Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Sechste Kammer)

7. Juni 2023 *

„Unionsmarke – Verfahren zum Widerruf von Entscheidungen oder zur Löschung von Eintragungen – Widerruf einer Entscheidung, die mit einem offensichtlichen Fehler behaftet ist, der dem EUIPO zuzurechnen ist – Art. 103 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2017/1001 – Kein offensichtlicher Fehler“

In der Rechtssache T-519/22,

**Société des produits Nestlé SA** mit Sitz in Vevey (Schweiz), vertreten durch Rechtsanwältin A. Jaeger-Lenz, Rechtsanwalt A. Lambrecht und Rechtsanwältin A.-C. Salger,

Klägerin,

gegen

**Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO)**, vertreten durch V. Ruzek als Bevollmächtigten,

Beklagter,

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

**European Food SA** mit Sitz in Păntășești (Rumänien), vertreten durch Rechtsanwältin I. Speciac,

erlässt

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin M. J. Costeira sowie der Richter U. Öberg und P. Zilgalvis (Berichterstatter),

Kanzler: V. Di Bucci,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

* Verfahrenssprache: Englisch.

aufgrund des Umstands, dass keine der Parteien innerhalb von drei Wochen nach der Bekanntgabe des Abschlusses des schriftlichen Verfahrens die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des darauf gemäß Art. 106 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliches Verfahren zu entscheiden,

folgendes

## Urteil

1 Mit ihrer Klage nach Art. 263 AEUV begehrt die Klägerin, die Société des produits Nestlé SA, die Aufhebung der Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) vom 27. Juni 2022 (Sache R 894/2020-1) (im Folgenden: angefochtene Entscheidung).

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

2 Am 20. November 2001 meldete die Klägerin nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Unionsmarke [ABl. 2009, L 78, S. 1] in geänderter Fassung, ihrerseits ersetzt durch die Verordnung [EU] 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke [ABl. 2017, L 154, S. 1]) beim EUIPO das Wortzeichen FITNESS als Unionsmarke an.

3 Die Marke wurde für Waren der Klassen 29, 30 und 32 im Sinne 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.

4 Die Markenanmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 3/2003 vom 6. Januar 2003 veröffentlicht. Die Marke wurde am 30. Mai 2005 unter der Nr. 2470326 eingetragen.

5 Am 2. September 2011 stellte die Streithelferin, die European Food SA, einen Antrag auf Nichtigerklärung der angegriffenen Marke für alle von ihr erfassten Waren.

6 Der Antrag auf Nichtigerklärung wurde auf die in Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 59 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung 2017/1001) in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c dieser Verordnung (jetzt Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c der Verordnung 2017/1001) genannten Gründe gestützt.

7 Am 18. Oktober 2013 wies die Nichtigkeitsabteilung den Antrag auf Nichtigerklärung in vollem Umfang zurück.

8 Am 16. Dezember 2013 legte die Streithelferin gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung Beschwerde ein. Im Beschwerdeverfahren legte die Streithelferin neue Beweise für ihre Behauptung vor, dass der Begriff „fitness“ für die in Rede stehenden Waren einen beschreibenden Inhalt habe.

9 Mit Entscheidung vom 19. Juni 2015 (Sache R 2542/2013-4) wies die Vierte Beschwerdekammer des EUIPO die Beschwerde zurück. Insbesondere wies sie die erstmals bei ihr eingereichten Beweise als verspätet zurück, ohne sie zu berücksichtigen.

10 Die Streithelferin erhob mit Klageschrift, die am 19. August 2015 bei der Kanzlei des Gerichts einging, Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer.

11 Mit Urteil vom 28. September 2016, European Food/EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS) (T-476/15, im Folgenden: erstes Aufhebungsurteil, EU:T:2016:568), hob das Gericht die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer auf. Es gelangte zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdekammer einen Rechtsfehler begangen habe, als sie festgestellt habe, dass die von der Streithelferin erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegten Beweise wegen ihrer verspäteten Vorlage nicht berücksichtigt werden dürften.

12 Das EUIPO legte gegen das erste Aufhebungsurteil ein Rechtsmittel ein. Mit Urteil vom 24. Januar 2018, EUIPO/European Food (C-634/16 P, im Folgenden: Rechtsmittelurteil, EU:C:2018:30), wies der Gerichtshof das Rechtsmittel zurück.

