Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
JULIANE KOKOTT
vom 13. September 2018 [1]

Rechtssache C-194/17 P

Georgios Pandalis
gegen

Europäisches Amt für geistiges Eigentum (EUIPO)

„Rechtsmittel – Unionsmarke – Verordnung Nr. 207/2009 – Verfallsverfahren – Unionswortmarke CYSTUS – Ernsthafte Benutzung – Beschreibender Charakter der Marke – Nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel – Richtlinie 2002/46/EG“

I. Einleitung

1. In der Unionsmarkenverordnung [2] ist der Fall vorgesehen, dass eine eingetragene Marke keine Unterscheidungskraft aufweist, sondern nur als Beschreibung aufgefasst wird. Dann kann die Marke nach Art. 52 auf Antrag für nichtig erklärt werden, doch im Prinzip hätte sie gar nicht erst eingetragen werden sollen. Daneben kann eine Marke nach Art. 51 für verfallen erklärt werden, wenn sie innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nicht ernsthaft benutzt wurde. Das vorliegende Verfahren betrifft die Frage, welche Folgen die beschreibende Natur einer Marke für den Nachweis der ernsthaften Benutzung hat.

2. Die Beschwerdekammer des EUIPO und das Gericht haben jeweils darauf abgestellt, dass die Marke wegen ihrer beschreibenden Natur nicht als Marke benutzt wurde, und daraus ihren Verfall abgeleitet. Das Vorbringen des Markeninhabers läuft darauf hinaus, dass damit das Verfahren der Nichtigerklärung umgangen wurde.

3. Außerdem stellt sich die Frage, ob die streitige Marke für die richtigen Produkte benutzt wurde, nämlich für nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel. In diesem Zusammenhang spielt die für diese Produkte einschlägige Richtlinie 2002/46/EG [3] eine Rolle.

1 Originalsprache: Deutsch.

2 Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 2009, L 78, S. 1), in der Fassung der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. 2012, L 112, S. 21). Mittlerweile 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.)

3 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel (ABl. 2002, L 183, S. 51).

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsmarkenverordnung

4. Art. 7 Abs. 1 der Unionsmarkenverordnung enthält absolute Eintragungshindernisse:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind:

…

c) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können“.

5. Art. 51 der Unionsmarkenverordnung regelt den Verfall der Marke:

„(1) Die Unionsmarke wird auf Antrag beim Amt oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren für verfallen erklärt,

a) wenn die Marke innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren in der Gemeinschaft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, nicht ernsthaft benutzt worden ist und keine berechtigten Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen; der Verfall der Rechte des Inhabers kann jedoch nicht geltend gemacht werden, wenn nach Ende dieses Zeitraums und vor Antragstellung oder vor Erhebung der Widerklage die Benutzung der Marke ernsthaft begonnen oder wieder aufgenommen worden ist; wird die Benutzung jedoch innerhalb eines nicht vor Ablauf des ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren der Nichtbenutzung beginnenden Zeitraums von drei Monaten vor Antragstellung oder vor Erhebung der Widerklage begonnen oder wieder aufgenommen, so bleibt sie unberücksichtigt, sofern die Vorbereitungen für die erstmalige oder die erneute Benutzung erst stattgefunden haben, nachdem der Inhaber Kenntnis davon erhalten hat, dass der Antrag gestellt oder die Widerklage erhoben werden könnte;

…

(2) Liegt ein Verfallsgrund nur für einen Teil der Waren oder Dienstleistungen vor, für die die Gemeinschaftsmarke eingetragen ist, so wird sie nur für diese Waren oder Dienstleistungen für verfallen erklärt.“

6. Art. 75 der Unionsmarkenverordnung erinnert an die Begründungspflicht und das rechtliche Gehör:

„Die Entscheidungen des Amtes sind mit Gründen zu versehen. Sie dürfen nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.“

B. Richtlinie 2002/46

7. Nahrungsergänzungsmittel sind Gegenstand der Richtlinie 2002/46. Deren Art. 2 Buchst. a definiert sie als

„Lebensmittel, die dazu bestimmt sind, die normale Ernährung zu ergänzen und die aus Einfach- oder Mehrfachkonzentraten von Nährstoffen oder sonstigen Stoffen mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung bestehen und in dosierter Form in den Verkehr gebracht werden, d. h. in

Form von z. B. Kapseln, Pastillen, Tabletten, Pillen und anderen ähnlichen Darreichungsformen, Pulverbeuteln, Flüssigampullen, Flaschen mit Tropfeinsätzen und ähnlichen Darreichungsformen von Flüssigkeiten und Pulvern zur Aufnahme in abgemessenen kleinen Mengen".

