Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Achte Kammer)

11. Dezember 2014*

„Gemeinschaftsmarke — Widerspruchsverfahren — Anmeldung einer dreidimensionalen Gemeinschaftsmarke — Form eines Grashalms in einer Flasche — Ältere nationale dreidimensionale Marke — Ernsthafte Benutzung der älteren Marke — Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 — Vorlage von Beweismitteln erstmals vor der Beschwerdekammer — Durch Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 eingeräumtes Ermessen — Begründungspflicht“

In der Rechtssache T-235/12

CEDC International sp. z o.o. mit Sitz in Oborniki Wielkopolskie (Polen), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte M. Siciarek, G. Rząsa und J. Mrozowski,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch D. Walicka als Bevollmächtigte,

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM und Streithelferin im Verfahren vor dem Gericht:

Underberg AG mit Sitz in Dietlikon (Schweiz), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin V. von Bomhard sowie Rechtsanwälte A. Renck und J. Fuhrmann,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM vom 26. März 2012 (Sache R 2506/2010-4) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) und der Underberg AG

erlässt

DAS GERICHT (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten D. Gratsias sowie der Richterin M. Kancheva (Berichterstatterin) und des Richters C. Wetter,

Kanzler: C. Heeren, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 29. Mai 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

aufgrund der am 31. Oktober 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 31. Oktober 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

aufgrund der am 29. Januar 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Erwiderung,

aufgrund der am 6. Mai 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Gegenerwiderung des HABM,

aufgrund der am 6. Mai 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Gegenerwiderung der Streithelferin,

aufgrund der schriftlichen Fragen des Gerichts an die Verfahrensbeteiligten,

aufgrund der am 30. April und 5. Mai 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichten Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten,

auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juni 2014

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 1. April 1996 meldete die Streithelferin, die Underberg AG, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke [ABl. L 78, S. 1]) eine Gemeinschaftsmarke beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um folgendes dreidimensionales Zeichen:



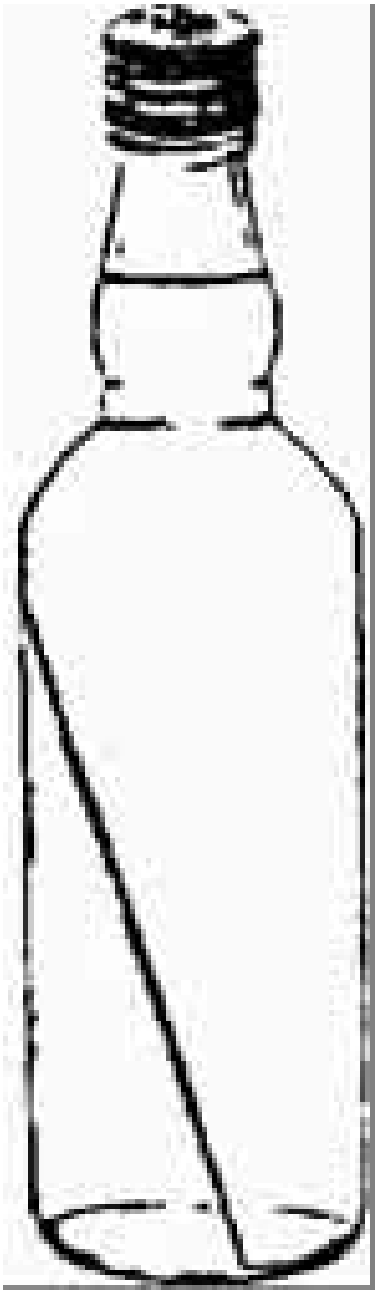
3 Die angemeldete dreidimensionale Gemeinschaftsmarke entspricht folgender Beschreibung: „ein grün-bräunlicher Grashalm in einer Flasche, dessen Länge in etwa drei Viertel der Höhe der Flasche entspricht“.

4 Die Marke wurde u. a. für „Spirituosen und Liköre“ in Klasse 33 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet.

5 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 51/2003 vom 23. Juni 2003 veröffentlicht.

6 Am 15. September 2003 erhob die Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna), deren Rechtsnachfolgerin aufgrund einer im Jahr 2011 erfolgten Verschmelzung durch Aufnahme die CEDC International sp. z. o.o. - die Klägerin - ist, Widerspruch nach Art. 42 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 41 der Verordnung Nr. 207/2009) gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für die oben in Rn. 4 genannten Waren.

7 Der Widerspruch wurde insbesondere auf die nachstehend wiedergegebene ältere französische dreidimensionale Marke gestützt, die für „alkoholische Getränke“ in Klasse 33 des Abkommens von Nizza am 18. September 1995 angemeldet, am 18. April 1997 unter der Nr. 95588457 eingetragen und am 9. Juni 2005 verlängert wurde:



8 Diese französische dreidimensionale Marke entspricht folgender Beschreibung: „eine Flasche, wie oben dargestellt, mit einem Grashalm, der sich in einer fast diagonalen Position im Flaschenkörper befindet“.

9 Der Widerspruch wurde auch auf die deutsche Marke Nr. 39848553, die polnischen Marken Nr. 62018, 62081 und 85811, die japanische Marke Nr. 2092826, die französische Marke Nr. 98746752 und auf in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union beanspruchte nicht eingetragene Zeichen gestützt.

10 Als Widerspruchsgründe wurden erstens die nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 207/2009) hinsichtlich der oben in Rn. 7 erwähnten älteren französischen dreidimensionalen Marke geltend gemacht, zweitens die nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009) bezüglich derselben Marke und der oben in Rn. 9 erwähnten eingetragenen Marken und drittens die nach Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009) wegen der oben in Rn. 9 erwähnten nicht eingetragenen Zeichen.

11 Am 11. Juli 2007 legte die Klägerin auf ein entsprechendes Verlangen der Streithelferin hin innerhalb der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist des 1. August 2007 Beweise für die Benutzung ihrer älteren französischen dreidimensionalen Marke vor. Am 3. Juli 2008 erläuterte die Klägerin ihre Argumente zum Benutzungsnachweis.

12 Am 18. Oktober 2010 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch in vollem Umfang zurück. Sie stellte insbesondere fest, dass die vorgelegten Beweise für den Nachweis einer ernsthaften Benutzung der älteren französischen dreidimensionalen Marke nicht ausreichten und dass die Unterscheidungskraft der Marke in ihrer eingetragenen Form durch das auf der vertriebenen Flasche angebrachte Etikett mit dem Wort „żubrówka“ und der Abbildung eines Bisons beeinflusst werde.

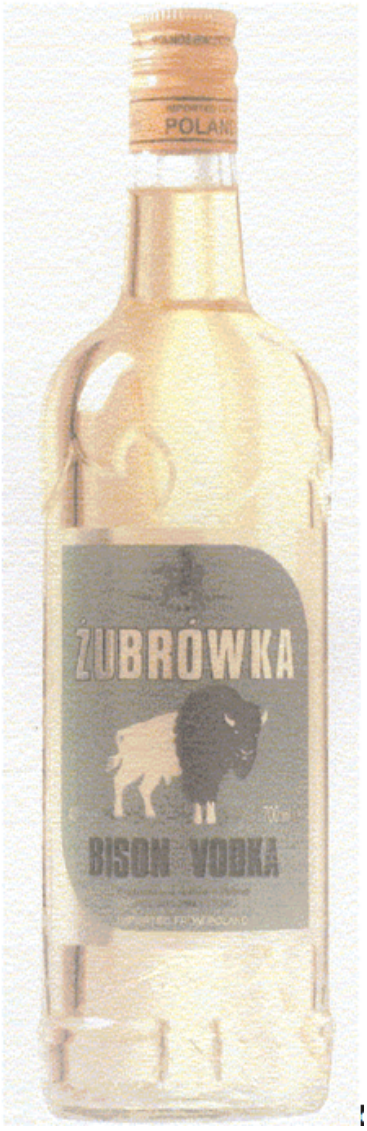
13 Am 17. Dezember 2010 legte die Klägerin beim HABM gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung nach den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 Beschwerde ein. Am 18. Februar 2011 reichte sie die schriftliche Begründung der Beschwerde ein, der sie Benutzungsnachweise beifügte, die sie der Widerspruchsabteilung nicht vorgelegt hatte.