13 Mit Entscheidung vom 6. Juni 2018 in der Sache R 755/2018-2 hob die Zweite Beschwerdekammer die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung auf. Sie führte insbesondere aus, aus dem ersten Aufhebungsurteil und dem Rechtsmittelurteil ergebe sich, dass sie verpflichtet sei, die bei ihr eingelegte Beschwerde unter Berücksichtigung der von der Streithelferin erstmals vor der Vierten Beschwerdekammer in der Sache R 2542/2013-4 vorgelegten Beweise zu prüfen. Unter Berücksichtigung dieser Beweise vertrat die Beschwerdekammer die Auffassung, dass die angegriffene Marke beschreibend sei und jeder Unterscheidungskraft entbehre.

14 Die Klägerin erhob mit Klageschrift, die am 11. September 2018 bei der Kanzlei des Gerichts einging, Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer.

15 Mit Urteil vom 10. Oktober 2019, Société des produits Nestlé/EUIPO – European Food (FITNESS) (T-536/18, nicht veröffentlicht, im Folgenden: zweites Aufhebungsurteil, EU:T:2019:737), hob das Gericht die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer auf. Es entschied insbesondere, dass die Zweite Beschwerdekammer zu Unrecht angenommen habe, dass sich aus dem ersten Aufhebungsurteil und dem Rechtsmittelurteil ergebe, dass sie verpflichtet sei, die von der Streithelferin erstmals vor der Vierten Beschwerdekammer vorgelegten Beweise zu berücksichtigen.

16 Die Streithelferin legte gegen das zweite Aufhebungsurteil ein Rechtsmittel ein. Mit Beschluss vom 18. März 2020, European Food/EUIPO (C-908/19 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:212), ließ der Gerichtshof das Rechtsmittel nicht zu.

17 Mit Entscheidung vom 12. Oktober 2021 (im Folgenden: Entscheidung von 2021) wies die Erste Beschwerdekammer des EUIPO die Beschwerde der Streithelferin zurück. In Bezug auf die vor der Vierten Beschwerdekammer vorgelegten Beweise stellte sie fest, dass die Streithelferin die verspätete Vorlage dieser Beweise nicht angemessen gerechtfertigt habe und dass sie daher verpflichtet sei, ihr Ermessen abschlägig auszuüben und diese Beweise nicht anzuerkennen.

18 Am 24. Dezember 2021 erhob die Streithelferin gegen die Entscheidung von 2021 Klage beim Gericht, die unter der Nummer T-799/21 in das Register des Gerichts eingetragen wurde.

19 Mit Mitteilung vom 15. Februar 2022 teilte die Beschwerdekammer den Parteien mit, dass sie beabsichtige, die Entscheidung von 2021 gemäß Art. 103 der Verordnung 2017/1001 zu widerrufen.

20 Mit der angefochtenen Entscheidung widerrief die Erste Beschwerdekammer die Entscheidung von 2021. Erstens stellte sie fest, der dieser Entscheidung zugrunde gelegte Ansatz, wonach Regel 50 Abs. 1 Unterabs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. 1995, L 303, S. 1) im Rahmen eines auf absolute Nichtigkeitsgründe gestützten Nichtigkeitsverfahrens entsprechend anwendbar sei, sei offensichtlich fehlerhaft, da sich aus dem Rechtsmittelurteil ergebe, dass diese Bestimmung im Rahmen eines auf absolute Nichtigkeitsgründe gestützten Nichtigkeitsverfahrens nicht anwendbar sei. Zweitens stellte die Beschwerdekammer fest, die in den Rn. 57 und 58 der Entscheidung von 2021 enthaltene Bezugnahme auf das Urteil vom 22. September 2011, Cesea Group/HABM – Mangini & C. (Mangiami) (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516), sei ebenfalls fehlerhaft, da sich dieses Urteil auf Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 gestützt habe, bei der es sich um eine *lex specialis* handle, die speziell auf den Nachweis der Benutzung anwendbar sei und daher nicht auf Nichtigkeitsverfahren übertragen werden könne.

## Anträge der Parteien

21 Die Klägerin beantragt,

– die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

– dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen.