8. Art. 6 der Richtlinie 2002/46 enthält Anforderungen an die Etikettierung:

„(1) Für die Zwecke des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2000/13/EG ist die Verkehrsbezeichnung der Erzeugnisse, die unter die vorliegende Richtlinie fallen, ‚Nahrungsergänzungsmittel'.

(2) Die Kennzeichnung, die Aufmachung und die Werbung dürfen Nahrungsergänzungsmitteln keine Eigenschaften zuschreiben, die der Verhütung, Behandlung oder Heilung einer Humanerkrankung dienen, und dürfen auch nicht auf solche Eigenschaften hinweisen.

(3) Unbeschadet der Richtlinie 2000/13/EG muss die Kennzeichnung zwingend die folgenden Angaben enthalten:

a) die Namen der Kategorien von Nährstoffen oder sonstigen Stoffen, die für das Erzeugnis kennzeichnend sind, oder eine Angabe zur Beschaffenheit dieser Nährstoffe oder sonstigen Stoffe[,]

b) die empfohlene tägliche Verzehrsmenge in Portionen des Erzeugnisses,

c) einen Warnhinweis, die angegebene empfohlene Tagesdosis nicht zu überschreiten,

d) einen Hinweis darauf, dass Nahrungsergänzungsmittel nicht als Ersatz für eine abwechslungsreiche Ernährung verwendet werden sollten,

e) einen Hinweis darauf, dass die Produkte außerhalb der Reichweite von kleinen Kindern zu lagern sind."

III. Hintergrund des Rechtsstreits und Verfahrensgang vor dem EUIPO und dem Gericht

9. Herr Pandalis ist Inhaber einer Unionsmarke, die aus dem Wortzeichen CYSTUS besteht. Das EUIPO hat sie am 5. Januar 2004 eingetragen. Die Anmeldung erfolgte u. a. für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel" in Klasse 30 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.

A. Verfahren vor dem EUIPO und Entscheidung der Beschwerdekammer

10. Am 3. September 2013 stellte die LR Health & Beauty Systems GmbH nach Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Unionsmarkenverordnung (jetzt Art. 58 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung [EU] Nr. 2017/1001) einen Antrag auf Erklärung des Verfalls der Marke CYSTUS. Sie begründete ihren Antrag damit, dass die Marke innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht ernsthaft benutzt worden sei.

11. In der mündlichen Verhandlung haben Herr Pandalis und LR Health & Beauty Systems auf Nachfrage des Gerichtshofs dargelegt, dass gegen die Marke CYSTUS auch ein Nichtigkeitsverfahren anhängig ist. Dieses werde darauf gestützt, dass die Marke beschreibend sei. Das EUIPO habe dieses Verfahren bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt.

12. Mit Entscheidung vom 12. September 2014 hat die Nichtigkeitsabteilung des EUIPO über den Antrag auf Erklärung des Verfalls entschieden. Sie hat die Marke für einen Teil der eingetragenen Produkte, darunter auch die unter Klasse 30 der Nizza-Klassifikation fallenden „Nahrungsergänzungsmittel für nicht medizinische Zwecke“, für verfallen erklärt.

13. Mit Entscheidung vom 30. Oktober 2015 hat die Erste Beschwerdekammer die Beschwerde von Herrn Pandalis gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung zurückgewiesen.

14. Die Beschwerdekammer stützte ihre Entscheidung auf zwei Hauptargumente.

15. Erstens habe Herr Pandalis den Begriff „Cystus“ nicht als Unionsmarke genutzt, sondern als Beschreibung seiner Produkte, um anzugeben, dass die Produkte Extrakte der Pflanzengattung *Cistus Incanus L.* als wesentlichen Wirkstoff enthielten. Es genüge nicht, dass die Produkte mit CYSTUS anstelle von „Cistus“ versehen wurden und teilweise das Symbol „®“ verwendet wurde, um auf eine Benutzung als Unionsmarke schließen zu können. Schon allein aus diesem Grund sei die Marke für verfallen zu erklären.

16. Zweitens war die Beschwerdekammer der Auffassung, dass Herr Pandalis eine ernsthafte Benutzung der Marke für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel“ der Klasse 30 nicht bewiesen habe, da ihre Erscheinung den Anforderungen der Richtlinie 2002/46 nicht entspreche.

B. Urteil des Gerichts

17. Am 14. Januar 2016 erhob Herr Pandalis beim Gericht Klage gegen die streitige Entscheidung der Beschwerdekammer. Mit dem angefochtenen Urteil vom 14. Februar 2017 hat das Gericht die Klage abgewiesen.

IV. Rechtsmittelverfahren und Anträge der Parteien

18. Mit einem am 14. April 2017 eingegangenen Schriftsatz hat Herr Pandalis Rechtsmittel gegen das Urteil des Gerichts eingelegt.