14 Mit Entscheidung vom 26. März 2012 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Vierte Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde in vollem Umfang zurück.

15 Was erstens den Widerspruchsgrund nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 207/2009 angeht, stellte die Beschwerdekammer zunächst hinsichtlich der von der Klägerin vorgelegten Benutzungsnachweise Folgendes fest:

„13 Die [von der Klägerin] vorgelegten Beweise umfassen u. a. zwei eidesstattliche Erklärungen, eine vom Finanzdirektor und Vorstandsvorsitzenden [der Klägerin], die andere vom Vorstandsvorsitzenden der Pernod S.A., der Alleinvertriebshändlerin für den Wodka ‚Żubrówka‘ [der Klägerin] in Frankreich. Gemäß diesen eidesstattlichen Erklärungen enthielt in den Jahren 2000 bis 2004 ‚jede in Frankreich verkaufte Flasche ZUBROWKA-Wodka genauso wie die unter der Nr. 95 588 457 eingetragene französische Marke einen Halm Bisongras‘. Den beiden

eidesstattlichen Erklärungen wurde folgende Abbildung einer Wodkaflasche der Marke ZUBROWKA, wie sie gemäß den Erklärungen im maßgeblichen Zeitraum [vom 23. Juni 1998 bis zum 22. Juni 2003] in Frankreich verkauft wurde, beigefügt:



14 Die Beweise umfassen außerdem einige für französische Vertriebshändler bestimmte Prospekte der Jahre 1999 bis 2002, die folgende Abbildungen von Wodkaflaschen der Marke ‚Żubrówka' enthalten:

15 Ferner umfassen die Nachweise einige Prospekte der Jahre 2003 bis 2006, die in französischen Supermärkten verteilt wurden und folgende Abbildungen von Wodkaflaschen der Marke ‚Żubrówka' enthalten:

16 Andere Abbildungen als die in den vorstehenden drei Randnummern wiedergegebenen wurden nicht vorgelegt."

16 Anschließend stellte die Beschwerdekammer fest, dass die französische Marke, deren Benutzung nachgewiesen worden sei, aus einer „gewöhnlich geformten Flasche mit einer Linie auf dem Flaschenkörper, die von der linken Seite der Flasche schräg verläuft, und zwar von kurz unterhalb des Flaschenhalses bis zum Rand des Flaschenbodens", bestehe (wie vorstehend in Rn. 7 abgebildet), dass

der Benutzungsnachweis Flaschen in zwei verschiedenen Formen zeige, jedoch stets mit dem gleichen auffälligen und undurchsichtigen Etikett „ZUBROWKA BISON WODKA“, das einen großen Teil der Flaschen bedecke, und dass die diagonale Linie nicht an der Außenfläche befestigt sei und nicht auf dem Etikett selbst erscheine. Außerdem sei es wegen des Etiketts nicht möglich, zu erkennen, was sich dahinter oder in den Flaschen befinde.

17 Die Beschwerdekammer kam schließlich zu dem Ergebnis, dass die Klägerin unter diesen Umständen die Art der Benutzung ihrer älteren französischen dreidimensionalen Marke nicht nachgewiesen habe, d. h. die Benutzung dieser Marke in ihrer eingetragenen Form oder in einer Form, die von der eingetragenen nur in Bestandteilen abweiche, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst werde. Da diese Marke die einzige ältere Marke sei, auf die sich der Widerspruch nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 207/2009 stütze, sei dieser Widerspruch folglich zurückzuweisen.

18 Zweitens war die Beschwerdekammer bezüglich des Widerspruchsgrundes nach Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 der Auffassung, die Klägerin habe die tatsächliche Benutzung der in mehreren Mitgliedstaaten der Union, u. a. in Deutschland, beanspruchten nicht eingetragenen Zeichen (siehe oben, Rn. 9) nicht nachgewiesen. Folglich wies die Beschwerdekammer den auf diesen Grund gestützten Widerspruch zurück.

19 Drittens stellte die Beschwerdekammer zum Widerspruchsgrund nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 fest, die Klägerin habe weder nachgewiesen, dass die geltend gemachten Marken (siehe oben, Rn. 9) tatsächlich benutzt worden seien, noch habe sie mit den vorgelegten Vertragsunterlagen irgendein Vertretungsverhältnis oder eine Geschäftsbeziehung mit der Streithelferin nachgewiesen. Deshalb wies die Beschwerdekammer den auf diesen Grund gestützten Widerspruch zurück. Der Vollständigkeit halber fügte sie hinzu, dass die Inhaberschaft der Klägerin für einige geltend gemachte Marken nicht nachgewiesen worden sei, dass einige dieser Marken nach der angegriffenen Marke angemeldet worden seien und dass das Bestehen einiger der Marken nicht gemäß Regel 19 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 303, S. 1) hinreichend nachgewiesen worden sei, insbesondere in Ermangelung einer Übersetzung ins Englische, der Verfahrenssprache vor der Beschwerdekammer.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

20 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung in vollem Umfang aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

21 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

Zur Zulässigkeit der erstmals vor dem Gericht vorgelegten Anlagen

22 Die Klägerin hat vor dem Gericht erstmals Anlagen vorgelegt, die ein Urteil des Verwaltungsgerichts Warschau vom 24. August 2011 (Anlage C.2), einen Bescheid des Polnischen Patentamts vom 19. Oktober 2012 (Anlage C.3) und einen Auszug aus dem polnischen Gesetz über gewerbliches Eigentum aus dem Jahr 2000 (Anlage C.4) umfassen. Sie sollen belegen, dass die polnische dreidimensionale Marke Nr. 85811, die die bekannte Flasche mit dem Grashalm darstelle, ihr Renommee eben dem charakteristischen Grashalm in der Flasche verdanke. Nach Ansicht der Klägerin wird in diesen Anlagen „die nationale Rechtsprechung dargelegt". Hierzu sei auf die Rechtsprechung des Gerichts zu verweisen, wonach eine Berufung auf nationale Gerichtsentscheidungen, obwohl sie nicht im Verfahren vor dem HABM geltend gemacht worden seien, für zulässig erklärt worden sei. Weder die Parteien noch das Gericht selbst seien deshalb daran gehindert, in ihre Auslegung des Unionsrechts Elemente einzubeziehen, die sich aus der Rechtsprechung der Union, der nationalen Rechtsprechung oder der internationalen Rechtsprechung ergäben (vgl. Urteil vom 1. Februar 2012, Carrols/HABM – Gambettola [Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL], T-291/09, Slg, EU:T:2012:39, Rn. 34 und 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

23 Das HABM und die Streithelferin halten diese Anlagen für unzulässig; sie seien als neuer Sachvortrag zurückzuweisen. Die Streithelferin meint außerdem, die Bekanntheit, die eine mit einem Grashalm versehene Wodkaflasche in Polen im Jahr 2011 gehabt haben solle, sei für den Nachweis der Bekanntheit, die die ältere französische Marke in den Jahren 1998 bis 2003 in Frankreich gehabt habe, unerheblich.

