URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

7. Juni 2005 *

In der Rechtssache T-303/03

Lidl Stiftung & Co. KG mit Sitz in Neckarsulm (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt P. Groß,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch U. Pfleghar und G. Schneider als Bevollmächtigte,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

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

REWE-Zentral AG mit Sitz in Köln (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: zunächst Rechtsanwalt M. Kinkeldey, sodann Rechtsanwälte M. Kinkeldey und C. Schmitt,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 30. Juni 2003 (Sache R 408/2002-1) über den Widerspruch des Inhabers der nationalen Marke SOLEVITA gegen die Eintragung der Gemeinschaftswortmarke Salvita

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras sowie der Richter F. Dehousse und D. Šváby,

Kanzler: H. Jung,

aufgrund der am 4. September 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 16. Januar 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 16. Januar 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 2004

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die REWE-Central AG reichte am 14. August 1997 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) ein.

2 Die Marke, die zur Eintragung angemeldet wurde, ist das Wortzeichen Salvita.

3 Die Waren, für die die Eintragung der Marke beantragt wurde, gehören zu den Klassen 5, 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 seiner revidierten und geänderten Fassung und entsprechen für die jeweilige Klasse folgender Beschreibung:

— Klasse 5: „Medizinische Kräutertees, Kaugummi für medizinische Zwecke; Babynahrung; alle vorgenannten Waren nur zum Vertrieb über den Lebensmittelhandel";

— Klasse 29: „Fleisch, Fisch, Geflügel, Wild, Weich- und Schalentiere (verarbeitet), vorgenannte Waren auch zubereitet; Wurst-, Fleisch-, Geflügel- und Fischwaren, Kaviar; Fleisch-, Fisch-, Geflügel- und Wildsalate; Fleisch-, Geflügel-, Wild- und Fischpasteten, Fleischextrakte; Obst, Gemüse und Hülsenfrüchte (zubereitet verarbeitet); Obst- und Gemüsemark; Feinkostsalate aus Gemüse- oder Blattsalaten; Kartoffelprodukte aller Art, nämlich Pommes frites, Kroketten, Bratkartoffeln, vorgegarte Kartoffeln, Kartoffelpuffer, Kartoffelklöße, Rösti, Reibekuchen, Chips, Sticks; Semmelknödel; Halbfertig- und Fertiggerichte, nämlich Suppen (einschließlich Instant-Suppen), Eintopfgerichte, Trocken- und Nass-Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus einer oder mehreren der nachfolgenden Waren: Fleisch, Fisch, Gemüse, zubereitetem Obst, Käse, Teigwaren, Reis; Fleisch-, Obst-, Gemüsegallerten, Konfitüren, Eier, Milch und Milchprodukte, insbesondere Trinkmilch, Sauermilch, Buttermilch, Joghurt, Fruchtjoghurt, Joghurt mit Schokolade oder Kakaozusätzen, alkoholfreie Milchmischgetränke, Kefir, Sahne, Quark, Frucht- und Kräuterquarkspeisen, Dessertspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch und Geschmackszusätzen mit Gelatine und/oder Stärke als Bindemittel, Butter, Butterschmalz, Käse, Käsezubereitungen; Götterspeisen; Salatsaucen; Speiseöle und -fette; Salzgebäck; Getreidechips; gesalzene und ungesalzene Nüsse und andere Knabberartikel, soweit in Klasse 29 enthalten; sämtliche vorgenannte Waren (soweit möglich) auch als diätetische Lebensmittel für nichtmedizinische Zwecke; sämtliche vorgenannte Waren (soweit möglich) auch tiefgekühlt bzw. konserviert, sterilisiert oder homogenisiert";

— Klasse 30: „Saucen, Fruchtsaucen, Saucenbinder, Saucenpulver, Ketchup, Meerrettich, Kapern; Kaffee, Tee, Kakao, Kakaowaren, Schokolade, Schokoladewaren, kakaohaltiges Getränkepulver; Schokogetränke, Marzipan, Nougat, Marzipan- und Nougaterzeugnisse; Puddinge, Puddingspeisen, Brotaufstrich, unter hauptsächlicher Verwendung von Zucker, Kakao, Nougat, Milch, und/oder Fetten; Pralinen, auch gefüllt; Zucker, Zuckerwaren, Vanillezucker, Bonbons, insbesondere Karamel-, Pfefferminz-, Frucht-, Gummibonbons, Dauerlutscher, Kaugummi für nichtmedizinische Zwecke; Reis, Tapioka, Kaffee-Ersatzmittel; Pizzen; Mehle, Mühlenerzeugnisse aus Getreide für Nahrungszwecke, geschältes Vollkorn-Getreide, nämlich Reis, Weizen, Hafer, Gerste, Roggen, Hirse, Mais und Buchweizen, vorgenannte Waren auch in Form von Mischungen und anderen Zubereitungen, insbesondere Weizenkleie, Weizenkeime, Grieß, Maismehl, Maisgrieß, Leinsamen, Müsli und Müsliriegel (in der Hauptsache bestehend aus Getreideflocken, Trockenobst, Nüssen), Cerealien, Popcorn; Brot, Brötchen, feine Back- und Konditorwaren; Teigwaren und Vollkornteigwaren, insbesondere Nudeln; backfertige Kuchenmassen, Backaromen, Tortenguss, Speiseeis, Eiskrem; Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver; Puddingpulver; Salz; Senf; Essig; Gewürze, Würzmischungen, Pfefferkörner; Salzgebäck, Getreidechips, gesalzene und ungesalzene Nüsse und andere Knabberartikel, soweit in Klasse 30 enthalten; sämtliche vorgenannten Waren (soweit möglich) auch als diätetische Lebensmittel für nichtmedizinische Zwecke, sämtliche vorgenannten Waren (soweit möglich) auch tiefgekühlt bzw. konserviert, sterilisiert oder homogenisiert";