19. Er beantragt,

1) die Entscheidung des Gerichts vom 14. Februar 2017 in der Rechtssache T-15/16 betreffend das Verfallsverfahren gegen die Unionsmarke Nr. 001273119 CYSTUS aufzuheben;

2) die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des EUIPO Nr. R 2839/2014-1 betreffend das Verfallsverfahren gegen die Unionsmarke Nr. 001273119 CYSTUS vom 30. Oktober 2015 aufzuheben;

3) die Entscheidung der Löschungsabteilung[4] in dem Löschungsverfahren 8374 C vom 12. September 2014 aufzuheben, soweit sie die Unionsmarke Nr. 001273119 CYSTUS für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel“ in Klasse 30 für verfallen erklärt hat;

4) den Nichtigkeitsantrag von LR Health & Beauty Systems im Verfahren vor der Löschungsabteilung und der Ersten Beschwerdekammer des EUIPO gegen die Unionsmarke Nr. 001273119 CYSTUS zurückzuweisen, soweit er sich auf die Waren „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel“ in Klasse 30 bezieht;

4 So bezeichnet die Beschwerdekammer in ihrer Entscheidung die Nichtigkeitsabteilung.

5) die Kosten des Verfahrens dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum aufzuerlegen.

20. Das EUIPO und LR Health & Beauty Systems beantragen jeweils,

1) das Rechtsmittel abzuweisen und

2) den Rechtsmittelführer zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

21. Die Beteiligten haben sich schriftlich und in der Verhandlung vom 20. Juni 2018 mündlich geäußert.

V. Rechtliche Würdigung

22. Herr Pandalis begründet die Anfechtung des Urteils des Gerichts mit drei Rechtsmittelgründen. Der erste betrifft die Zuordnung von Produkten, die mit der Marke CYSTUS gekennzeichnet sind, zur Gruppe der „nicht medizinischen Nahrungsergänzungsmittel“ (dazu unter B), der zweite die Frage, ob Herr Pandalis die Marke CYSTUS bei der Kennzeichnung von Produkten als Marke verwendet hat (dazu unter C), und der dritte das rechtliche Gehör im Verfahren vor dem EUIPO (dazu unter D). Zunächst ist allerdings eine Vorbemerkung zu den ersten beiden Rechtsmittelgründen angezeigt.

A. Vorbemerkung

23. Um die Bedeutung der ersten beiden Rechtsmittelgründe einordnen zu können, ist daran zu erinnern, dass das EUIPO den Verfall der streitgegenständlichen Marke darauf gestützt hat, dass sie nicht ernsthaft für die Warengruppe benutzt worden sei, für die sie angemeldet wurde.

24. Die Beschwerdekammer hat insofern festgestellt, dass erstens das Wort „Cystus“ nicht als Marke, sondern nur beschreibend verwandt worden sei, und zweitens *kein* von Herrn Pandalis angeführtes Produkt als „nicht medizinisches Nahrungsergänzungsmittel“ anzusehen sei. Die streitige Entscheidung wurde also doppelt abgestützt, d. h., jeder der beiden Begründungsstränge ist darauf gerichtet, die Entscheidung im Ergebnis *vollständig* zu begründen.

25. Das Gericht hat in dem angefochtenen Urteil jedoch nicht umfassend geprüft, ob die Klagegründe von Herrn Pandalis beide Begründungsstränge in Frage stellen.

26. Es hat sich vielmehr darauf beschränkt, für einen Teil der angeführten Produkte, nämlich „Pilots Friend Immunizer®“, „Immun44® Saft“ und „Immun44® Kapseln“ sowie „die sonstigen Produkte, für die der Begriff ‚Cystus‘ ausschließlich in den Ausdrücken ‚Cystus 52‘ oder ‚Cystus 052‘, mit oder ohne ‚®‘-Symbol, verwendet wurde“, festzustellen, dass das Wort „Cystus“ nicht als Marke, sondern beschreibend verwendet wurde. Diese Feststellungen greift Herr Pandalis mit seinem zweiten Rechtsmittelgrund an.

27. Für die Benutzung in Bezug auf einen anderen Teil der Produkte, nämlich Lutschpastillen, Halspastillen, Sud, Gurgellösung und Infektblockertabletten, hat das Gericht dagegen entschieden, dass sie nicht als Benutzung für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel“ anzusehen ist. Diese Entscheidung ist Gegenstand des ersten Rechtsmittelgrundes.

28. Um mit seinem Rechtsmittel erfolgreich zu sein, muss Herr Pandalis somit nur mit einem dieser Rechtsmittelgründe in Bezug auf lediglich eines der genannten Produkte durchdringen. Denn dann wäre zu prüfen, ob die Verwendung der Marke CYSTUS für dieses Produkt für eine ernsthafte Benutzung ausreicht.