24 Zunächst ist festzustellen, dass diese Anlagen nicht entsprechend der oben in Rn. 22 angeführten Rechtsprechung als nationale Gerichtsentscheidungen, die das Gericht in die Auslegung des Unionsrechts, insbesondere der Verordnung Nr. 207/2009, einbeziehen kann, erstmals vor dem Gericht vorgelegt worden sind, sondern als Beweise für die behauptete Bekanntheit einer polnischen dreidimensionalen Marke aufgrund eines darin enthaltenen Grashalms.

25 Nach ständiger Rechtsprechung ist aber eine beim Gericht erhobene Klage auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von den Beschwerdekammern des HABM erlassenen Entscheidungen im Sinne von Art. 65 der Verordnung Nr. 207/2009 gerichtet. Aus dieser Bestimmung folgt, dass Tatsachen, die die Beteiligten nicht vor den Stellen des HABM vorgetragen haben, im Stadium der Klage beim Gericht nicht mehr vorgetragen werden können und dass dieses den Sachverhalt nicht im Licht erstmals bei ihm vorgelegter Beweise neu prüfen kann. Denn die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung einer Beschwerdekammer des HABM ist anhand der Informationen zu beurteilen, die der Beschwerdekammer im Zeitpunkt des Erlasses dieser Entscheidung zur Verfügung standen (vgl. Urteile vom 18. Juli 2006, Rossi/HABM, C-214/05 P, Slg, EU:C:2006:494, Rn. 50 bis 52 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 18. Dezember 2008, Les Éditions Albert René/HABM, C-16/06 P, Slg, EU:C:2008:739, Rn. 136 bis 138 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 16. Januar 2014, Optilingua/HABM – Esposito [ALPHATRAD], T-538/12, EU:T:2014:9, Rn. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 Daher sind die Anlagen C.2 bis C.4 der Klägerin als unzulässig zurückzuweisen, ohne dass ihre Beweiskraft geprüft zu werden braucht.

27 In jedem Fall sind diese Beweise auch als ins Leere gehend zurückzuweisen, da sie nicht die Benutzung der im vorliegenden Rechtsstreit in Rede stehenden älteren französischen Marke während des maßgeblichen Zeitraums betreffen, sondern die spätere Behauptung der Bekanntheit einer hiervon räumlich unabhängigen polnischen Marke, deren Bestehen vor dem HABM vor Ablauf der

maßgeblichen Frist in keiner Weise nachgewiesen worden war, wie die Beschwerdekammer in Rn. 34 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, ohne dass die Klägerin dem im Rahmen des vorliegenden Verfahrens widersprochen hätte.

Zur Begründetheit

28 Zur Stützung ihrer Klage macht die Klägerin drei Klagegründe geltend, nämlich erstens einen Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtmäßigkeit und gegen das Handbuch des HABM zur Markenpraxis, zweitens einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009, gegen Regel 22 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 sowie gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. a und Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 und drittens einen Verstoß gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 207/2009.

29 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin die Feststellungen und Wertungen des HABM hinsichtlich sämtlicher Widerspruchsgründe, nämlich derjenigen gemäß Art. 8 Abs. 1 Buchst. a, Art. 8 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009, rügt. Die Klägerin führt jedoch aus, dass sie ihr Vorbringen auf die Feststellungen der Beschwerdekammer zur Beurteilung der vorgelegten Benutzungsnachweise beschränke, da diese Feststellungen alle Widerspruchsgründe gleichermaßen beträfen.

30 Das Gericht hält es für angebracht, zuerst den dritten Klagegrund zu prüfen, mit dem ein Verstoß gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 207/2009 gerügt wird und der die bei der Beurteilung der ernsthaften Benutzung der älteren französischen Marke zu berücksichtigenden Beweise betrifft.

31 Mit dem dritten Klagegrund macht die Klägerin geltend, dass das HABM, ohne dies zu begründen, bestimmte Tatsachen nicht geprüft habe. Dadurch habe es gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 207/2009 verstoßen. Insbesondere habe das HABM die von der Klägerin vorgelegten Abbildungen, die das fragliche Produkt aus vier verschiedenen Perspektiven, nicht nur von vorne, sondern auch von hinten und von den Seiten, zeigten und die belegten, dass die dreidimensionale Marke in Form eines Grashalms in einer Flasche deutlich sichtbar sei und tatsächlich benutzt worden sei, nicht geprüft. Das HABM habe auch andere Beweise, wie etwa Presseartikel und auf Internetforen veröffentlichte Eintragungen, die bestätigten, dass der Grashalm in der Flasche von den französischen Verbrauchern als originelles und kennzeichnendes Merkmal wahrgenommen werde, und die sich somit auf die Art der Benutzung der Marke bezögen, nicht berücksichtigt.

32 In diesem Zusammenhang macht die Klägerin geltend, es könne berechtigterweise angenommen werden, dass die Beschwerdekammer die der schriftlichen Beschwerdebegründung vom 18. Februar 2011 (siehe oben, Rn. 13) beigefügten Beweise für zulässig erachtet habe, da sie diese Beweise nicht beanstandet und auch nicht auf Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 verwiesen habe. Wenn man davon ausginge, dass die Beschwerdekammer beabsichtigt habe, diese Beweise als unzulässig anzusehen, wäre die Begründung der angefochtenen Entscheidung ohnehin fehlerhaft, weil die Beschwerdekammer ihre Beurteilung in einem solchen Fall entsprechend hätte begründen müssen. In diesem Zusammenhang führt die Klägerin die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der genannten Vorschrift an. Sie zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die Beschwerdekammer die vorgenannten Beweise, da sie sie weder zurückgewiesen noch ihnen Beweiskraft abgesprochen habe, hätte berücksichtigen und prüfen müssen. Dass sie dies unterlassen habe, stelle einen Verstoß gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 207/2009 dar.

33 Im Übrigen wirft die Klägerin dem HABM vor, gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 verstoßen zu haben, indem es seine Entscheidung insbesondere hinsichtlich der fehlenden Sichtbarkeit des Grashalms in der Flasche nicht begründet habe und indem es die Beweise einzeln untersucht habe und dabei insbesondere die vorgelegten Beweise, die die Flasche von der Seite und von hinten zeigten, nicht berücksichtigt habe.

34 Das HABM entgegnet, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Unterlagen habe, die mit der Beschwerdebegründung bei der Beschwerdekammer und damit nach Ablauf der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist eingereicht würden. Selbst das dem HABM nach Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 in der Auslegung durch den Gerichtshof zustehende Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung verspätet vorgebrachter Tatsachen und Beweismittel hänge davon ab, dass keine gegenteilige Vorschrift bestehe. Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 in seiner Konkretisierung durch Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 enthalte aber gerade eine Vorschrift, die der Berücksichtigung der erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegten Benutzungsnachweise entgegenstehe.

35 Das HABM wendet sich auch dagegen, im vorliegenden Fall die in der Rechtsprechung zugelassene Ausnahme anzuwenden, die die Berücksichtigung ergänzender Beweismittel oder neuer Tatsachen ermögliche. Die neuen Unterlagen könnten die fristgerecht vorgelegten Unterlagen nicht ergänzen, denn sie zeigten eine andere Flasche als die früheren Unterlagen und einen länglichen Gegenstand – bei dem es sich um einen Grashalm handeln könnte –, der im Flascheninneren durchgängig gezeigt werde und damit den ersten und einzigen Nachweis für die Nutzung dieses Gegenstands im Inneren einer Flasche darstelle. Darüber hinaus habe die Klägerin weder erklärt, inwiefern diese Beweise die bereits vorgelegten Beweise ergänzten, noch, warum sie diese nicht fristgerecht eingereicht habe.

36 Auch könne nicht angenommen werden, dass die Beschwerdekammer die verspätet eingereichten Unterlagen zugelassen habe, weil sie sie nicht als unzulässig zurückgewiesen habe. Der Umstand, dass die Beschwerdekammer diese Unterlagen nicht bei den Unterlagen genannt habe, die sie zur Beurteilung der Art der Benutzung herangezogen habe, sei vielmehr dahin zu verstehen, dass sie entschieden habe, diese Unterlagen nicht zu berücksichtigen.