22 Das EUIPO beantragt,

– die Klage abzuweisen;

– der Klägerin die ihm im Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung entstandenen Kosten aufzuerlegen.

23 Die Streithelferin beantragt im Wesentlichen, die Klage abzuweisen.

## Rechtliche Würdigung

24 Die Klägerin stützt ihre Klage auf drei Klagegründe, mit denen sie erstens einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 in Verbindung mit Art. 70 der Delegierten Verordnung (EU) 2018/625 der Kommission vom 5. März 2018 zur Ergänzung der Verordnung 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Unionsmarke und zur Aufhebung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/1430 (ABl. 2018, L 104, S. 1), zweitens einen Verstoß gegen Art. 72 Abs. 6 der Verordnung 2017/1001 und drittens einen Verstoß gegen Art. 94 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 in Verbindung mit Art. 70 der Delegierten Verordnung 2018/625 rügt.

***Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 in Verbindung mit Art. 70 der Delegierten Verordnung 2018/625***

25 Die Klägerin macht geltend, der Widerruf der Entscheidung von 2021 gemäß Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 sei rechtswidrig. Insoweit könne der fehlerhafte Verweis der Beschwerdekammer auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 und auf die Rechtsprechung zu Regel 22 Abs. 2 dieser Verordnung nicht als offensichtlicher Fehler im Sinne von Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 angesehen werden und für sich genommen den Widerruf der Entscheidung von 2021 nicht rechtfertigen. Nach Ansicht der Klägerin umfasst der Begriff „offensichtlicher Fehler“ zwei Ebenen: Er müsse leicht erkennbar und von außergewöhnlicher Schwere sein, so dass der verfügende Teil der früheren Entscheidung nicht mehr plausibel sei. Im vorliegenden Fall beruhten die Schlussfolgerungen der Beschwerdekammer in den Rn. 60 bis 62 der Entscheidung von 2021 jedoch nicht auf einer entsprechenden Anwendung von Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95. Der Verweis auf diese Bestimmung sei ein rein formaler Fehler, der sich nicht auf die Begründetheit oder Plausibilität des verfügenden Teils der Entscheidung von 2021 auswirke.

26 Außerdem habe die Beschwerdekammer in den Rn. 61 und 62 der Entscheidung von 2021 zu Recht besonders darauf hingewiesen, dass die angemessene Rechtfertigung der verspäteten Vorlage von Beweisen ein Faktor sei, der schwerer wiege als die Erwägungen, die für eine Berücksichtigung dieser Beweise sprächen. Das Erfordernis einer angemessenen Rechtfertigung sei weder mit Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 noch mit Regel 22 Abs. 2 dieser Verordnung verknüpft. Dieser Ansatz stehe im Einklang mit der Rechtsprechung und insbesondere mit Rn. 44 des zweiten Aufhebungsurteils.

27 Schließlich macht die Klägerin geltend, dass die von der Beschwerdekammer in Rn. 29 der angefochtenen Entscheidung gegebene Begründung recht lückenhaft sei. Zudem bestehe zwischen der Mitteilung der Beschwerdekammer vom 15. Februar 2022 und der Begründung der angefochtenen Entscheidung eine Diskrepanz in der Darstellung der behaupteten Fehler. Diese Mitteilung habe nahegelegt, dass der angebliche Fehler im „strengen Ansatz in Bezug auf die Vorlage neuer Beweise“ liege.

28 Nach Ansicht des EUIPO hat die Beschwerdekammer nicht gegen Art. 103 der Verordnung 2017/1001 verstoßen. Die in der angefochtenen Entscheidung festgestellten offensichtlichen Fehler hätten sich auf den Inhalt der von der Beschwerdekammer in der Entscheidung von 2021 vorgenommenen Prüfung ausgewirkt und seien so beschaffen, dass sie die Aufrechterhaltung des verfügenden Teils dieser Entscheidung ohne eine neue Prüfung nicht erlaubten. Insbesondere habe die entsprechende Anwendung der in Rede stehenden Regeln eine entscheidende Rolle bei der Schlussfolgerung der Beschwerdekammer in Rn. 61 der Entscheidung von 2021 gespielt, wonach ein strenger Ansatz in Bezug auf die Vorlage neuer Beweise erforderlich sei, um die Verfahren hinreichend rechtssicher und vorhersehbar zu gestalten. Diese Schlussfolgerung bilde die Grundlage für die weiteren Schlussfolgerungen der Beschwerdekammer. Insbesondere habe dieser „strenge Ansatz in Bezug auf die Vorlage neuer Beweise“ die Beschwerdekammer zu der Feststellung veranlasst, dass sie verpflichtet sei, ihr Ermessen abschlägig auszuüben.