— Klasse 32: „Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Gemüsesäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Molkegetränke, Instant-Getränke-Pulver".

4 Am 13. Juli 1998 wurde die Anmeldung im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 50/98 veröffentlicht.

5 Am 13. Oktober 1998 erhob die Lidl Stiftung & Co. KG Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke, weil Verwechslungsgefahr im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gegeben sei. Der Widerspruch wurde auf das Bestehen der älteren deutschen Marke SOLEVITA gestützt, die am 27. Juni 1983 für Waren der Klasse 32 im Sinne des Abkommens von Nizza eingetragen worden war. Er richtete sich gegen verschiedene in der Gemeinschaftsmarkenanmeldung bezeichnete Waren der Klassen 29, 30 und 32.

6 Mit Schreiben vom 27. Oktober 1999 verlangte die Streithelferin von der Klägerin, die Benutzung ihrer Marke nach Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 nachzuweisen.

7 Am 18. Januar 2000 forderte die Widerspruchabteilung des HABM die Klägerin auf, diesen Nachweis innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu erbringen.

8 Am 14. Februar 2000 legte die Klägerin Folgendes vor:

— eine vom „Geschäftsführer Einkauf International" unterschriebene eidesstattliche Erklärung vom 27. Januar 2000 über den Umsatz von Waren der Marke SOLEVITA in der Bundesrepublik Deutschland von 1993 bis 1999;

— eine Aufstellung der Artikel, die 1993 bis 1999 unter der Marke SOLEVITA vermarktet wurden, mit der Überschrift „Solevita bis 10/1999" und „Stand: 23. März 1998 bis 27.01.00";

— Kopien von Verpackungsmustern verschiedener Fruchtsäfte, die unter der Marke SOLEVITA vermarktet wurden, alle undatiert.

9 Am 28. März 2002 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch der Klägerin zurück. Sie begründete ihre Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen nicht ausreichten, um eine tatsächliche und ernsthafte Benutzung der älteren nationalen Marke nachzuweisen. Sie führte insbesondere aus, dass die Verpackungsmuster undatiert seien, dass der eidesstattlichen Erklärung nur ein relativer Beweiswert zukomme, da sie von einem leitenden Mitarbeiter der Klägerin abgegeben worden sei, und dass diese Erklärung außerdem nur ein Indiz für die Benutzung der Marke darstelle. Die Klägerin habe weder Rechnungen noch Erklärungen Dritter vorgelegt, die die von ihr selbst genannten Umsätze untermauern oder bestätigen könnten, so dass die Würdigung der eingereichten Beweismittel zu dem Ergebnis führe, dass der Nachweis einer tatsächlichen und ernsthaften Benutzung nicht erbracht sei. Der Widerspruch sei auch deshalb zurückzuweisen, weil die sich gegenüberstehenden Zeichen nicht ähnlich seien.

10 Am 10. Mai 2002 legte die Klägerin Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein. Sie vertrat insbesondere die Ansicht, dass der Nachweis der Benutzung der Marke erbracht worden sei. Darüber hinaus habe die Widerspruchsabteilung ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da sie sich zur Würdigung der zum Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke vorgelegten Unterlagen nicht habe äußern können. Die Widerspruchsabteilung habe auch gegen die Dispositionsmaxime verstoßen, da die Benutzung der Marke von der Streithelferin nicht bestritten worden sei.

11 Mit Entscheidung vom 30. Juni 2003 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde zurück.

12 Die Beschwerdekammer führte in Bezug auf den Nachweis der Benutzung der Marke im Wesentlichen aus, dass die eidesstattliche Erklärung eine von der betroffenen Partei oder einem ihrer leitenden Mitarbeiter selbst verfasste einseitige Darstellung sei und dass eine solche Erklärung nicht zum Nachweis von objektiven Tatsachen ausreiche, außer wenn sie von zusätzlichen Beweismitteln wie Rechnungen gestützt würde, was hier nicht der Fall gewesen sei. Da die Kopien der Verpackungsmuster im Übrigen keine Angaben zur Zeit der Vermarktung enthielten, sei die Beschwerdekammer davon ausgegangen, dass sie ebenso wenig wie die anderen vorgelegten Beweismittel die angegebenen Umsätze bestätigen könnten. Die Beschwerdekammer zog daraus den Schluss, dass die Widerspruchsabteilung zutreffend zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die eingereichten Unterlagen nicht ausreichten, um die Benutzung der Marke im fraglichen Zeitraum nachzuweisen.