37 Schließlich muss nach Ansicht des HABM ein Begründungsmangel als solcher – seinen Nachweis unterstellt – nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen, wenn er keine Auswirkung auf ihre Begründetheit habe.

38 Im Übrigen werde die Feststellung dass der Grashalm nicht sichtbar sei, durch die Abbildungen der Flasche (siehe oben, Rn. 15) gestützt und mit dem Vorhandensein des Etiketts begründet, das einen großen Teil der Flasche bedecke und das, was sich dahinter oder innerhalb der Flasche befinde, verdecke (siehe oben, Rn. 16). Die vorgelegten Benutzungsnachweise seien in ihrer Gesamtheit berücksichtigt worden. In Wirklichkeit wende sich die Klägerin gegen das Ergebnis der Beweiswürdigung.

39 Die Streithelferin macht geltend, dass die Unterlagen mit den Seitenansichten der Flasche offensichtlich verspätet eingereicht worden seien. Zunächst seien sie nicht innerhalb der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist (bis zum 1. August 2007), sondern erstmals dreieinhalb Jahre später (am 18. Februar 2011) vor der Beschwerdekammer vorgelegt worden. Des Weiteren stünden sie in keinerlei sachlichem Zusammenhang mit den bereits vorgelegten Benutzungsnachweisen, da sie eine Flasche mit einer runden Verdickung am Flaschenhals anstatt mit einem geraden Flaschenhals zeigten. Außerdem habe die Klägerin einen solchen Zusammenhang nicht dargetan und habe insbesondere weder behauptet, dass es sich um einen Benutzungsnachweis handle, noch, dass es sich um eine Ergänzung der bereits vorgelegten Beweise handle. Auch habe die Klägerin im Widerspruchsverfahren nicht anhand dieser Seitenansichten argumentiert. Schließlich zeige die Wiedergabe der Abbildungen der Flasche in den Rn. 13 bis 16 der angefochtenen Entscheidung deutlich, welche Abbildungen die

Beschwerdekammer in Ausübung ihres Ermessens berücksichtigt habe – alles Vorderansichten – und welche sie als verspätet zurückgewiesen habe. Die Begründung der Beschwerdekammer könne dabei implizit erfolgen, wie dies in der Rechtsprechung anerkannt sei.

40 Im Übrigen hat das HABM nach Ansicht der Streithelferin seine Entscheidung auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen hinreichend begründet; es habe seine Beurteilung nicht auf Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen stützen können, indem es spekuliere oder unterstelle, dass der Grashalm trotz des Vorhandenseins eines Etiketts im Moment des Erwerbs für den Verbraucher von der Seite sichtbar gewesen sei.

41 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin mit ihrem dritten Klagegrund, mit dem sie einen Verstoß gegen Art. 75 und Art. 76 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 207/2009 rügt, im Wesentlichen geltend macht, dass die Beschwerdekammer einen Fehler begangen habe, indem sie die erstmals vor ihr vorgelegten Beweise, insbesondere die Abbildungen der Wodkaflasche mit der Aufschrift „Żubrówka“ aus vier verschiedenen Perspektiven – nicht nur von vorne, sondern auch von hinten und von der Seite – nicht geprüft und dies nicht begründet habe.

42 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass nach Art. 75 Satz 1 der Verordnung Nr. 207/2009 die Entscheidungen des HABM mit Gründen zu versehen sind. Ferner bestimmt Regel 50 Abs. 2 Buchst. h der Verordnung Nr. 2868/95, dass die Entscheidung der Beschwerdekammer die Entscheidungsgründe enthalten muss. Diese Verpflichtung hat den gleichen Umfang wie die aus Art. 296 AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung muss die nach Art. 296 AEUV erforderliche Begründung die Überlegungen des Urhebers des Rechtsakts klar und eindeutig zum Ausdruck bringen. Mit dieser Verpflichtung wird das doppelte Ziel verfolgt, zum einen die Beteiligten über die Gründe für die erlassene Maßnahme zu unterrichten, damit sie ihre Rechte verteidigen können, und es zum anderen dem Unionsrichter ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu überprüfen. Die Frage, ob die Begründung einer Entscheidung diesen Erfordernissen genügt, ist nicht nur im Hinblick auf ihren Wortlaut zu beurteilen, sondern auch anhand ihres Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. Urteil vom 8. März 2013, Mayer Naman/HABM – Daniel e Mayer [David Mayer], T-498/10, EU:T:2013:117, Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 Art. 76 („Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen“) der Verordnung Nr. 207/2009 hat folgenden Wortlaut:

„(1) In dem Verfahren vor dem [HABM] ermittelt das [HABM] den Sachverhalt von Amts wegen. Soweit es sich jedoch um Verfahren bezüglich relativer Eintragungshindernisse handelt, ist das [HABM] bei dieser Ermittlung auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt.

(2) Das [HABM] braucht Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen.“

44 Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009, dass die Beteiligten als allgemeine Regel und vorbehaltlich einer gegenteiligen Vorschrift Tatsachen und Beweismittel auch dann noch vorbringen können, wenn die dafür nach den Bestimmungen der Verordnung Nr. 207/2009 geltenden Fristen abgelaufen sind, und dass es dem HABM keineswegs untersagt ist, Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, die solchermaßen verspätet vorgebracht worden sind (Urteile vom 13. März 2007, HABM/Kaul, C-29/05 P, Slg, EU:C:2007:162, Rn. 42, vom 18. Juli 2013, New Yorker SHK Jeans/HABM, C-621/11 P, Slg, EU:C:2013:484, Rn. 22, und vom 26. September 2013, Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, Slg, EU:C:2013:593, Rn. 77), nämlich nach Ablauf der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist und gegebenenfalls erstmals vor der Beschwerdekammer.

45 Mit der Klarstellung, dass das HABM verspätet vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel nicht zu berücksichtigen „braucht“, räumt Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 dem HABM nämlich ein weites Ermessen ein, um unter entsprechender Begründung seiner Entscheidung darüber zu befinden, ob die Beweismittel zu berücksichtigen sind oder nicht (Urteile HABM/Kaul, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2007:162, Rn. 43 und 68, New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 23, und Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 78).

46 Gründe der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung sprechen dafür, dass es im Ermessen des HABM steht, verspätet von den Beteiligten vorgelegte Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen. Ein solches Ermessen kann nämlich zumindest im Fall eines Widerspruchsverfahrens dazu beizutragen, die Eintragung von Marken zu verhindern, deren Benutzung anschließend mittels eines Verfahrens der Nichtigerklärung oder anlässlich eines Verletzungsverfahrens mit Erfolg entgegengetreten werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil HABM/Kaul, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2007:162, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 Im vorliegenden Fall ist zu klären, ob die Beschwerdekammer ihr Ermessen hinsichtlich der erstmals vor ihr von der Klägerin vorgelegten Beweise ausgeübt hat.

48 Es steht fest, dass die Klägerin die in den Rn. 13 bis 16 der angefochtenen Entscheidung wiedergegebenen Benutzungsnachweise (siehe oben, Rn. 15) der Widerspruchsabteilung innerhalb der von dieser gesetzten Frist vorgelegt hat.

49 Ferner ergibt sich aus den Akten, dass die Klägerin – anders als von der Streithelferin behauptet – auf den S. 7 bis 23 ihrer am 18. Februar 2011 bei der Beschwerdekammer eingereichten Beschwerdebegründung fünf Unterlagen als Anlagen vorgelegt hat. Es steht fest, dass diese Anlagen nicht innerhalb der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist vorgelegt worden sind.