29 In Bezug auf das Erfordernis einer angemessenen Rechtfertigung für die verspätete Vorlage der Beweise bringt das EUIPO vor, dass die Streithelferin eine solche Rechtfertigung vorgebracht habe, da sie sich auf die Notwendigkeit berufen habe, auf die Schlussfolgerungen der Nichtigkeitsabteilung einzugehen, die Beschwerdekammer diese Rechtfertigung jedoch in Rn. 54 der Entscheidung von 2021 unter Verweis auf die Rechtsprechung zu Regel 22 Abs. 2 der

Verordnung Nr. 2868/95 zu Unrecht zurückgewiesen habe. In Bezug auf Rn. 43 des Rechtsmittelurteils vertritt das EUIPO die Auffassung, dass der Satz, wonach „es dem Beteiligten, der die Beweismittel erstmals vor der Beschwerdekammer vorlegt, obliegt, zu begründen, warum diese Beweismittel in diesem Stadium des Verfahrens vorgelegt werden, und nachzuweisen, dass es nicht möglich war, sie im Verfahren vor der Nichtigkeitsabteilung vorzulegen“ im Licht der früheren Rechtsprechung nicht dahin ausgelegt werden könne, dass der Beteiligte nachweisen müsse, dass es ihm unmöglich gewesen sei, die betreffenden Beweise in einem früheren Stadium des Verfahrens vorzulegen. Ein solcher Ansatz nähme nicht nur Art. 95 Abs. 2 der Verordnung 2017/1001 seine praktische Wirksamkeit, sondern wäre auch mit den Erwägungen des Gerichtshofs im Rechtsmittelurteil unvereinbar.

30 Schließlich weist das EUIPO in Übereinstimmung mit der Beschwerdekammer darauf hin, dass die vorliegende Rechtssache eine besonders lange Prozessgeschichte habe, die auf Verfahrensfehler zurückzuführen sei. Es liege daher im Interesse der Parteien und des Verfahrens, den in der Entscheidung von 2021 unterlaufenen Fehler zu beheben, anstatt das Urteil des Gerichts abzuwarten, was das Verfahren noch weiter verzögern würde.

31 Die Streithelferin trägt vor, dass der fragliche Fehler leicht erkennbar und durchwegs offensichtlich sei. In der Entscheidung von 2021 sei die Beschwerdekammer bei ihrer gesamten Prüfung davon ausgegangen, dass Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 im konkreten Fall anwendbar sei. Aufgrund dieses Fehlers habe sich die Beschwerdekammer als verpflichtet erachtet, ihr Ermessen dahin auszuüben, dass die Beweise unzulässig seien, obwohl sie diese auf den ersten Blick für relevant gehalten habe. Dabei habe die Beschwerdekammer insofern einen Rechtsfehler begangen, als sie die Fälle, in denen sie ihr Ermessen im Sinne der Zulässigkeit verspäteter Beweise ausüben könne, auf Situationen beschränkt habe, die sich durch neue Umstände auszeichneten.

32 Nach Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 hat das EUIPO, wenn es eine Entscheidung trifft, die offensichtlich mit einem ihm anzulastenden Fehler behaftet ist, diese Entscheidung zu widerrufen.

33 Nach Art. 70 Abs. 1 der Delegierten Verordnung 2018/625 unterrichtet das EUIPO, wenn es feststellt, dass die Voraussetzungen für den Widerruf einer Entscheidung oder die Löschung einer Registereintragung nach Art. 103 der Verordnung 2017/1001 gegeben sind, den betroffenen Beteiligten von dem beabsichtigten Widerruf beziehungsweise der beabsichtigten Löschung.