13 Zum Anspruch auf rechtliches Gehör nach Artikel 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 stellte die Beschwerdekammer fest, dass das HABM berechtigt sei, bei der Prüfung der Akte sämtliche Angaben der Partei heranzuziehen, ohne ihr zuvor Gelegenheit zu geben, sich zu diesen Angaben zu äußern, da ihr diese Angaben bekannt sein müssten. Was die Dispositionsmaxime angehe, so unterliege die Frage der Benutzung der Marke diesem Grundsatz nur insoweit, als der Anmelder seinen Antrag jederzeit zurücknehmen könne. Die Widerspruchsabteilung habe deshalb nicht gegen Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.

Anträge der Beteiligten

14 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

15 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

16 Die Klägerin stützt ihre Klage auf drei Klagegründe. Mit ihrem ersten Klagegrund wendet sie sich gegen die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer, der Nachweis der Benutzung der Marke sei im vorliegenden Fall nicht erbracht worden. Mit ihrem zweiten und dritten Klagegrund macht die Klägerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und der Dispositionsmaxime geltend.

Zum Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke

Vorbringen der Beteiligten

17 Zum ersten Klagegrund entwickelt die Klägerin fünf Punkte.

18 Erstens führt sie unter Verweisung auf den Wortlaut des Artikels 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 und unter Bezugnahme auf mehrere von den Beschwerdekammern des HABM erlassene Entscheidungen aus, dass unter „ernsthafter" Benutzung die tatsächliche Benutzung der älteren Marke auf dem Markt zu verstehen sei, mit der die Aufmerksamkeit potenzieller Abnehmer auf die unter der Marke angebotenen Waren oder Dienstleistungen gelenkt werden solle. Artikel 43 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 verlange demnach im Unterschied zu anderen Bestimmungen wie Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung keinen extensiven Nachweis der Benutzung der Marke. Es müsse nur belegt werden, dass die ältere Marke tatsächlich und nicht nur „als Scheinrecht" auf dem Markt in Gebrauch sei.

19 Zweitens habe die Beschwerdekammer in ihrer Entscheidung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-40/01 (Ansul, Slg. 2003, I-2439) und das Urteil des Gerichts vom 12. März 2003 in der Rechtssache T-174/01 (Goulbourn/HABM — Redcats [Silk Cocoon], Slg. 2003, II-789) verwiesen. Die Beschwerdekammer scheine anzunehmen, dass diese beiden Urteile die Frage behandelten, welche Unterlagen ausreichten, um eine ernsthafte Benutzung der Marke nachzuweisen. Dies sei jedoch nicht der Fall, da die beiden Urteile mit dem Gegenstand der vorliegenden Klage nichts zu tun hätten.

20 Drittens wendet sich die Klägerin unter Bezugnahme auf Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 22 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. L 303, S. 1) gegen den von der Beschwerdekammer vertretenen Ansatz, wonach bestimmte Unterlagen zwar ausreichen könnten, um die Benutzung nach deutschem Recht glaubhaft zu machen, jedoch nicht immer ausreichten, um die Benutzung im Sinne der Verordnung Nr. 40/94 nachzuweisen. Diese Bemerkung betrifft insbesondere die Tatsache, dass der eidesstattlichen Erklärung ein geringerer Beweiswert als nach deutschem Recht üblich zugebilligt worden sei.

21 Viertens stehe die angefochtene Entscheidung im Widerspruch zur Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des HABM vom 11. Juli 2001 in der Sache

R 759/2000-3, Grafenwälder/Grafenwalder. In dieser Sache habe die Widersprechende eine eidesstattliche Erklärung, eine Aufstellung der monatlichen Umsätze für den betreffenden Zeitraum, zwei Kopien von Produkten mit ihrer Marke sowie ein Prospektblatt eingereicht. Die Beschwerdekammer habe die Auffassung der Widerspruchsabteilung für falsch gehalten und insbesondere in Randnummer 22 ihrer Entscheidung ausgeführt, dass „das von der Widersprechenden im vorliegenden Fall vorgelegte Material ausreicht, um diesen Anforderungen zu entsprechen, zumal diese Regel [22 der Verordnung Nr. 2868/95] nicht verlangt, dass alle dort genannten Nachweismittel kumulativ vorliegen müssen". Diese Rechtsauffassung entspreche auch der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 8. November 2000 in der Sache R 756/1999-2, DOCTORS/DOC & TORS.

22 Fünftens ergebe sich aus den zu den Akten gereichten Unterlagen, insgesamt gesehen, zweifelsfrei, dass die ältere Marke für die betreffende Ware im relevanten Zeitraum in Deutschland, dem Mitgliedstaat, in dem sie eingetragen sei, in erheblichem Umfang ernsthaft benutzt worden sei. Gestützt werde dieser Standpunkt durch die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer vom 6. April 2001 in der Sache R 129/2000-1, VISIO/VISION. Daraus sei zu schließen, dass im vorliegenden Fall der Nachweis einer ernsthaften Benutzung der Marke im Sinne von Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 erbracht worden sei.