50 Bei den erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegten fünf Anlagen handelt es sich um folgende Unterlagen:

— französische Presseartikel und Auszüge aus Foren auf französischen Websites aus der Zeit von 1998 bis 2003, die Abbildungen der Wodkaflasche mit der Aufschrift „Żubrówka“ enthalten, sowie Erklärungen, wonach der Wodka „Żubrówka“ mit dem „berühmten Bisongras“ „leicht an dem aromatischen Grashalm in der Flasche zu erkennen ist“;

— einen Auszug aus dem *Wallpaper City Guide* für die Stadt Warschau (Polen);

— eine auf Polnisch verfasste und ins Englische übersetzte Erklärung vom 16. Februar 2011, abgegeben von M. K., einem Fachtechnologen, der seit 1992 bei der Klägerin für die Etikettierung verantwortlich ist (im Folgenden: Erklärung von M. K.);

— ein Poster mit der Aufschrift „Bisongras-Wodka Żubrówka“;

— einen Auszug aus der Website „Wikipedia“.

51 Im Einzelnen enthielt die Erklärung von M. K. folgende Informationen. Erstens führte M. K. aus, dass die Klägerin, vormals die Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, seit den 1970er Jahren und bis 2011 den Wodka Żubrówka sowohl für den polnischen Markt als auch für den Export hergestellt habe. Dieser Wodka sei, auch wenn er im Laufe der Zeit mit verschiedenen Etiketten versehen worden sei, stets mit einem im Flascheninneren befindlichen Grashalm gekennzeichnet worden und werde dies immer noch. Dies sei in Polen und in mehreren anderen Ländern durch eine Marke geschützt, die aus einer „Flasche mit einem Grashalm“ bestehe. Zweitens fügte M. K. hinzu, dass der Wodka Żubrówka mit einem grünen Etikett, der von der Klägerin in Flaschen zu 0,5 Liter, 0,7 Liter und 1 Liter

hergestellt worden sei, im Zeitraum von 1998 bis 2003 von der Agentur PHZ AGROS und in der Folgezeit direkt von der Klägerin nach Frankreich exportiert worden sei. Vor dem Jahr 2000 sei der zum Export nach Frankreich bestimmte Wodka Żubrówka mit einem grünem Etikett von POLMOS Poznań hergestellt worden, aber das Erscheinungsbild der Flaschen, der Etiketten und des Grashalms im Inneren der Flaschen sei genau dasselbe gewesen wie das von der Klägerin ab dem Jahr 2000 verwendete. Drittens fügte M. K. seiner Erklärung Beispiele von Fotografien bei, um die Kennzeichnung der Flaschen des Wodkas Żubrówka mit einem grünen Etikett und einem in diesen Flaschen – einschließlich der im Zeitraum von 1998 bis 2003 für den französischen Markt bestimmten Flaschen – regelmäßig verwendeten Motiv eines Grashalms zu veranschaulichen. Nach Ansicht von M. K. zeigten diese Fotografien deutlich, dass für jeden Verbraucher unabhängig davon, ob er die Flasche von der Vorder- oder von der Rückseite gesehen habe, ein Grashalm eindeutig sichtbar gewesen sei.

52 Der Erklärung von M. K. waren dementsprechend vier Fotografien von 0,7 Liter-Flaschen des Wodkas Żubrówka, die nach seinen Angaben nach Frankreich exportiert worden waren, beigefügt. Darauf ist die Flasche von vorne, von den beiden Seiten und von hinten abgebildet:



53 Die Beschwerdekammer hat in den Rn. 13 bis 15 der angefochtenen Entscheidung (siehe oben, Rn. 15) darauf hingewiesen, dass die von der Klägerin vorgelegten Benutzungsnachweise „u. a.“ zwei eidesstattliche Erklärungen, eine vom Finanzdirektor und Vorstandsvorsitzenden dieser Gesellschaft, die andere vom Vorstandsvorsitzenden der Pernod S.A., der Alleinvertriebshändlerin für den Wodka Żubrówka in Frankreich, umfassten, denen eine Abbildung dieses Wodkas, für französische Verbraucher bestimmte Prospekte der Jahre 1999 bis 2002 mit vier Abbildungen und in französischen Supermärkten in den Jahren 2003 bis 2006 verteilte Prospekte mit acht Abbildungen, beigefügt waren.

54 Folglich ist die Feststellung der Beschwerdekammer in Rn. 16 der angefochtenen Entscheidung, wonach „andere Abbildungen als die in den vorstehenden drei Randnummern wiedergegebenen … nicht vorgelegt [wurden]“, so zu verstehen, dass sie sich auf die vor der Widerspruchsabteilung innerhalb der von dieser gesetzten Frist vorgelegten Benutzungsnachweise bezieht, nicht jedoch auf die verspätet vor der Beschwerdekammer vorgelegten Nachweise.

55 Daher ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer nur die Beweise berücksichtigt hat, die die Klägerin vor der Widerspruchsabteilung vorgelegt hat, und ihr Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der erstmals vor ihr selbst vorgelegten Benutzungsnachweise, insbesondere der Erklärung von M. K. und der dieser beigefügten Fotografien sowie der französischen Presseartikel und der Auszüge aus Foren auf französischen Websites, nicht ausgeübt hat.

56 Somit macht die Klägerin zu Unrecht geltend, es könne berechtigterweise angenommen werden, dass die Beschwerdekammer die der schriftlichen Beschwerdebegründung vom 18. Februar 2011 beigefügten Beweise für zulässig erachtet habe, da sie diese Beweise nicht beanstandet und auch nicht auf Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 verwiesen habe. Da die Beschwerdekammer ihr Ermessen nicht ausgeübt hatte, konnte sie diese Beweise nämlich nicht implizit für zulässig erklären.

57 Außerdem folgt nach der Rechtsprechung aus dem Wortlaut des Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009, dass ein verspätetes Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln dem Beteiligten, von dem es stammt, keinen unbedingten Anspruch darauf verleihen kann, dass diese Tatsachen oder Beweismittel vom HABM berücksichtigt werden (Urteil HABM/Kaul, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2007:162, Rn. 43 und 63). Gerade die verspätete Beweisvorlage unterscheidet den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache von dem des Falles, zu dem die von der Klägerin angeführte Rechtsprechung ergangen ist (Urteil vom 10. Oktober 2012, Bimbo/HABM – Panrico [BIMBO DOUGHNUTS], T-569/10, EU:T:2012:535, Rn. 35) und in dem die Argumente und Beweismittel, die implizit für zulässig erklärt wurden, fristgerecht vorgebracht worden waren.

58 Ebenso zu Unrecht entgegnet das HABM, dass der Umstand, dass die Beschwerdekammer diese neuen Unterlagen nicht bei den Unterlagen genannt habe, die sie zur Beurteilung der Art der Benutzung herangezogen habe, vielmehr dahin zu verstehen sei, dass sie entschieden habe, diese Unterlagen nicht zu berücksichtigen. Da die Beschwerdekammer ihr Ermessen nicht ausgeübt hatte, konnte sie diese Beweise nämlich nicht implizit für unzulässig erklären.

59 Selbst unterstellt, das HABM habe sein Ermessen im einen oder im anderen Sinne ausgeübt, ist zu beachten, dass das HABM nach der Rechtsprechung, wenn es sein Ermessen ausübt, um darüber zu befinden, ob verspätet vorgelegte Unterlagen zu berücksichtigen sind oder nicht, seine Entscheidung entsprechend zu begründen hat (Urteile HABM/Kaul, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2007:162, Rn. 43, New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 23, und Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 78).