34 Nach der Rechtsprechung kann ein Fehler nur dann als offensichtlich angesehen werden, wenn er anhand der Kriterien, die nach dem Willen des Gesetzgebers für die Ausübung des Ermessens durch die Verwaltung maßgebend sind, eindeutig zu erkennen ist, und die vorgelegten Beweise ausreichen, um die Sachverhaltsbeurteilung der Verwaltung als nicht plausibel erscheinen zu lassen, ohne dass diese Beurteilung als gerechtfertigt und kohärent angesehen werden kann (vgl. Urteil vom 22. September 2021, Marina Yachting Brand Management/EUIPO – Industries Sportswear [MARINA YACHTING], T-169/20, EU:T:2021:609, Rn. 112 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35 Zur Anwendung von Art. 103 der Verordnung 2017/1001 ist entschieden worden, dass es bei dem „offensichtlichen“ oder offenkundigen Charakter des Fehlers, der den Erlass einer Entscheidung über den Widerruf einer früheren Entscheidung rechtfertigt, um Fehler mit einem hohen Grad an Offensichtlichkeit geht, die es nicht erlauben, den verfügenden Teil dieser früheren

Entscheidung aufrechtzuerhalten, ohne dass die Stelle, die diese Entscheidung getroffen hat, zu einem späteren Zeitpunkt eine neue Prüfung durchführt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. September 2021, MARINA YACHTING, T-169/20, EU:T:2021:609, Rn. 111 und die dort angeführte Rechtsprechung).

36 Im vorliegenden Fall führte die Beschwerdekammer zwei Gründe zur Rechtfertigung des Widerrufs der Entscheidung von 2021 an. Erstens stellte sie in den Rn. 26 und 27 der angefochtenen Entscheidung fest, dass der Ansatz, wonach es möglich sei, sich auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 zu stützen und diese Regel im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens entsprechend anzuwenden, offensichtlich fehlerhaft sei, da diese Regel, wie sich aus den Rn. 48 und 49 des Rechtsmittelurteils ergebe, im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens nicht anwendbar sei. Insoweit fügte die Beschwerdekammer in Rn. 29 der angefochtenen Entscheidung hinzu, dass es sich um einen offensichtlichen Fehler im Sinne von Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 handle, da die Beschwerdekammer offenbar das Urteil des Gerichtshofs in derselben Rechtssache außer Acht gelassen und damit gegen den Grundsatz der Rechtskraft verstoßen habe. Zweitens stellte die Beschwerdekammer in Rn. 28 der angefochtenen Entscheidung fest, dass es in den Rn. 57 und 58 der Entscheidung von 2021 falsch gewesen sei, auf das Urteil vom 22. September 2011, Mangiami (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516), das die Anwendung der für den Nachweis der Benutzung geltenden Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 betreffe, Bezug zu nehmen und anzunehmen, dass diese Rechtsprechung uneingeschränkt auf den in Rede stehenden Nichtigkeitszusammenhang übertragbar sei.

37 Es ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdekammer festgestellten Umstände im Licht der oben in Rn. 35 angeführten Rechtsprechung als offensichtliche Fehler im Sinne von Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 eingestuft werden können.

38 Was als Erstes den Verweis auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 in Rn. 40 der Entscheidung von 2021 betrifft, ist unstreitig, dass diese Bestimmung im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens auf der Grundlage von absoluten Nichtigkeitsgründen nicht gilt, wie vom Gericht entschieden und vom Gerichtshof bestätigt wurde (Rechtsmittelurteil, Rn. 49, und erstes Aufhebungsurteil, Rn. 60).

39 Jedoch geht weder aus der angefochtenen Entscheidung noch letztlich aus der Entscheidung von 2021 hervor, dass sich die Bezugnahme in deren Rn. 40 auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 auf die Schlussfolgerungen der Beschwerdekammer in Bezug auf die Möglichkeit, die von der Streithelferin neu vorgelegten Beweise zuzulassen, in der Weise ausgewirkt hätte, dass der begangene Fehler es nicht erlaubt hätte, den verfügenden Teil der Entscheidung von 2021 ohne eine neue Prüfung aufrechtzuerhalten.