B. Erster Rechtsmittelgrund – keine „nicht medizinischen Nahrungsergänzungsmittel“

29. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund wendet sich Herr Pandalis gegen die Rn. 54 bis 59 des angefochtenen Urteils. Darin entschied das Gericht, die Beschwerdekammer des EUIPO habe zu Recht festgestellt, dass Herr Pandalis nicht bewiesen habe, die Produkte Lutschpastillen, Halspastillen, Sud, Gurgellösung und Infektblockertabletten, die er mit der Marke CYSTUS gekennzeichnet hatte, seien „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel“.

30. Herr Pandalis beanstandet zum einen, das Gericht habe die Regelungen der Richtlinie 2002/46 zu Nahrungsergänzungsmitteln falsch angewandt, und zum anderen Begründungsmängel.

1. Zum ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes – Begriff des Nahrungsergänzungsmittels

31. Den ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes stützt Herr Pandalis auf eine angebliche Verletzung von Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Unionsmarkenverordnung. Er beanstandet, bei der Würdigung, ob bestimmte Produkte nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel im Sinne der markenrechtlichen Produktkategorie seien, hätte das Gericht nur die Definition von Nahrungsergänzungsmitteln nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2002/46 heranziehen dürfen, nicht aber die Anforderungen des Art. 6 dieser Richtlinie an die Etikettierung von Nahrungsergänzungsmitteln.

32. Dieses Vorbringen verkennt allerdings die Funktion der Definition in der Richtlinie 2002/46. Sie dient nicht dazu, die markenrechtliche Produktkategorie abzugrenzen, sondern eröffnet nur den Anwendungsbereich der Richtlinie einschließlich der Etikettierungsregelungen.

33. Für die markenrechtliche Produktkategorie ist dagegen das von den Etikettierungsregelungen geprägte Erscheinungsbild von Nahrungsergänzungsmitteln durchaus von Belang. Denn dieses Erscheinungsbild ist maßgeblich dafür, welcher Produktkategorie die Verbraucher das Produkt zuordnen.

34. Der Umstand, dass die fraglichen Produkte den unionsrechtlichen Etikettierungsvorschriften für Nahrungsergänzungsmittel nicht genügten, ist daher ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Produkte nicht als Nahrungsergänzungsmittel angesehen werden.

35. Ob der Abweichung von den Etikettierungsregelungen hinreichendes Gewicht zukommt, um festzustellen, die Produkte seien keine „nicht medizinischen Nahrungsergänzungsmittel“, ist eine Tatsachenwürdigung.

36. Das Gleiche gilt für die Bedeutung, die das Gericht den Umständen beigemessen hat, dass eine Pharmazentralnummer für die fraglichen Produkte besteht, sie in Apotheken verkauft werden und sie mit dem Hinweis vertrieben werden, sie schützten vor Grippe und Erkältungen und hälfen bei Entzündungen im Mund- und Rachenraum.

37. Insofern ist daran zu erinnern, dass das Rechtsmittel nach Art. 256 Abs. 1 AEUV und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf Rechtsfragen beschränkt ist. Allein das Gericht ist für die Feststellung und Beurteilung der relevanten Tatsachen sowie die Beweiswürdigung zuständig. Somit ist die Würdigung der Tatsachen und Beweise, sofern sie nicht verfälscht worden sind, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegt.[5]

5 Urteile vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM (C-136/02 P, EU:C:2004:592, Rn. 39), vom 17. Juli 2014, Reber/HABM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, Rn. 35), und vom 26. Juli 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, Rn. 34).

38. Allerdings rügt Herr Pandalis, das Gericht habe in Rn. 59 des angefochtenen Urteils im Hinblick auf „Cystus"-Lutschpastillen Tatsachen verfälscht, denn diese Pastillen seien nicht mit dem genannten Vertriebshinweis auf gesundheitsfördernde Wirkungen versehen worden. Eine solche Rüge ist im Rechtsmittelverfahren zulässig.

39. Wie das EUIPO aber zutreffend darlegt, beruht diese Rüge auf einer fehlgehenden Interpretation des angefochtenen Urteils. Denn das Gericht stellt in Rn. 59 nicht fest, „Cystus"-Lutschpastillen würden *mit* diesem Hinweis vertrieben, sondern es bestätigt die Beweiswürdigung der Beschwerdekammer. Die Beschwerdekammer hat aber erkannt, dass dieses Produkt *ohne* den Hinweis vertrieben wurde und dies bei ihrer Würdigung berücksichtigt.[6]

40. Der erste Teil des ersten Rechtmittelgrundes ist demnach teilweise als unzulässig und im Übrigen als unbegründet zurückzuweisen.