60 Wie der Gerichtshof festgestellt hat, ist die etwaige Berücksichtigung dieser zusätzlichen Beweismittel durch das HABM keineswegs ein dem einen oder dem anderen Beteiligten gewährter „Vorteil“, sondern hat das Ergebnis einer objektiven und mit Gründen versehenen Ausübung des ihm durch Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 eingeräumten Ermessens zu sein. Die somit erforderliche Begründung ist umso notwendiger, wenn das HABM beschließt, verspätet vorgelegte Beweise zurückzuweisen (Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 111 und 112).

61 Im vorliegenden Fall ist jedoch festzustellen, dass die Beschwerdekammer das ihr eingeräumte Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der Benutzungsnachweise, die erstmals vor ihr vorgelegt wurden, nicht ausgeübt hat und hierfür keine Begründung angeführt hat. Diese Feststellung kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass in Rn. 13 der angefochtenen Entscheidung der Ausdruck „u. a.“ verwendet wird, der eine objektive und unter Angabe von Gründen erfolgende Ausübung dieses Ermessens dahin gehend, diese Beweise zurückzuweisen, nicht ersetzen kann.

62 Über diese Begründungspflicht hinaus hat die Rechtsprechung Kriterien für die Ermessensausübung des HABM im Hinblick auf eine etwaige Berücksichtigung verspätet vorgelegter Beweismittel aufgestellt. So kann eine solche Berücksichtigung durch das HABM insbesondere dann gerechtfertigt

sein, wenn es zu der Auffassung gelangt, dass zum einen die verspätet vorgebrachten Gesichtspunkte auf den ersten Blick von wirklicher Relevanz für das Ergebnis des bei ihm eingelegten Widerspruchs sein können und dass zum anderen das Verfahrensstadium, in dem das verspätete Vorbringen erfolgt, und die Umstände, die es begleiten, einer solchen Berücksichtigung nicht entgegenstehen (Urteile HABM/Kaul, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2007:162, Rn. 44; New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 33, und Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, oben in Rn. 44 angeführt, Rn. 113).

63 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass von den verspätet vorgelegten Beweismitteln zumindest die Erklärung von M. K. und die dieser beigefügten Abbildungen der Flasche von vorne, von beiden Seiten und von hinten (siehe oben, Rn. 50 und 51) sowie die französischen Presseartikel und die Auszüge aus Foren auf französischen Websites diese beiden Voraussetzungen, die ihre Berücksichtigung durch das HABM rechtfertigen können, erfüllen.

64 Zum einen konnten nämlich die Erklärung von M. K. und die dieser beigefügten Abbildungen der Flasche von vorne, von beiden Seiten und von hinten auf den ersten Blick von wirklicher Relevanz für das Ergebnis des beim HABM eingelegten Widerspruchs sein, da ihre etwaige Berücksichtigung die in den Rn. 17 und 18 der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Wertungen der Beschwerdekammer (siehe oben, Rn. 16 und 17), wonach erstens „[d]ie diagonale Linie … nicht an der Außenfläche befestigt [ist] und … nicht auf dem Etikett selbst [erscheint]“, es zweitens „wegen des Etiketts … nicht möglich [ist], zu erkennen, was sich dahinter oder in den Flaschen befindet“, und drittens „[u]nter diesen Umständen … festzustellen [ist], dass [die Klägerin] die Art der Benutzung [ihrer älteren französischen dreidimensionalen] Marke nicht nachgewiesen hat“, in Frage hätte stellen können.

65 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Dreidimensionalität einer Marke wie der in Rede stehenden einer statischen zweidimensionalen Betrachtung entgegensteht und eine dynamische dreidimensionale Wahrnehmung erfordert. So kann eine dreidimensionale Marke vom maßgeblichen Verbraucher grundsätzlich von mehreren Seiten wahrgenommen werden. Die Beweise für die Benutzung einer solchen Marke sind somit nicht als Abbildungen der Sichtbarkeit der Marke in zwei Dimensionen, sondern als Darstellungen ihrer Wahrnehmung in drei Dimensionen durch den maßgeblichen Verbraucher zu berücksichtigen. Daher können Abbildungen einer dreidimensionalen Marke von der Seite und von der Rückseite grundsätzlich von wirklicher Relevanz für die Beurteilung der ernsthaften Benutzung dieser Marke sein und dürfen nicht aus dem bloßen Grund, dass sie keine Abbildungen der Vorderseite darstellen, unberücksichtigt gelassen werden.

66 Auch die französischen Presseartikel und die Auszüge aus Foren auf französischen Websites, in denen es heißt, dass der Wodka Żubrówka mit dem „berühmten Bisongras“ „leicht an dem aromatischen Grashalm in der Flasche zu erkennen ist“ (siehe oben, Rn. 50), konnten auf den ersten Blick von wirklicher Relevanz für das Ergebnis des beim HABM eingelegten Widerspruchs sein, da ihre etwaige Berücksichtigung den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren französischen Marke während des relevanten Zeitraums in Frankreich erleichtern konnte.

67 Zum anderen standen das Verfahrensstadium, in dem die verspätete Vorlage erfolgte, und deren Begleitumstände der Berücksichtigung dieser Beweismittel durch das HABM nicht entgegen, da die Klägerin die Beweismittel zum Zeitpunkt der Einreichung ihrer Beschwerdebegründung vor der Beschwerdekammer vorgelegt hat, die daher ihr Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der fraglichen Beweismittel objektiv und unter Angabe von Gründen ausüben konnte.

68 Daraus folgt, dass die Beschwerdekammer nach der oben in Rn. 62 angeführten Rechtsprechung ihr Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der verspätet vorgelegten Beweismittel, die die beiden von dieser Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen erfüllten – nämlich die Erklärung von M. K. und die ihr beigefügten Darstellungen der Flasche von vorne, von beiden Seiten und von hinten sowie die französischen Presseartikel und die Auszüge aus Foren auf französischen Websites – objektiv und unter Angabe von Gründen auszuüben hatte.

69 Daher ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer, indem sie ihr Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der Benutzungsnachweise für die ältere dreidimensionale französische Marke, die erstmals vor ihr vorgelegt wurden, nicht objektiv und unter Angabe von Gründen ausgeübt hat, gegen Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 und unter Berücksichtigung des so festgestellten Begründungsmangels auch gegen Art. 75 dieser Verordnung verstoßen hat.

70 Dieses Ergebnis kann durch das Vorbringen des HABM und der Streithelferin nicht entkräftet werden.

71 Zunächst ist festzustellen, dass, soweit sich das HABM vor dem Gericht zur Stützung der angefochtenen Entscheidung auf darin nicht berücksichtigte Gesichtspunkte beruft, eine solche ergänzende Begründung vor dem Gericht nicht mit Erfolg angeführt werden kann, um die in der angefochtenen Entscheidung enthaltene – möglicherweise unzureichende – Begründung zu vervollständigen (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil vom 11. Dezember 2012, Sina Bank/Rat, T-15/11, EU:T:2012:661, Rn. 62 und die dort angeführte Rechtsprechung).

72 Die Begründung eines Rechtsakts ist dem Betroffenen nämlich mit diesem Rechtsakt mitzuteilen, ehe er ein Rechtsmittel gegen diesen einlegt, und die Nichtbeachtung des Begründungserfordernisses kann nicht dadurch geheilt werden, dass der Betroffene die Gründe für den Rechtsakt während des Verfahrens vor dem Unionsrichter erfährt (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil Sina Bank/Rat, oben in Rn. 71 angeführt, EU:T:2012:661, Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung). Wenn ein Organ oder eine Einrichtung der Union die Möglichkeit hätte, sich zur Ergänzung der in der angefochtenen Entscheidung genannten Gründe auf solche zusätzlichen Gründe zu berufen, würde dies die Verteidigungsrechte des Betroffenen und seinen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz sowie den Grundsatz der Gleichheit der Parteien vor dem Unionsrichter beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil vom 6. September 2013, Bateni/Rat, T-42/12 und T-181/12, EU:T:2013:409, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

73 Unbeschadet dieser Feststellung hält es das Gericht für angebracht, das betreffende Vorbringen zu prüfen und zu widerlegen.