40 Die Beschwerdekammer gelangte nämlich in Rn. 62 der Entscheidung von 2021 zu dem Schluss, dass sie verpflichtet sei, ihr Ermessen abschlägig auszuüben, und die zusätzlichen Beweise nicht akzeptieren dürfe, da es keine akzeptable Rechtfertigung für die verspätete Vorlage der Beweise gebe. Dieses Erfordernis ergibt sich aber nach den von der Beschwerdekammer in Rn. 43 der Entscheidung von 2021 genannten Kriterien insbesondere aus Rn. 44 des zweiten Aufhebungsurteils.

41 Was die Argumentation betrifft, die sie zu dem oben genannten Schluss veranlasste, nahm die Beschwerdekammer zunächst in Rn. 41 ihrer Entscheidung von 2021 Bezug auf das zweite Aufhebungsurteil. Aus diesem gehe u. a. hervor, dass verspätet vorgelegte Beweise nicht

automatisch zulässig seien und dass es dem Beteiligten, der sie vorlege, obliege, zu begründen, warum diese Beweise in diesem Stadium des Verfahrens vorgelegt würden, und nachzuweisen, dass es nicht möglich gewesen sei, sie im Verfahren vor der Nichtigkeitsabteilung vorzulegen.

42 Sodann stellte die Beschwerdekammer, nachdem sie in Rn. 43 der Entscheidung von 2021 die zu berücksichtigenden Kriterien präzisiert hatte, in Rn. 47 dieser Entscheidung fest, dass die erstmals im Stadium der Beschwerde vorgebrachten Gesichtspunkte auf den ersten Blick relevant seien. Nach Ansicht der Beschwerdekammer gab es jedoch keinen Beleg dafür, dass diese Beweise insofern neu seien, dass sie nicht verfügbar gewesen seien, oder dass es nicht möglich gewesen sei, sie im Nichtigkeitsverfahren vorzulegen. Der Beschwerdekammer zufolge hätten die zusätzlichen Beweise daher bereits vor der Nichtigkeitsabteilung vorgelegt werden können.

43 Schließlich führte die Beschwerdekammer in Rn. 54 der Entscheidung von 2021 aus, dass die Rechtfertigung der Streithelferin für die verspätete Vorlage der in Rede stehenden Beweise, nämlich die Feststellung der Nichtigkeitsabteilung, dass die ursprünglich vorgelegten Beweise unzureichend seien, nicht als neuer Umstand angesehen werden könne, der die Vorlage zusätzlicher Beweise im Stadium der Beschwerde rechtfertige.

44 Folglich ist nicht dargetan worden, dass sich die fehlerhafte Bezugnahme auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 auf die Argumentation der Beschwerdekammer oder deren Schlussfolgerung ausgewirkt hat.

45 Was die in Rn. 61 der Entscheidung von 2021 enthaltene Erwägung zur Notwendigkeit eines strengen Ansatzes in Bezug auf die Vorlage neuer Beweise betrifft, geht aus der Argumentation der Beschwerdekammer nicht eindeutig hervor, dass sie auf Regel 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 gestützt war.

46 Was als Zweites die Möglichkeit betrifft, die in Rn. 27 des Urteils vom 22. September 2011, Mangiami (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516), aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall zu übertragen, vertrat die Beschwerdekammer in Rn. 57 der Entscheidung von 2021 die Auffassung, dass Regel 37 Buchst. b Ziff. iv und Regel 39 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 die Wirksamkeit genommen würde, wenn zusätzliche Beweise zugelassen würden, die ohne stichhaltige Rechtfertigung erstmals im Stadium der Beschwerde vorgelegt worden seien. Die Beschwerdekammer gelangte zu dieser Schlussfolgerung, nachdem sie in Rn. 58 der Entscheidung von 2021 u. a. festgestellt hatte, dass die in diesem Urteil, das im Kontext des Nachweises der Benutzung ergangen sei, aufgestellten Grundsätze uneingeschränkt auf den Kontext der Erklärung der Nichtigkeit übertragbar seien.