23 Nach Auffassung des HABM wird zwar im Widerspruchsverfahren nicht verlangt, dass der Widersprechende nachweise, dass seine Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, wie dies Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 vorsehen könne, doch befreie dies den Widersprechenden nicht von seiner Beweislast.

24 Vielmehr müsse der Widersprechende nach Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 nachweisen, dass das Zeichen während des relevanten Zeitraums ernsthaft benutzt worden sei.

25 Zwar verlange Regel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2868/95 nicht, dass alle darin genannten Beweise kumulativ vorgelegt würden. Die vom Widersprechenden vorgelegten Beweise müssten aber eindeutige Rückschlüsse auf Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der älteren Marke im Sinne des Absatzes 2 dieser Regel erlauben.

26 Das HABM räumt ein, dass die zu den Akten gereichten Unterlagen zulässige Beweiselemente im Sinne von Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 22 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 2868/95 seien. Insbesondere sei die von der Widersprechenden eingereichte „eidesstattliche Erklärung" ein zulässiger Beweis.

27 Der Beweiswert einer solchen Erklärung sei jedoch zusammen mit allen anderen vorgelegten Unterlagen nach deren Inhalt und den besonderen Umständen des Einzelfalls zu bewerten. Diese Prüfung führe zu dem Ergebnis, dass die eidesstattliche Erklärung allein oder mit einer ihr als Anlage beigefügten Warenaufstellung nicht ausreichen könne, um die ernsthafte Benutzung des älteren Rechts nachzuweisen.

28 Insoweit gebe die Liste, die der eidesstattlichen Erklärung beigefügt sei, nur die in der Erklärung genannten Zahlen wieder, ohne diese jedoch zu belegen. Diese Angaben genügten somit nicht als Nachweis für eine ernsthafte Benutzung, sofern sie nicht z. B. durch Rechnungen, Kataloge oder Werbeanzeigen bestätigt würden. Was im Übrigen undatierte Abbildungen von Produktverpackungen angehe, so erlaubten sie nur bloße Vermutungen und könnten daher die anderen Beweiselemente und die Aussagen nicht bestätigen.

29 Auch die Streithelferin erkennt an, dass die eidesstattliche Erklärung ein ausdrücklich in Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenes zulässiges Beweismittel darstelle. Es sei jedoch Sache des HABM, genauer, seiner Beschwerdekammern, die Beweiskraft dieser eidesstattlichen Erklärung seinem oder ihrem Verständnis nach frei zu würdigen.

30 Im vorliegenden Fall seien die Angaben über die Verkaufseinheiten sowie über den Zeitraum des angeblichen Verkaufs der Waren ausschließlich in der eidesstattlichen Erklärung des „Geschäftsführers Einkauf International" der Klägerin selbst enthalten. Die Aufstellung der Artikel stamme ebenfalls von der Klägerin selbst und werde durch keine objektiven Anhaltspunkte gestützt. Sie erhöhe daher auch nicht den Beweiswert der eidesstattlichen Erklärung. In Wirklichkeit sei sie eine bloße schriftliche Behauptung einer Partei ohne jeden Beweiswert. Die Verpackungsmuster seien die einzigen objektiven Elemente, die die Klägerin vorgelegt habe. Sie enthielten jedoch keinerlei Angaben über das Datum ihrer Verwendung oder den Gültigkeitszeitraum.

31 Auch nach deutschem Recht reiche eine eidesstattliche Erklärung für die Darlegung einer tatsächlichen und ernsthaften Benutzung nur dann aus, wenn sie von anderen Beweiselementen begleitet und gestützt werde. Insoweit sei auf eine in der Klageschrift angeführte Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM zu verweisen.

Würdigung durch das Gericht

32 Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 sieht vor, dass der Anmelder einer Gemeinschaftsmarke den Nachweis verlangen kann, dass die ältere Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke, gegen die Widerspruch erhoben wurde, in ihrem Schutzgebiet ernsthaft benutzt wurde.

33 Nach Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 bestehen die Angaben und Beweise, die zum Nachweis der Benutzung vorgelegt werden, aus Angaben über Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der älteren Marke für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde und auf denen der Widerspruch beruht. Nach dieser Regel sind Beweise für diese Angaben zu erbringen.

34 Insoweit heißt es in Regel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2868/95, dass sich die Beweise für die Benutzung der Marke „nach Möglichkeit" auf die Vorlage von Urkunden und Beweisstücken „wie" Verpackungen, Etiketten, Preislisten, Kataloge, Rechnungen, Fotografien, Zeitungsanzeigen und auf die in Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 40/94 genannten schriftlichen Erklärungen, darunter schriftliche Erklärungen, die an Eides statt abgegeben werden, beschränken sollen.