2. Zum zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes – Begründungsmangel

41. Mit dem zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes rügt Herr Pandalis Begründungsmängel.

42. Ein erster Mangel liege darin, dass das Gericht keine Feststellung dazu getroffen hat, welcher Kategorie seine Produkte zuzuordnen sind.

43. Herr Pandalis verkennt jedoch den Gegenstand des Rechtsstreits. Es geht ausschließlich darum, ob er die ernsthafte Benutzung der Marke CYSTUS für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel" nachweisen konnte. Welcher anderen Kategorie seine Produkte zuzuordnen sind, ist für diese Frage ohne Bedeutung.

44. Weiterhin rügt Herr Pandalis, dass aus dem angefochtenen Urteil nicht hervorgehe, weshalb das Gericht bei seiner Prüfung nach Art. 51 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 der Unionsmarkenverordnung nicht differenziert geprüft hat, ob die gegenständliche Unionsmarke hinsichtlich der „Cystus"-Lutschpastillen für „nicht medizinische Nahrungsergänzungsmittel" benutzt worden ist.

45. Doch auch insofern ist entscheidend, dass sich das Gericht in diesem Punkt – relativ pauschal – die Würdigung der Beschwerdekammer zu eigen macht. Denn dadurch weist es zugleich zumindest implizit die Einwände von Herrn Pandalis in Bezug auf dieses Produkt zurück.

46. Der zweite Teil des ersten Rechtsmittelgrundes ist demnach als unbegründet zurückzuweisen.

C. Zum zweiten Rechtsmittelgrund – Benutzung als Marke

47. Mit seinem zweiten Rechtsmittelgrund wirft Herr Pandalis dem Gericht vor, in den Rn. 43 und 46 die streitgegenständliche Unionsmarke CYSTUS pauschal als beschreibende Angabe mit Bezugnahme auf die Bezeichnung der Pflanze „Cistus" eingestuft zu haben, ohne auf die konkrete Art der Markenbenutzung abzustellen. Darin liege ein weiterer Rechtsfehler bei der Anwendung von Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Unionsmarkenverordnung, denn die Verwendung der Marke hätte nach Herrn Pandalis als ernsthaft anerkannt werden müssen. Außerdem sei die Begründung in diesen Punkten widersprüchlich.

48. Insofern ist zunächst auf die Ausführungen des Gerichts in Rn. 46 des angefochtenen Urteils einzugehen, die auf den ersten Blick tatsächlich rechtsfehlerhaft erscheinen, und anschließend auf seine übrigen Überlegungen zu diesem Klagegrund.

6 Rn. 57 der streitigen Entscheidung.

1. Zu Rn. 46 des angefochtenen Urteils – beschreibende Natur der Marke CYSTUS

49. In Rn. 46 des angefochtenen Urteils stellte das Gericht fest, die Beschwerdekammer habe rechtsfehlerfrei annehmen können, dass die maßgeblichen Verkehrskreise den Begriff „Cystus“ als beschreibende Angabe mit Bezugnahme auf die Bezeichnung der Pflanze „Cistus“ und nicht als Unionsmarke wahrnähmen, ohne dass sie dadurch über das Vorliegen eines absoluten Eintragungshindernisses im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung befunden hätte.

50. Herr Pandalis hält dieser Feststellung zutreffend entgegen, dass diese Ausführungen – für sich allein betrachtet – widersprüchlich sind. Denn wenn die maßgeblichen Verkehrskreise die Marke nur als beschreibend wahrnehmen, ist eine markenmäßige Benutzung ausgeschlossen. Und damit wäre zugleich – unabhängig von der gegenteiligen Behauptung des Gerichts – das absolute Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung gegeben.

51. Diese Feststellung wäre darüber hinaus deshalb zweifelhaft, weil sie das Ergebnis eines Nichtigkeitsverfahrens im Rahmen eines Verfallsverfahrens vorwegnähme. Dies stünde auf den ersten Blick im Widerspruch zum Urteil Formula One Licensing/HABM. Danach darf in einem Verfahren über den Widerspruch gegen eine angemeldete Unionsmarke im Hinblick auf ein Zeichen, das mit einer in einem Mitgliedstaat geschützten Marke identisch ist, kein absolutes Eintragungshindernis wie das Fehlen von Unterscheidungskraft festgestellt werden. Die Bezeichnung eines Zeichens als beschreibend oder als Gattungsbegriff wäre aber gleichbedeutend mit dem Verneinen seiner Unterscheidungskraft. [7]

52. Zwar könnte man gegen eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall einwenden, dass der Gerichtshof sich darauf stützt, weder das EUIPO noch das Gericht seien befugt, eine nationale Marke zu überprüfen. [8] Die institutionellen Befugnisse bestünden dagegen im Hinblick auf die streitgegenständliche Unionsmarke – sie wäre lediglich in einem anderen Verfahren auszuüben.