47 Außerdem nahm die Beschwerdekammer auch in den Rn. 43 und 54 der Entscheidung von 2021 Bezug auf das Urteil vom 22. September 2011, Mangiami (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516). Zum einen stellte sie in Rn. 43 dieser Entscheidung unter Verweis auf Rn. 24 dieses Urteils fest, dass sie u. a. zu prüfen habe, ob die Antragstellerin im Nichtigkeitsverfahren auf neue Tatsachen Bezug genommen habe, um die Eintragungsfähigkeit der fraglichen älteren Marke zu bestreiten, oder die zusätzlichen Beweise zu dem Zeitpunkt, zu dem sie hätten vorgelegt werden sollen, nicht verfügbar gewesen seien, da diese Umstände insbesondere die verspätete Vorlage zusätzlicher Beweise rechtfertigen könnten. Zum anderen führte die Beschwerdekammer in Rn. 54 der Entscheidung von 2021 unter Bezugnahme auf die Rn. 26 und 27 des oben genannten Urteils aus, dass die Feststellung der Nichtigkeitsabteilung, dass die

Beweise unzureichend seien, nicht als Rechtfertigung dafür angesehen werden könne, zusätzliche Beweise erstmals vor der Beschwerdekammer vorzulegen. Folglich sei die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung kein neuer Gesichtspunkt.

48 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass in den Rn. 26 und 27 des Urteils vom 22. September 2011, Mangiami (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516), entschieden worden ist, dass die Argumentation der Nichtigkeitsabteilung, die zur Feststellung der Unzulänglichkeit des Nachweises der Benutzung der älteren Marke geführt hatte, für sich genommen nicht als neuer Gesichtspunkt angesehen werden kann, der die Vorlage zusätzlicher Beweise rechtfertigt, die erstmals vor der Beschwerdekammer vorgelegt worden sind. Die Annahme, dass diese Argumentation der Nichtigkeitsabteilung einen neuen Gesichtspunkt darstelle, würde die Tragweite der in Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorgesehenen Frist erheblich einschränken. Dem Gericht zufolge würde dies bedeuten, dass die Beschwerdekammer immer dann, wenn sie der Ansicht wäre, dass die Nichtigkeitsabteilung die vorgelegten Benutzungsnachweise zu Unrecht für unzureichend gehalten habe, zusätzliche, erstmals vor ihr vorgelegte Benutzungsnachweise akzeptieren könnte.

49 Selbst unter der Annahme, dass die Erwägungen zur Rechtfertigung der Vorlage zusätzlicher Beweise im Zusammenhang mit der Anwendung von Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 nicht auf eine Rechtssache übertragbar sind, die unter Regel 37 Buchst. b Ziff. iv und Regel 39 Abs. 3 dieser Verordnung fällt, kann ein etwaiger Fehler der Beschwerdekammer nicht als offensichtlich im Sinne der oben in Rn. 35 angeführten Rechtsprechung eingestuft werden.

50 Hierzu ist erstens festzustellen, dass die Beschwerdekammer Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 nicht in einem Nichtigkeitsverfahren anwandte, sondern entsprechend auf eine Rechtsprechung Bezug nahm, die die Anwendung dieser Bestimmung betrifft.

51 Zweitens ist zum einen festzustellen, dass aus Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 hervorgeht, dass das EUIPO den Widersprechenden, wenn er den Nachweis der Benutzung oder den Nachweis zu erbringen hat, dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen, auffordert, die erforderlichen Beweismittel innerhalb einer vom EUIPO gesetzten Frist vorzulegen. Legt der Widersprechende diese Beweismittel nicht fristgemäß vor, so weist das EUIPO den Widerspruch zurück. Zum anderen geht aus Regel 37 Buchst. b Ziff. iv der Verordnung Nr. 2868/95 hervor, dass ein Antrag auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit einer Unionsmarke die zur Begründung des Antrags vorgebrachten Tatsachen, Beweismittel und Bemerkungen enthalten muss. Nach Regel 39 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 fordert das EUIPO, wenn ein solcher Antrag nicht den Anforderungen von Regel 37 dieser Verordnung entspricht, den Anmelder auf, die festgestellten Mängel innerhalb einer vom EUIPO gesetzten Frist zu beseitigen; werden die Mängel nicht fristgemäß beseitigt, so weist das EUIPO den Antrag als unzulässig zurück.