74 Erstens ist das Vorbringen des HABM, wonach Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 in seiner Konkretisierung durch Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 eine „gegenteilige Vorschrift“ im Sinne der oben in Rn. 44 angeführten Rechtsprechung enthalte, die der Berücksichtigung der erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegten Benutzungsnachweise entgegenstehe, aus den nachstehenden Gründen zurückzuweisen.

75 Unter der Überschrift „Prüfung des Widerspruchs“ sieht Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 im Wesentlichen vor, dass auf Verlangen des Anmelders der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben hat, den Nachweis zu erbringen hat, dass er innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke die ältere Gemeinschafts- oder nationale Marke in der Union für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist und auf die er sich zur Begründung seines Widerspruchs beruft, ernsthaft benutzt hat, oder dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen. Kann er diesen Nachweis nicht erbringen, so wird der Widerspruch zurückgewiesen.

76 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 als materiell-rechtliche Bestimmung keine Erfordernisse bezüglich der dem Widersprechenden gesetzten Frist zur Vorlage des Benutzungsnachweises für die ältere Marke enthält (Urteil New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 24, vgl. ferner entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 79). Daher ergibt sich die Zurückweisung des Widerspruchs, wenn der Widersprechende „diesen Nachweis nicht erbringen [kann]“, aus einer materiellen Würdigung des vorgelegten Beweises und nicht aus der Nichtbeachtung einer Verfahrensfrist.

77 Deshalb kann Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 keine Auswirkungen auf das dem HABM durch Art. 76 Abs. 2 der Verordnung eingeräumte Ermessen in der Frage haben, ob verspätet vor ihm vorgelegte Beweismittel zu berücksichtigen sind.

78 Nach Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 fordert das HABM den Widersprechenden, wenn er den Nachweis der Benutzung oder den Nachweis zu erbringen hat, dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen, dazu auf, die erforderlichen Beweismittel innerhalb einer vom HABM gesetzten Frist vorzulegen. Legt der Widersprechende diese Beweismittel nicht fristgemäß vor, so weist das Amt den Widerspruch zurück.

79 Nach Regel 40 Abs. 5 der Verordnung Nr. 2868/95 setzt das HABM dem Inhaber der Gemeinschaftsmarke im Fall eines Antrags auf Verfallserklärung gemäß Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 eine Frist, innerhalb deren er den Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke zu führen hat. Wird der Nachweis nicht innerhalb der gesetzten Frist geführt, verfällt die Gemeinschaftsmarke. Regel 22 Abs. 2 bis 4 der Verordnung Nr. 2868/95 gilt entsprechend.

80 Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass Regel 40 Abs. 5 der Verordnung Nr. 2868/95 die Beschwerdekammer nicht daran hindern kann, das ihr grundsätzlich durch Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 eingeräumte Ermessen hinsichtlich einer etwaigen Berücksichtigung der ihr vorgelegten zusätzlichen Beweismittel auszuüben (vgl. in diesem Sinne Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 90).

81 Gleiches gilt aus denselben Gründen für Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95, die im Widerspruchsverfahren der das Verfallsverfahren betreffenden Regel 40 der Verordnung entspricht.

82 Insoweit geht zwar aus dem Wortlaut der Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 hervor, dass das HABM, wenn innerhalb der von ihm gesetzten Frist überhaupt kein Beweis für die Benutzung der betroffenen Marke vorgelegt wird, grundsätzlich von Amts wegen das Fehlen einer ernsthaften Benutzung der älteren Marke feststellen muss, doch ist ein solches Ergebnis nicht zwingend, wenn Beweise für diese Benutzung innerhalb der genannten Frist vorgelegt werden (Urteil New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 28, vgl. ferner entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 86).

83 In einem solchen Fall hat das Verfahren, soweit die betreffenden Beweismittel nicht ersichtlich ohne jede Relevanz für den Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke sind, seinen Fortgang zu nehmen. So hat das HABM insbesondere, wie in Art. 42 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 vorgesehen, die Beteiligten so oft wie erforderlich aufzufordern, eine Stellungnahme zu seinen Bescheiden oder zu den Schriftsätzen anderer Beteiligter einzureichen (Urteil New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 29, vgl. ferner entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 87).

84 Wenn in einem solchen Zusammenhang später das Fehlen einer ernsthaften Benutzung der älteren Marke festgestellt wird, geschieht dies nicht aufgrund einer Anwendung von Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95, einer im Wesentlichen verfahrensrechtlichen Bestimmung, sondern ausschließlich aufgrund der Anwendung der materiell-rechtlichen Bestimmungen in Art. 42 der Verordnung Nr. 207/2009 (Urteil New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 29, vgl. ferner entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 87).

85 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt insbesondere, dass die Vorlage von Beweisen für die Benutzung der Marke, die zu Beweismitteln hinzukommen, die innerhalb der vom HABM nach Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 gesetzten Frist vorgelegt worden sind, auch nach dem Ablauf dieser Frist noch möglich ist und dass es dem HABM keineswegs untersagt ist, verspätet vorgelegte zusätzliche Beweismittel in Ausübung des Ermessens, das ihm gemäß Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 zukommt, zu berücksichtigen (Urteil New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 30, vgl. ferner entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABL und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 88).

86 Daher ist festzustellen, dass Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 die Beschwerdekammer nicht daran hindern kann, das ihr durch Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 eingeräumte Ermessen hinsichtlich einer etwaigen Berücksichtigung der erstmals vor ihr vorgelegten zusätzlichen Beweismittel auszuüben.

87 Wie oben in Rn. 48 ausgeführt, steht im vorliegenden Fall fest, dass die Klägerin innerhalb der vom HABM gesetzten Frist verschiedene Beweise für die Benutzung der älteren französischen Marke vorgelegt hatte. Weiter ist festzustellen, dass diese ursprünglich vorgelegten Beweismittel hierfür nicht völlig irrelevant waren, zumal die Beschwerdekammer sie in den Rn. 13 bis 18 der angefochtenen Entscheidung berücksichtigt, wenn auch für unzureichend erachtet hat. Hieraus folgt, dass die Vorlage zusätzlicher Beweismittel, die zu den relevanten Beweismitteln hinzukommen, die innerhalb der vom HABM nach Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 gesetzten Frist vorgelegt worden sind, auch nach dem Ablauf dieser Frist noch möglich ist und dass es dem HABM keineswegs untersagt ist, diese zusätzlichen Beweismittel in Ausübung des Ermessens, das ihm gemäß Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 zukommt, zu berücksichtigen.

88 Zweitens kann auch dem vermeintlich auf die Rechtsprechung gestützten Vorbringen des HABM und der Streithelferin nicht gefolgt werden, wonach die neuen Unterlagen die fristgerecht vorgelegten Unterlagen nicht ergänzten und noch nicht einmal in einem sachlichen Zusammenhang mit ihnen stünden, weil sie eine andere Flasche, mit einer runden Verdickung am Flaschenhals anstatt mit einem geraden Flaschenhals, und einen länglichen Gegenstand – bei dem es sich um einen Grashalm handeln könnte – zeigten, der im Flascheninneren durchgängig gezeigt werde und damit den ersten und einzigen Nachweis für die Nutzung dieses Gegenstands im Inneren einer Flasche darstelle.

