt erscheinen sollte. Es lassen sich aus diesen Belegen hingegen keine konkreten Benutzungsabsichten für die Marke CELLFOOD auf dem schweizerischen Markt ableiten. Allein die Tatsache, dass die antragsgegnerische Partei das Ausgangsmaterial von einer schweizerischen Firma geliefert bekam, genügt hierfür nicht, zumal dieses Material ebenso gut für das Produkt Dr. SOS hätte bestimmt sein können (vgl. IV. B. Ziff. 5 hiervor). Zudem war die Lieferadresse in China, auch wenn die Waren aufgrund irgendwelcher nicht näher erläuterten Schwierigkeiten nie dorthin geliefert wurden, sondern in einem nicht näher lokalisierten Lager blieben. Zudem ist abgesehen von den Verpackungsabbildungen in der Stellungnahme vom 23.11.2022 auf keinem weiteren der Belege 1-9 der Duplik vom 11.01.2023 die Marke CELLFOOD ersichtlich. Schliesslich ist das zu vermarktende Produkt nicht näher spezifiziert, als dass es sich anscheinend um eine Art «Elixir» handelt. Im «Certificat de bonnes Pratiques de Fabrication» (Duplik-Beilage 3) ist von einer « anti-aging intensive elixir ampoule » die Rede. Die antragsgegnerische Partei jedoch beansprucht nicht nur Schutz für eine breite Palette an Waren der Klasse 3 (die somit weit mehr als ein Anti-Aging-Elixir umfassen), sondern auch noch Waren der Klassen 10 und 21. Für einen Grossteil dieser beanspruchten Waren liegen somit keinerlei Gebrauchsbelege vor.
15. Zusammenfassend lässt sich somit auf Grundlage dieser eingereichten Unterlagen kein ernsthafter Gebrauch in der Schweiz glaubhaft machen.
16. Sollte die antragsgegnerische Partei mit der Erwähnung der Erschwernisse implizit wichtige Gründe für den Nichtgebrauch geltend machen, so ist dies aufgrund der sehr kurzen, auf Englisch verfassten Stellungnahmen nicht schlüssig feststellbar und wäre jedenfalls konkreter auszuführen. Denn bei Vorliegen wichtiger Gründe kann der Widersprechende sein Markenrecht trotz Nichtgebrauchs geltend machen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 MSchG). Umstände, die unabhängig vom Willen des Inhabers eintreten und ein Hindernis für die Benutzung der Marke darstellen, wie etwa Einfuhrbeschränkungen oder sonstige staatliche Vorschriften betr. die Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Marke geschützt ist, werden als triftige Gründe für die Nichtbenutzung anerkannt (Art. 19 Abs. 1 TRIPS). Diese Ausnahmebestimmung ist eng zu handhaben. Einen Nichtgebrauch rechtfertigen nur solche Gründe, die völlig ausserhalb des Einflussbereiches des Markeninhabers liegen. Technische oder wirtschaftliche Schwierigkeiten, die voraussehbar oder kalkulierbar sind, sind dem Markeninhaber zuzurechnen (vgl. BVGer B-2153/2020, E. 7.1 – SWISSVOICE; Richtlinien, Teil 6, Ziff. 5.4).
17. Zwar liegt die Corona-Pandemie ausserhalb des Willens der antragsgegnerischen Partei. Inwiefern sich der Ausbruch der Corona-Pandemie aber konkret negativ auf die Vermarktung der CELLFOOD-Produkte ausgewirkt hat, wird weder von der antragsgegnerischen Partei ausgeführt, noch sind sie für das IGE in Unkenntnis der allfälligen Handelshemmnisse nachvollziehbar. Die ebenfalls erwähnte Vernichtung des Lagerbestandes könnte zwar ein wichtiger Grund für die fehlende Kommerzialisierung der CELLFOOD-Produkte sein. Die Gründe für die Vernichtung sind aber aus den wenigen Angaben der antragsgegnerischen Partei nicht zu entnehmen. Es kann ebenso eine direkte Folge dieser Schwierigkeiten aufgrund von Corona sein wie einen Fehler der antragsgegnerischen Partei als Ursache haben. Ob die Verhinderung der Vernichtung des Lagerbestandes vollständig ausserhalb des Einflussbereichs der Markeninhaberin lag, ist somit nicht feststellbar. Die ausserdem erwähnte Schwangerschaft einer Kontaktperson kann schliesslich kaum als wichtiger Grund für den Nichtgebrauch erachtet werden.
18. Das Institut erachtet es deshalb aufgrund der ins Recht gelegten Belege insgesamt als nicht glaubhaft, dass die angefochtene Marke im hier massgeblichen Zeitraum in der Schweiz zur Bezeichnung der beanspruchten Waren der Klassen 3, 10 und 21 rechtserhaltend gebraucht wurde. Daran vermögen auch