52 Es ist festzustellen, dass es sich um zwei verfahrensrechtliche Zusammenhänge handelt, die zwar verschieden, aber dennoch vergleichbar sind, da das EUIPO in beiden Fällen eine Frist für die Vorlage von Beweisen festlegt und die Anträge zurückweist, wenn diese Beweise nicht vorgelegt werden. Daher kann dieser Unterschied in den Verfahren für sich genommen kein hinreichender Grund für die Annahme sein, dass die Rechtsprechung zum Nachweis der Benutzung offensichtlich nicht auf Nichtigkeitsverfahren übertragbar wäre. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass einige andere Urteile, auf die die Beschwerdekammer Bezug nahm, nämlich die Urteile vom 18. Juli 2013, New Yorker SHK Jeans/HABM (C-621/11 P, EU:C:2013:484), und vom

29. September 2011, New Yorker SHK Jeans/HABM – Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE) (T-415/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:550) ebenfalls die Frage der ernsthaften Benutzung betreffen.

53 Jedenfalls ist festzuhalten, dass die Bezugnahme auf das Urteil vom 22. September 2011, Mangiami (T-250/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:516), die sich auf die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer zur Rechtfertigung der verspäteten Vorlage der Beweise ausgewirkt hat, in Rn. 54 und nicht in den Rn. 57 und 58 der Entscheidung von 2021 enthalten ist.

54 Daraus folgt, dass die bloße entsprechende Anwendung der Rechtsprechung zur Auslegung von Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 im vorliegenden Fall keinen offensichtlichen Fehler im Sinne von Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 darstellen kann.

55 Zu dem Vorbringen des EUIPO, dass die Streithelferin die verspätete Vorlage der Beweise gerechtfertigt habe – und zwar damit, dass auf die Schlussfolgerungen der Nichtigkeitsabteilung eingegangen werden müsse –, die Beschwerdekammer diese Rechtfertigung aber in Rn. 54 der Entscheidung von 2021 zu Unrecht zurückgewiesen habe, genügt der Hinweis, dass dieses Vorbringen nicht zu den Gründen gehört, auf denen die angefochtene Entscheidung beruht. Die Begründung einer Entscheidung muss im Entscheidungstext selbst enthalten sein und kann nicht durch spätere Erläuterungen des EUIPO erbracht werden, es sei denn, es lägen außergewöhnliche Umstände vor; mangels Dringlichkeit sind diese nicht gegeben. Folglich muss die Entscheidung grundsätzlich aus sich heraus verständlich sein, und ihre Begründung darf sich nicht aus späteren schriftlichen oder mündlichen Erläuterungen ergeben, wenn die fragliche Entscheidung bereits Gegenstand einer Klage vor dem Unionsrichter ist (vgl. Urteil vom 12. Dezember 2017, Sony Computer Entertainment Europe/EUIPO – Vieta Audio [Vita], T-35/16, nicht veröffentlicht, EU:T:2017:886, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

56 Gleiches gilt für das übrige Vorbringen des EUIPO, insbesondere das Vorbringen, die vorliegende Rechtssache habe eine besonders lange Prozessgeschichte und es liege im Interesse der Parteien und des Verfahrens, den in der Entscheidung von 2021 unterlaufenen Fehler zu beheben. Insoweit genügt die Feststellung, dass keiner dieser geltend gemachten Umstände einen offensichtlichen Fehler im Sinne von Art. 103 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001 darstellen kann.

57 Nach alledem ist dem vorliegenden Klagegrund stattzugeben und die angefochtene Entscheidung aufzuheben, ohne dass das übrige Vorbringen der Klägerin sowie der zweite und der dritte Klagegrund geprüft zu werden brauchen.

## Kosten

58 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

59 Das EUIPO und die Streithelferin sind im vorliegenden Fall unterlegen. Die Klägerin hat jedoch nur beantragt, dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Entscheidung, die Entscheidung von 2021 zu widerrufen, der Beschwerdekammer zuzurechnen ist, trägt das EUIPO neben seinen eigenen Kosten die Kosten der Klägerin und die Streithelferin ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) vom 27. Juni 2022 (Sache R 894/2020-1) wird aufgehoben.**

2. **Das EUIPO trägt neben seinen eigenen Kosten die der Société des produits Nestlé SA entstandenen Kosten.**

3. **Die European Food SA trägt ihre eigenen Kosten.**

Costeira Öberg Zilgalvis

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 7. Juni 2023.

Unterschriften