53. Allerdings geht der Gerichtshof auch davon aus, dass die Unionsmarkenverordnung der älteren Marke im Widerspruchsverfahren einen gewissen Grad an Unterscheidungskraft zumisst. [9] Dieser Gedanke lässt sich problemlos auf die Prüfung der ernsthaften Benutzung einer eingetragenen Unionsmarke übertragen.

54. Letztlich kann diese Frage aber vorliegend offenbleiben.

55. Denn das Gericht präzisiert in Rn. 47 des angefochtenen Urteils, was es mit der unglücklichen Formulierung in Rn. 46 tatsächlich feststellen will. Danach spricht das Gericht nämlich dem Begriff „Cystus“ *nicht jede Unterscheidungskraft* ab, was für einen lediglich beschreibenden Begriff gelten würde, [10] sondern billigt ihm zumindest *schwache Unterscheidungskraft* zu. Das genügt den Anforderungen der genannten Rechtsprechung. [11]

56. Darüber hinaus erlaubt diese Auslegung auch die Feststellung des Gerichts, die Beschwerdekammer habe keine Aussage zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung getroffen.

7 Urteil vom 24. Mai 2012, Formula One Licensing/HABM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, Rn. 41).

8 Urteile vom 24. Mai 2012, Formula One Licensing/HABM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, Rn. 40, 44 und 45), und vom 8. November 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, Rn. 66), sowie Beschlüsse vom 30. Mai 2013, Wohlfahrt/HABM (C-357/12 P, EU:C:2013:356, Rn. 46), und vom 16. Oktober 2013, medi/HABM (C-410/12 P, EU:C:2013:702, Rn. 34).

9 Urteil vom 24. Mai 2012, Formula One Licensing/HABM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, Rn. 46 und 47).

10 Urteil vom 24. Mai 2012, Formula One Licensing/HABM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, Rn. 41).

11 Urteile vom 24. Mai 2012, Formula One Licensing/HABM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, Rn. 47), und vom 8. November 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, Rn. 67).

57. Somit beruhen die Einwände von Herrn Pandalis gegen Rn. 46 des angefochtenen Urteils auf einer fehlgehenden Interpretation der – zugegebenermaßen missverständlichen – Ausführungen des Gerichts.

2. Zu den übrigen Überlegungen – Würdigung der tatsächlichen Verwendung der Marke CYSTUS

58. Auch im Übrigen beruht das Vorbringen von Herrn Pandalis zum zweiten Rechtsmittelgrund ganz wesentlich auf einer selektiven und daher fehlgehenden Lesart der Würdigung des entsprechenden Klagegrundes durch das Gericht, einschließlich der angegriffenen Randnummern.

59. Denn erstens hat das Gericht, wie bereits gesagt, eben nicht pauschal festgestellt, die Marke CYSTUS könne ausschließlich beschreibend verwendet werden. Vielmehr bedeutet die schwache Unterscheidungskraft, die das Gericht anerkennt, dass die Marke im Prinzip auch als solche benutzt werden kann; d. h., nach dem Gericht ist es möglich, die Marke so zu verwenden, dass die Verbraucher sie als Herkunftshinweis für ein Produkt wahrnehmen und nicht lediglich als Beschreibung seiner Inhaltsstoffe.

60. Zweitens ergibt sich, wie auch LR Health & Beauty Systems aufzeigt, aus Rn. 37 und den einleitenden Sätzen von Rn. 43 des angefochtenen Urteils, dass das Gericht in den Rn. 39 bis 48 die konkrete Verwendung des Wortes „Cystus“ auf den Verpackungen der Produkte „Pilots Friend Immunizer®“, „Immun44® Saft“ und „Immun44® Kapseln“ gewürdigt hat.

61. Dabei hat das Gericht, drittens, das Ergebnis der Beschwerdekammer bestätigt, dass diese Verwendung beschreibend war, also gerade nicht den Anforderungen an eine markenmäßige Benutzung genügte.

62. Diese Argumentation trägt die Feststellung, dass Herr Pandalis die Marke CYSTUS für die drei genannten Produkte nicht ernsthaft benutzt hat.

63. Denn bei der Prüfung der Frage, ob die Benutzung der Marke ernsthaft ist, sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird, insbesondere in Form von Verwendungen, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen werden, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu behalten oder zu gewinnen. [12]

64. Dabei kann eine Benutzung nur als ernsthaft anerkannt werden, wenn sie der Hauptfunktion der Marke entspricht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität einer Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. [13]

65. Dementsprechend muss nicht jede Verwendung einer Marke im Einklang mit der Herkunftsfunktion geschehen. [14] Auch muss nicht jede nachgewiesene geschäftliche Verwertung automatisch als ernsthafte Benutzung der fraglichen Marke eingestuft werden. [15] Eine Marke kann vielmehr auch entsprechend anderer Funktionen wie der Gewährleistung der Qualität oder der Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen benutzt werden. [16]

12 Urteil vom 11. März 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 38).

13 Urteile vom 11. März 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 36), und vom 9. Dezember 2008, Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, Rn. 13).