35 Darüber hinaus ist bei der Auslegung des Begriffes der ernsthaften Benutzung zu berücksichtigen, dass der Normzweck des Erfordernisses, dass die ältere Marke ernsthaft benutzt worden ist, um einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung entgegengehalten werden zu können, darin besteht, Markenkonflikte zu begrenzen, soweit kein berechtigter wirtschaftlicher Grund vorliegt, der sich aus einer tatsächlichen Funktion der Marke auf dem Markt ergibt (oben in Randnr. 19 zitiertes Urteil Silk Cocoon, Randnr. 38). Dagegen zielt diese Bestimmung weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolgs noch auf eine Überprüfung der Geschäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf ab, den Markenschutz nur umfangreichen kommerziellen Verwertungen von Marken vorzubehalten (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache T-334/01, MFE Marienfelde/HABM — Vétiquinol [HIPOVITON], Slg. 2004, II-2787, Randnr. 32).

36 Wie sich aus dem (oben in Randnr. 19) zitierten Urteil Ansul zur Auslegung des Artikels 12 Absatz 1 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1), dessen normativer Inhalt im Wesentlichen dem des Artikels

43 der Verordnung Nr. 40/94 entspricht, ergibt, wird eine Marke ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion, die darin besteht, die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, zu garantieren, benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen (Randnr. 43). Die Bedingung der ernsthaften Benutzung der Marke verlangt daher, dass die Marke, so wie sie im relevanten Gebiet geschützt ist, öffentlich und nach außen benutzt wird (oben in Randnr. 19 zitiertes Urteil Silk Cocoon, Randnr. 39; vgl. in diesem Sinne entsprechend oben in Randnr. 19 zitiertes Urteil Ansul, Randnr. 37).

37 Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu prüfen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird, insbesondere anhand der 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, der Art dieser Waren oder Dienstleistungen, der Merkmale des Marktes sowie des Umfangs und der Häufigkeit der Benutzung der Marke (oben in Randnr. 35 zitiertes Urteil HIPOVITON, Randnr. 34; vgl. in diesem Sinne entsprechend oben in Randnr. 19 zitiertes Urteil Ansul, Randnr. 43).

38 Bei der Prüfung der Ernsthaftigkeit der Benutzung der älteren Marke ist eine umfassende Beurteilung unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren des konkreten Falles vorzunehmen (oben in Randnr. 35 zitiertes Urteil HIPOVITON, Randnr. 36). Die ernsthafte Benutzung einer Marke lässt sich jedoch nicht mit Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen nachweisen, sondern sie muss auf konkreten und objektiven Umständen beruhen, die eine tatsächliche und ausreichende Benutzung der Marke auf dem betreffenden Markt belegen (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes/HABM — Harrison [HIWATT], Slg. 2002, II-5233, Randnr.47).

39 Im vorliegenden Fall enthielten die schriftliche Erklärung des „Geschäftsführers Einkauf International" der Klägerin sowie die tabellarische Aufstellung der vermarkteten Artikel Angaben zur Benutzung der Marke in Bezug auf den Ort (Deutschland), die Zeit (1993–1999), den Umfang (Umsatz pro Jahr und Artikel) und die Art der bezeichneten Waren (vor allem Fruchtsäfte).

40 Was die schriftliche Erklärung des „Geschäftsführers Einkauf International" der Klägerin angeht, so ist daran zu erinnern, dass Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 40/94 als Beweismittel für die Benutzung der Marke aufgrund der Verweisung in Regel 22 der Verordnung Nr. 2868/95 „schriftliche Erklärungen [nennt], die unter Eid oder an Eides statt abgegeben werden oder nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem sie abgegeben werden, eine ähnliche Wirkung haben". Daraus folgt, dass die Wirkungen einer schriftlichen Erklärung nur in den Fällen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu prüfen sind, in denen diese Erklärung nicht unter Eid oder an Eides statt abgegeben worden ist. Im vorliegenden Fall steht fest, dass es sich bei der schriftlichen Erklärung des „Geschäftsführers Einkauf International" der Klägerin um eine eidesstattliche Erklärung handelt und dass sie als solche von der Beschwerdekammer für zulässig erklärt worden ist. Diese Erklärung gehört demnach, ohne dass ihre Wirkungen nach deutschem Recht zu prüfen wären, zu den in Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 40/94, auf den Regel 22 der Verordnung 2868/95 verweist, genannten Beweismitteln.

41 Auch wenn die eidesstattliche Erklärung und die tabellarische Aufstellung der von der Klägerin vermarkteten Artikel als zulässige Beweiselemente angesehen werden können, so ist doch der Akteninhalt unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren umfassend zu beurteilen, um festzustellen, ob der Nachweis für die ernsthafte Benutzung der Marke erbracht worden ist. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass den Parteien nach Regel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2868/95 verschiedene Beweismittel für die Benutzung der Marke zur Verfügung stehen. Im Übrigen enthalten die Verordnung Nr. 40/94 und die Verordnung Nr. 2868/95 nichts, was die Annahme zuließe, dass die Beweismittel für die Benutzung der Marke, zusammen oder getrennt betrachtet, das HABM zwangsläufig zu der Schlussfolgerung veranlassen müssten, dass der Nachweis für die ernsthafte Benutzung erbracht worden ist.