89 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung keinen sachlichen Zusammenhang zwischen den zusätzlichen und den älteren Beweismitteln fordert. Erforderlich ist lediglich, dass es sich bei den Beweismitteln, die nach Ablauf der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist vorgelegt werden, nicht um die ersten und einzigen Benutzungsnachweise handelt, sondern vielmehr um sogenannte „ergänzende“ oder „zusätzliche“ Beweismittel, die zu den fristgerecht vorgelegten relevanten Beweismitteln hinzukommen (Urteile New Yorker SHK Jeans/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:484, Rn. 30, und vom 29. September 2011, New Yorker SHK Jeans/HABM – Vallis K. – Vallis A. [FISHBONE], T-415/09, EU:T:2011:550, Rn. 33).

90 Sodann ist zu beachten, dass auch die von der oben in Rn. 62 angeführten Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen nicht erfordern, dass die zusätzlichen Beweismittel in einem sachlichen Zusammenhang mit den älteren Beweismitteln stehen, sondern, dass sie von echter Relevanz für den Ausgang des Verfahrens vor dem HABM sind.

91 Darüber hinaus ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen des HABM und der Streithelferin in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend ist, da es die Beweismittel verfälscht, die innerhalb der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist vorgelegt wurden. Tatsächlich ist festzustellen, dass sich auf den in den Rn. 14 und 15 der angefochtenen Entscheidung abgebildeten Fotografien (siehe oben, Rn. 15) ein Grashalm – und nicht irgendein länglicher Gegenstand – im Inneren der Flasche befindet,

der für den Betrachter sichtbar ist. Die oben in Rn. 52 abgebildeten Fotografien können somit nicht den ersten und einzigen Beweis für die Benutzung eines Grashalms im Inneren einer Flasche darstellen.

92 Drittens kann auch das Vorbringen des HABM und der Streithelferin, wonach die Klägerin weder erklärt habe, inwiefern diese erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegten Beweismittel die bereits vorgelegten Beweismittel ergänzten, noch, warum sie diese nicht fristgerecht eingereicht habe, keinen Erfolg haben.

93 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Erklärung von der oben in Rn. 62 angeführten Rechtsprechung nicht gefordert wird.

94 Außerdem ist festzustellen, dass die Klägerin in ihrer Beschwerdebegründung vor der Beschwerdekammer sowohl auf die Entscheidung der Widerspruchsabteilung, die die vor ihr vorgelegten Benutzungsnachweise für unzureichend erachtet hatte, als auch auf die zusätzlichen Beweismittel Bezug genommen hat. So hat sie entgegen der Auffassung der Streithelferin jedes dieser Beweismittel zur Stützung ihres auf den S. 2 und 3 dieses Schriftsatzes formulierten Vorbringens herangezogen. Eine solche Bezugnahme reichte aus, um zu zeigen, dass die Klägerin die Relevanz dieser Beweismittel für das Verfahren vor der Beschwerdekammer geltend machte. Die Beschwerdekammer hat aber offenbar die etwaige Relevanz der von der Klägerin vorgelegten zusätzlichen Beweismittel nicht gebührend geprüft (vgl. entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 116).

95 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine etwaige Berücksichtigung zusätzlicher Beweismittel für die Benutzung der Marke, die nach Ablauf der Frist gemäß Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorgelegt werden, nicht zwingend voraussetzt, dass es dem Betreffenden nicht möglich war, diese Beweismittel fristgerecht vorzulegen (vgl. entsprechend Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 117).

96 Viertens schließlich ist das vermeintlich auf die Rechtsprechung gestützte Vorbringen der Streithelferin nicht stichhaltig, wonach die Begründung der Beschwerdekammer, wie im vorliegenden Fall in Rn. 16 der angefochtenen Entscheidung (siehe oben, Rn. 15), implizit erfolgen könne, da von ihr nicht verlangt werden könne, bei ihren Ausführungen alle von den Beteiligten vor ihr vorgetragenen Argumente nacheinander erschöpfend zu behandeln.

97 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die von der Streithelferin angeführte Rechtsprechung nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung Anwendung findet, dass die Begründung es zum einen den Betroffenen ermöglicht, die Gründe für die Entscheidung der Beschwerdekammer zu erfahren, und zum anderen dem zuständigen Gericht ausreichende Angaben an die Hand gibt, damit es seine Kontrolle wahrnehmen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Juli 2008, Reber/HABM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli [Mozart], T-304/06, Slg, EU:T:2008:268, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).

98 Aus den Rn. 47 bis 69 des vorliegenden Urteils ergibt sich, dass diese Voraussetzung im vorliegenden Fall zumindest hinsichtlich der Entscheidung der Beschwerdekammer über die Berücksichtigung der erstmals vor ihr vorgelegten Beweise nicht erfüllt ist, so dass sich diese Rechtsprechung hier als nicht anwendbar erweist.

99 Auch die vom HABM angeführte Rechtsprechung, wonach ein Begründungsmangel als solcher – seinen Nachweis unterstellt – nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen müsse, wenn er keine Auswirkung auf ihre Begründetheit habe (Urteil vom 12. September 2013, „Rauscher“ Consumer Products/HABM [Darstellung eines Tampons], T-492/11, EU:T:2013:421, Rn. 34), erweist

sich im vorliegenden Fall als nicht anwendbar, da gerade diese Voraussetzung nicht erfüllt ist. Die Auswirkung des Begründungsmangels auf die Begründetheit der im vorliegenden Fall angefochtenen Entscheidung ist oben in Rn. 47 bis 69, insbesondere in den Rn. 64 und 66, dargelegt.

100 Nach alledem ist festzustellen, dass der dritte Klagegrund begründet ist, da die Beschwerdekammer ihr Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung der zusätzlichen Beweismittel, die erstmals nach Ablauf der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist vor ihr vorgelegt wurden, nicht objektiv und unter Angabe von Gründen ausgeübt hat.

101 Da die Beschwerdekammer die Frage, ob die vor ihr vorgelegten zusätzlichen Beweismittel zu berücksichtigen waren, nicht geprüft hat, ist es nicht Sache des Gerichts, sie erstmals im Rahmen seiner Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM, C-263/09 P, Slg, EU:C:2011:452, Rn. 72 und 73; vom 12. Mai 2010, Beifa Group/HABM - Schwan-Stabilo Schwanhäußer [Schreibinstrument], T-148/08, Slg, EU:T:2010:190, Rn. 124, und vom 14. Dezember 2011, Völkl/HABM – Marker Völkl [VÖLKL], T-504/09, Slg, EU:T:2011:739, Rn. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).

102 Es ist Sache der Beschwerdekammer, unter Beachtung der Vorgaben der Rechtsprechung und des vorliegenden Urteils, unter gebührender Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände sowie unter entsprechender Begründung seiner Entscheidung zu beurteilen, ob die von der Klägerin erstmals vor ihr vorgelegten zusätzlichen Beweismittel bei der von ihr zu erlassenden Entscheidung über die Beschwerde, mit der sie befasst bleibt, zu berücksichtigen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil Centrotherm Systemtechnik/HABM und centrotherm Clean Solutions, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2013:593, Rn. 119).

103 Da der dritte Klagegrund begründet ist, ist der Klage, ohne dass der erste und der zweite Klagegrund geprüft zu werden brauchen, stattzugeben und somit die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

Kosten

104 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

105 Da das HABM und die Streithelferin unterlegen sind, sind zum einen dem HABM gemäß dem Antrag der Klägerin neben seinen eigenen Kosten die Kosten der Klägerin aufzuerlegen und ist zum anderen zu entscheiden, dass die Streithelferin ihre eigenen Kosten trägt.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Achte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 26. März 2012 (Sache R 2506/2010-4) wird aufgehoben.**

2. **Das HABM trägt neben seinen eigenen Kosten die Kosten der CEDC International sp. z o.o.**

3. **Die Underberg AG trägt ihre eigenen Kosten.**

Gratsias Kancheva Wetter

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 11. Dezember 2014.

Unterschriften