14 Beschluss vom 20. Mai 2014, Reber Holding/HABM (C-414/13 P, EU:C:2014:812, Rn. 54).

15 Urteil vom 17. Juli 2014, Reber/HABM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, Rn. 32).

16 Urteil vom 8. Juni 2017, W. F. Gözze Frottierweberei und Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, Rn. 42 und 45).

66. Wie eine Marke im Einzelfall verwendet wurde, kann somit nur aufgrund einer Tatsachenwürdigung festgestellt werden. Diese ist aber, wie gesagt, der Kontrolle im Rechtsmittelverfahren entzogen.

3. Zur Einbeziehung weiterer Produkte

67. Gegen die bisherigen Überlegungen könnte man einwenden, dass das Gericht in Rn. 50 des angefochtenen Urteils feststellt, dass die Benutzung der Marke CYSTUS in Bezug auf „die sonstigen Produkte, für die der Begriff ‚Cystus' ausschließlich in den Ausdrücken ‚Cystus 52' oder ‚Cystus 052', mit oder ohne ‚®'-Symbol, verwendet wurde", nicht anerkannt werden könne. Damit dehnt das Gericht seine Würdigung über die drei genannten Produkte hinaus aus.

68. Das Gericht begründet diese Feststellung allerdings in Rn. 47 des angefochtenen Urteils.

69. Dort erörtert es die Frage, ob die Verwendung des Begriffs „Cystus" in den Begriffen „Cystus 052" und „Cystus 52" als Verwendung der Marke CYSTUS anzuerkennen ist. Insofern gilt nach Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Unionsmarkenverordnung als Nachweis der ernsthaften Benutzung einer Marke auch der Nachweis, dass die Marke in einer Form benutzt wurde, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abwich, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst wurde.

70. Das Gericht lehnt dies für die genannte Verwendung jedoch wegen der schwachen Unterscheidungskraft des Begriffs „Cystus" ab. Denn diese Form der Verwendung sei geeignet, die Unterscheidungskraft der Marke deutlich zu verstärken. Also würde die Unterscheidungskraft entgegen Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Unionsmarkenverordnung beeinflusst. Diese Begründung entspricht im Übrigen der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Verwendung von Marken als Bestandteil anderer Marken.[17]

71. Folglich haben die – von Herrn Pandalis nicht angegriffenen – Ausführungen des Gerichts in den Rn. 47 und 50 des angefochtenen Urteils einen anderen Gegenstand als die von ihm beanstandeten Rn. 43 und 46. Die erstgenannten Ausführungen stellen somit die Würdigung des zweiten Rechtsmittelgrundes nicht in Frage.

4. Zwischenergebnis

72. Der zweite Rechtsmittelgrund ist somit teilweise – soweit er auf eine erneute Tatsachenwürdigung abzielt – unzulässig und im Übrigen unbegründet.

D. Dritter Rechtsmittelgrund – rechtliches Gehör

73. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund beanstandet Herr Pandalis, dass das Gericht in den Rn. 23 bis 25 des angefochtenen Urteils Art. 75 Satz 2 der Unionsmarkenverordnung falsch angewandt habe.

74. Herr Pandalis legt dar, die Beschwerdekammer habe tatsächlich festgestellt, die Marke CYSTUS sei im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung beschreibend. Er habe sich dazu nicht äußern können.

75. Demgegenüber stellte das Gericht in Rn. 24 des angefochtenen Urteils fest, die Beschwerdekammer habe sich *nicht* zum Vorliegen von absoluten Eintragungshindernissen geäußert, also zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung.

17 Urteil vom 1. Dezember 2016, Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, Rn. 29).

76. Wenn die Feststellung des Gerichts zutrifft, gab es folglich für das EUIPO keinen Anlass, Herrn Pandalis dazu anzuhören, ob die Marke CYSTUS beschreibend im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung ist.