42 Im vorliegenden Fall ist erstens darauf hinzuweisen, dass die eidesstattliche Erklärung und die tabellarische Aufstellung der vermarkteten Artikel von der Klägerin selbst stammen. Dazu ist festzustellen, dass bei der Beurteilung des Beweiswerts eines Dokuments zunächst die Wahrscheinlichkeit der darin enthaltenen Information zu prüfen ist. Insbesondere sind also zu berücksichtigen die Herkunft des Dokuments, die Umstände seiner Ausarbeitung, sein Adressat und die Frage, ob es seinem Inhalt nach vernünftig und glaubhaft erscheint (vgl. in diesem

Sinne entsprechend Urteil des Gerichts vom 15. März 2000 in den Rechtssachen T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, Cimenteries CBR u. a./Kommission, Slg. 2000, II-491, Randnr. 1838; vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache C-57/02 P, Acerinox/Kommission, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 202). Die Verordnung Nr. 40/94 und die Verordnung Nr. 2868/95 enthalten nichts, was die Schlussfolgerung erlauben würde, dass die Beweiskraft der Beweiselemente für die Benutzung der Marke einschließlich der eidesstattlichen Erklärungen im Licht der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zu prüfen wäre.

43 Zweitens hat die Klägerin zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens vor dem HABM etwas anderes vorgetragen, was die in ihrer eidesstattlichen Erklärung und in der Aufstellung der vermarkteten Artikel enthaltenen Zahlen hätte bestätigen können.

44 Die einzigen ergänzenden Unterlagen, die zu den Akten gereicht worden sind, waren undatierte Kopien der Verpackungsmuster der betreffenden Artikel. Auch wenn diese Kopien die „Art" (Fruchtsäfte) und eventuell den „Ort" (die Verpackungsmuster waren in deutscher Sprache beschriftet) der Benutzung der Marke hätten bestätigen können, so enthielten sie doch nichts, was die Zeit und den Umfang dieser Benutzung hätte bestätigen können.

45 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die ergänzenden Unterlagen, die die Angaben in der eidesstattlichen Erklärung hätten bestätigen können — z. B. Rechnungen, Kataloge oder Werbeanzeigen —, nicht so beschaffen sind, dass sie für die Klägerin schwer zu erlangen gewesen wären. Sie hätten insbesondere der Beschwerdekammer vorgelegt werden können, zumal in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung bereits die Unzulänglichkeit der Beweise für die Benutzung der Marke festgestellt worden war.

46 Demnach ist unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren festzustellen, dass die Beschwerdekammer keinen Fehler begangen hat, als sie die Ansicht vertrat, dass der Nachweis für die Benutzung der älteren nationalen Marke im vorliegenden Fall nicht erbracht sei.

47 Die übrigen Argumente der Klägerin können diese Beurteilung nicht entkräften.

48 Was den Umstand angeht, dass die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung auf die (oben in Randnr. 19 zitierten) Urteile Ansul und Silk Cocoon hingewiesen habe, die nicht einschlägig seien, so ist lediglich zu bemerken, dass die Beschwerdekammer, anders als die Klägerin vorträgt, nicht ausgeführt hat, dass diese Urteile die Frage behandelten, welche Unterlagen für den Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke genügten. Sie hat, wie sich aus Randnummer 15 der angefochtenen Entscheidung eindeutig ergibt, nur insoweit auf diese beiden Urteile verwiesen, als sie den Begriff „ernsthafte Benutzung" im Sinne der Gemeinschaftsvorschriften definieren. Dieses Argument ist daher sachlich unzutreffend.

49 In Bezug auf den Umstand, dass frühere Entscheidungen der Beschwerdekammern des HABM der angefochtenen Entscheidung widersprächen, so genügt der Hinweis darauf, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern ausschließlich auf der Grundlage der Verordnung Nr. 40/94 in ihrer Auslegung durch den Gemeinschaftsrichter und nicht auf der einer vorherigen Entscheidungspraxis dieser Kammern zu beurteilen ist (Urteile des Gerichts vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-36/01, Glaverbel/HABM [Oberfläche einer Glasplatte], Slg. 2002, II-3887, Randnr. 35, und vom 20. November 2002 in den Rechtssachen T-79/01 und T-86/01, Bosch/HABM [Kit pro und Kit Super Pro], Slg. 2002, II-4881, Randnr. 32). Dieses Argument greift daher nicht durch.