die von der antragsgegnerischen Partei eingereichten Unterlagen nichts zu ändern. Denn sie legen vielmehr nahe, dass die Vermarktung von CELLFOOD-Produkten nicht über die Planungsphase hinausgekommen ist und der Ausbruch der Corona-Pandemie hierfür kaum der einzige Grund war. Zudem bestanden auch nur für einen sehr beschränkten Teil der beanspruchten Waren überhaupt Pläne für einen Gebrauch. Ob schliesslich geplant war, diese Waren in der Schweiz zu vermarkten, muss mangels entsprechender Belege, wie insbesondere getätigte Verkäufe oder irgendeine Marktbearbeitung durch ausreichende Werbemassnahmen, ebenfalls offengelassen werden.

19. Der Lösungsantrag wird daher gutgeheissen und die Eintragung der angefochtenen CH-Marke 704094 vollumfänglich gelöscht.

#### IV. Kostenverteilung

1. Die Lösungsgebühr verbleibt dem Institut (Art. 35a Abs. 3 MSchG i. V. m. Art. 1 ff GebV-IGE und Anhang zu Art. 3 Abs. 1 GebV-IGE).
2. Mit dem Entscheid über den Lösungsantrag hat das Institut zu bestimmen, ob und in welchem Masse die Kosten der obsiegenden Partei von der unterliegenden zu ersetzen sind (Art. 35b Abs. 3 MSchG). Die Verfahrenskosten werden im Lösungsverfahren in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Auch wird der obsiegenden Partei in der Regel eine Parteientschädigung zugesprochen (vgl. Richtlinien, Teil 1, Ziff. 7.3.2.3).
3. Da das Lösungsverfahren einfach, rasch und kostengünstig sein soll, wird pro Schriftenwechsel praxisgemäss eine Parteientschädigung von CHF 1'200.00 zugesprochen (Richtlinien, Teil 1, Ziff. 7.3.2.2).
4. Auf die Frage nach der Entschädigung der Kosten für die Gebrauchsrecherche findet die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) Anwendung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 dieser Verordnung sind Art. 8 bis 13 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) sinngemäss auf die Parteientschädigung anwendbar. Gemäss Art. 8 Abs. 1 VGKE umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Sowohl Art. 8 Abs. 2 VGKE wie auch Art. 8 Abs. 5 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren sehen jedoch vor, dass unnötiger Aufwand bzw. unnötige Kosten nicht entschädigt werden. Weiter bestimmt Art. 13 lit. a VGKE, dass notwendige Auslagen der Partei ersetzt werden, soweit sie CHF 100.00 übersteigen.
5. Die antragstellende Partei ist mit ihrem Begehren vollständig durchgedrungen. Es wurde ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt. Vorliegend sind keine Gründe für eine Abweichung von der vorerwähnten Praxis ersichtlich. Das Institut erachtet daher in Anwendung der obgenannten Kriterien eine Parteientschädigung von CHF 2'400.00 für die Vertretung als angemessen. Weiter war die Gebrauchsrecherche für die Abklärungen des Gebrauchsstatus und der Glaubhaftmachung des Nichtgebrauchs der angefochtenen Marke entscheidend relevant und somit notwendig, weshalb der antragstellenden Partei in Anwendung der obgenannten Kriterien die im Zusammenhang mit der Gebrauchsrecherche geltend gemachten Kosten von CHF 837.00 (EUR 811.90 zum Tageskurs 0.97, 2.6.23) entschädigt werden (vgl. Lösungsantrag vom 27.10.2022). Zudem hat die antragsgegnerische Partei der antragstellenden Partei die Lösungsgebühr zu ersetzen. Insgesamt wird der antragstellenden Partei eine Entschädigung in der Höhe von CHF 3237.00 zugesprochen.

Aus diesen Gründen wird

**verfügt:**

1.  
Der Lösungsantrag im Verfahren Nr. 102960 wird gutgeheissen.
2.  
Die Schweizer Marke Nr. 704094 - "Cellfood ((fig.))" wird gelöscht.
3.  
Die Lösungsgebühr von CHF 800.00 verbleibt dem Institut.
4.  
Die antragsgegnerische Partei hat der antragstellenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 3'237.00 (einschliesslich Ersatz der Lösungsgebühr) zu bezahlen.
5.  
Dieser Entscheid wird den Parteien schriftlich eröffnet.

Bern, 5. Juni 2023

Freundliche Grüsse



Kristin Schneider

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Beschwerdefrist ist eingehalten, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht oder zu dessen Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (Art. 21 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG]). Die Rechtsschrift ist in einer schweizerischen 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 52 Abs. 1 VwVG).