77. Diesem Rechtsmittelgrund implizit ist daher der Einwand, dass das Gericht die Begründung der Beschwerdekammer unrichtig wiedergab, was einen Rechtsfehler darstellen würde, da die Unionsgerichte auf keinen Fall die vom Verfasser der angefochtenen Handlung gegebene Begründung durch ihre eigene ersetzen dürfen. [18]

78. Wie ich bereits andernorts dargelegt habe, kommt darin der kassatorische Charakter der Nichtigkeitsklage zum Ausdruck. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung (Art. 261 AEUV) darf der Unionsrichter die angefochtene Handlung nicht reformieren, sondern hat sie für nichtig zu erklären, wenn und soweit die Nichtigkeitsklage begründet ist (Art. 264 Abs. 1 AEUV). Es obliegt dann den betroffenen Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, die sich aus dem Nichtigkeitsurteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen (Art. 266 Abs. 1 AEUV). [19]

79. Zwar kann das Gericht nach Art. 65 Abs. 3 der Unionsmarkenverordnung die streitige Entscheidung nicht nur aufheben, sondern auch abändern, doch bewirkt seine Abänderungsbefugnis nicht, dass es dazu ermächtigt wäre, seine eigene Beurteilung an die Stelle der von der Beschwerdekammer des EUIPO vorgenommenen Beurteilung zu setzen, oder dazu, eine Frage zu beurteilen, zu der die Beschwerdekammer noch nicht Stellung genommen hat. [20]

80. Die Beschwerdekammer hat in Rn. 32 der streitigen Entscheidung festgestellt, „dass die wissenschaftliche Gattungsbezeichnung einer Pflanze nicht nur den Namen der Pflanzengattung darstellt (und damit im weiteren Sinne Produktname bzw. beschreibende Angabe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der [Unionsmarkenverordnung] ist …), sondern auch die Waren beschreibt, deren wesentlicher Inhaltsstoff aus Pflanzen dieser Gattung hergestellt wird".

81. Außerdem sei nach Rn. 34 der streitigen Entscheidung das Hinzufügen des Symbols „®" „so zu verstehen, dass [Herr Pandalis] letztlich in seiner Werbung kommuniziert, dass er ein Markenrecht an einer beschreibenden Angabe erworben hat …".

82. Es liegt in der Tat nahe, diese Ausführungen dahin gehend zu verstehen, dass die Beschwerdekammer feststellt, die Marke CYSTUS sei im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung beschreibend.

83. Allerdings ist diese Auslegung nicht zwingend.

84. So qualifiziert die Beschwerdekammer ihre Aussage in Rn. 32 der streitigen Entscheidung dahin gehend, dass eine Gattungsbezeichnung im „weiteren Sinne" eine beschreibende Angabe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung sei. Dies impliziert jedoch, dass nur ein Begriff, der im eigentlichen Sinne beschreibend ist, auch zwingend die Anforderungen der genannten Norm erfüllt und eine entsprechende Marke für nichtig zu erklären wäre.

85. Darüber hinaus enthalten die Ausführungen in Rn. 34 der streitigen Entscheidung weniger eine Feststellung der Beschwerdekammer zur Bedeutung der Verwendung des Symbols „®" als eine Auslegung der Kommunikation des Markeninhabers.

18 Urteile vom 27. Januar 2000, DIR International Film u. a./Kommission (C-164/98 P, EU:C:2000:48, Rn. 38 und 48), und vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission (C-603/13 P, EU:C:2016:38, Rn. 73).

19 Meine Schlussanträge in der Rechtssache Frucona Košice/Kommission (C-73/11 P, EU:C:2012:535, Nrn. 92 und 93).

20 Urteile vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, Rn. 72), und vom 21. Juli 2016, Apple and Pear Australia und Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, Rn. 67).

86. Somit ist die Interpretation der streitigen Entscheidung durch das Gericht noch vertretbar und es ist nicht feststellbar, dass das Gericht unzulässigerweise seine eigene Begründung an die Stelle der Begründung der Beschwerdekammer gesetzt hat.

87. Folglich ist auch das Hauptvorbringen von Herrn Pandalis zum dritten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen. Da sich die Beschwerdekammer nach den vertretbaren Feststellungen des Gerichts nicht zum Vorliegen des absoluten Eintragungshindernisses des Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Unionsmarkenverordnung geäußert hat, musste Herr Pandalis dazu auch nicht angehört werden.

88. Der dritte Rechtsmittelgrund ist daher unbegründet.

VI. Kosten

89. Nach Art. 184 Abs. 2 der Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel unbegründet ist. Gemäß Art. 138 Abs. 1, der nach ihrem Art. 184 Abs. 1 auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

90. Da Herr Pandalis mit seinem Rechtsmittel unterlegen ist und das EUIPO sowie LR Health & Beauty Systems entsprechende Anträge gestellt haben, hat er ihre Kosten zu tragen.[21]

VII. Ergebnis

91. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, wie folgt zu entscheiden:

1) Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

2) Herr Georgios Pandalis trägt die Kosten des Verfahrens.

21 Vgl. Urteile vom 26. Juli 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, Rn. 65), und vom 19. April 2018, Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, Rn. 71).