50 Aus all diesen Gründen ist der erste Klagegrund zurückzuweisen.

Zur Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Vorbringen der Beteiligten

51 Die Klägerin ist der Auffassung, da die Beschwerdekammer nicht habe erkennen lassen, dass sie Zweifel an der Glaubhaftigkeit der eidesstattlichen Erklärung habe und dieser nur einen eingeschränkten Beweiswert zuerkenne, hätte sie ihr gemäß Artikel 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 vorab Gelegenheit zur Äußerung geben müssen. Aufgrund der Entscheidung einer anderen Beschwerdekammer in einer anderen Sache (Grafenwälder/Grafenwalder, vgl. oben, Randnr. 21) habe sie davon ausgehen dürfen, dass die dem HABM vorgelegten Unterlagen ausreichten, um über Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Marke Auskunft zu geben. Insbesondere habe es keinen Grund für die Annahme gegeben, dass die Beschwerdekammer der eidesstattlichen Erklärung nur beschränkten Beweiswert zuerkennen werde. Der zuständige Spruchkörper hätte sie daher auf eine Rechtsauffassung hinweisen müssen, die ihr unbekannt gewesen sei und die er seiner Entscheidung zugrunde legen werde. Unter diesen Umständen unterscheide sich die vorliegende Rechtssache von derjenigen, die zum Urteil des Gerichts vom 5. Juni 2002 (T-198/00, Hershey Foods/HABM [Kiss device with plume], Slg. 2002, II-2567) geführt habe, auf das in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werde.

52 Das HABM ist der Auffassung, dass sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auf alle tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkte erstrecke, die die Grundlage der Entscheidungsfindung bildeten, nicht aber auf den endgültigen Standpunkt, den die Verwaltung einnehmen wolle. Unter diesen Umständen liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Widerspruchsabteilung nicht vor, und deren Entscheidung könnte auch nicht Gegenstand einer Klage vor dem Gericht sein.

53 Sollte sich der von der Klägerin geltend gemachte Klagegrund jedoch auf die Entscheidung der Beschwerdekammer beziehen, so sei der Vorwurf der Verweige-

rung des rechtlichen Gehörs nicht verständlich, da die Beschwerdekammer den Widerspruch mit der Begründung zurückgewiesen habe, die auch von der Widerspruchsabteilung angeführt worden sei.

54 Die Streithelferin trägt vor, dass das HABM seine Entscheidung nur auf solche Tatsachen stützen dürfe, die den beiden Beteiligten bekannt seien und zu denen sie sich hätten äußern können. Die Beurteilung, inwieweit bestimmte vorgetragene Tatsachen ausreichten, um eine tatsächliche und ernsthafte Benutzung der Marke nachzuweisen, sei eine Rechtsfrage. Es handele sich keineswegs um eine tatsächliche Feststellung, sondern um die rechtliche Bewertung der Unterlagen, auf die das HABM die Beteiligten zuvor nicht hinweisen müsse. Außerdem verstoße es gegen die Neutralitätspflicht des HABM, wenn es einen Verfahrensbeteiligten auffordere, weitere Nachweise für die Benutzung der Marke zu erbringen.

Würdigung durch das Gericht

55 Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin mit dem Klagegrund der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör tatsächlich eine Verletzung des Artikels 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 geltend macht, wonach die Entscheidungen des HABM nur auf Gründe gestützt werden dürfen, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten.

56 Die Klägerin hat in der Sitzung angegeben, dass dieser Klagegrund sowohl das Verfahren, das zur Entscheidung der Widerspruchsabteilung geführt habe, als auch dasjenige betreffe, das zur angefochtenen Entscheidung geführt habe.

57 Was das Verfahren angeht, das zur Entscheidung der Widerspruchsabteilung geführt hat, so ist dieser Klagegrund erstmals im Stadium des mündlichen Verfahrens vorgebracht worden.

58 Nach Artikel 48 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung des Gerichts können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens jedoch nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, sie werden auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind.

59 Auf jeden Fall sind nach Artikel 63 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 nur die Entscheidungen der Beschwerdekammern mit der Klage beim Gemeinschaftsrichter anfechtbar. Folglich sind im Rahmen einer solchen Klage nur Klagegründe zulässig, die sich gegen die Entscheidung der Beschwerdekammer richten.

60 Der Klagegrund einer Verletzung des Artikels 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 ist daher, soweit er die Entscheidung der Widerspruchsabteilung betrifft, als unzulässig zurückzuweisen.

61 Was die angefochtene Entscheidung angeht, so ist, auch wenn die Klägerin der Beschwerdekammer in Wirklichkeit vorwerfen würde, die Entscheidung der Widerspruchsabteilung trotz eines ihr anhaftenden Verfahrensfehlers nicht aufgehoben zu haben, in Randnummer 26 der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt worden, dass das HABM berechtigt ist, bei der Prüfung der Akte von sämtlichen Angaben einer Partei Gebrauch zu machen, ohne dieser Partei vorher Gelegenheit zu geben, sich zu diesen Angaben zu äußern. Jedenfalls wäre die Beschwerdekammer nicht verpflichtet gewesen, die Entscheidung der Widerspruchsabteilung allein aus diesem Grund aufzuheben, wenn sie in der Sache nicht rechtswidrig war. Im Übrigen ist hervorzuheben, dass die Klägerin gerade deshalb bei der Beschwerdekammer Beschwerde eingelegt hat, um ihren Standpunkt in Bezug auf die Erheblichkeit der Unterlagen zu Gehör zu bringen, die vorgelegt wurden, um die ernsthafte Benutzung der Marke zu beweisen, und dass sie also insoweit angehört worden ist.

62 Was den Anspruch auf rechtliches Gehör vor der Beschwerdekammer selbst angeht, so ist daran zu erinnern, dass die Würdigung der Tatsachen zur Entscheidungsfindung gehört. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erstreckt sich auf alle tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkte, die die Grundlage für die Entscheidungsfindung bilden, nicht aber auf den endgültigen Standpunkt, den die Verwaltung einnehmen will (vgl. entsprechend Urteil des Gerichts vom 21. Januar 1999 in den Rechtssachen T-129/95, T-2/96 und T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission, Slg. 1999, II-17, Randnr. 231). Da die Klägerin außerdem, wie bereits ausgeführt, dem HABM die fraglichen Unterlagen selbst vorgelegt hat, konnte sie offensichtlich zu diesen Unterlagen und ihrer Erheblichkeit Stellung nehmen. Unter diesen Umständen war die Beschwerdekammer nicht verpflichtet, die Klägerin zu der Würdigung der tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sie ihre Entscheidung stützen wollte, anzuhören.

63 Aus diesen Gründen ist der Klagegrund einer Verletzung des Artikels 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 zurückzuweisen.

Zur Verletzung der Dispositionsmaxime

Vorbringen der Beteiligten

64 Nach Auffassung der Klägerin hat die Dispositionsmaxime, die in Artikel 74 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 enthalten sei, zur Folge, dass die Beschwerdekammer, solange sie nicht aufgrund einer Äußerung der Streithelferin oder aufgrund widersprüchlicher Angaben in den Unterlagen Anlass gehabt habe, an der Glaubhaftigkeit der Angaben in der eidesstattlichen Erklärung zu zweifeln, nicht berechtigt gewesen sei, die Angaben von Amts wegen als bestritten anzusehen und der eidesstattlichen Erklärung einen geringeren Beweiswert zuzuerkennen.

65 Im vorliegenden Fall sei die Beschwerdekammer zu Unrecht der Auffassung gewesen, dass Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 nicht verletzt sei. Sie habe nämlich daraus, dass die Streithelferin die für die Benutzung der Marke vorgelegten Beweise nicht bestritten habe, keinerlei Konsequenz gezogen. Darüber hinaus habe sie übersehen, dass diese Beweise ihrer Natur und ihrem Inhalt nach stillschweigend als beweiskräftig anerkannt worden seien, da die Streithelferin die Liste ihrer Waren beschränkt habe und sich dann auch im Beschwerdeverfahren nur zur Frage der Verwechslungsgefahr geäußert habe. Unter diesen Umständen habe es keinen Grund gegeben, an der Richtigkeit und am Wahrheitsgehalt der vorgelegten Unterlagen zu zweifeln. Die Widerspruchsabteilung habe daher keine rechtliche Grundlage dafür gehabt, sie von Amts wegen als bestritten anzusehen, an der Glaubhaftigkeit der Angaben in der eidesstattlichen Erklärung zu zweifeln und ihnen eine geringere Beweiskraft beizumessen. Die angefochtene Entscheidung sei schon allein deshalb mit einem wesentlichen Verfahrensfehler behaftet.

66 Zu der Frage, ob die Benutzung insoweit nachgewiesen sei, als die Streithelferin sie nach Einreichung der entsprechenden Unterlagen durch die Klägerin nicht mehr bestritten habe, führt das HABM aus, dass sich das Gericht zu diesem Argument bereits in seinem Urteil vom 13. Juni 2002 in der Rechtssache T-232/00 (Chef Revival USA/ HABM [Massagué Marín — Chef], Slg. 2002, II-2749) geäußert habe. Nach diesem Urteil sei Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 zu entnehmen, dass den Beteiligten die Beibringung der Beweise zur Stützung ihrer Anträge obliege. Von einer Ausnahme von diesem Grundsatz im Fall des Nichtbestreitens sei in diesem Urteil keine Rede.

67 Was die Frage angeht, ob das Schweigen als Zugeständnis von Tatsachen angesehen werden könne, so hebt das HABM hervor, dass weder die Verordnung Nr. 40/94 noch die Verordnung Nr. 2868/95 einen solchen Grundsatz ausdrücklich erwähnten. Nehme der Anmelder nicht Stellung, so könne das HABM über den Widerspruch entscheiden, indem es sich auf die Beweismittel stütze, über die es verfüge. Auch ohne Reaktion des Anmelders der Marke auf einen Widerspruch verfüge das HABM über seine Anmeldung und — zusammen mit dem Widerspruch — über die für den Erlass einer Entscheidung notwendige Grundlage.

68 Das HABM fügt hinzu, dass nach Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 der Widerspruch zurückzuweisen sei, wenn der Anmelder der Marke verlangt habe, dass ein Benutzungsnachweis erbracht werde, und dieser Nachweis nicht erbracht worden sei.

69 Schließlich trägt das HABM in Anbetracht dieser Umstände vor, dass dem Argument der Klägerin, die Einschränkung der Anmeldung stelle eine konkludente Anerkennung dar, nicht gefolgt werden könne. Eine solche Einschränkung könne jederzeit vorgenommen werden und sei keineswegs an das Widerspruchsverfahren gebunden. Die Schlussfolgerung der Klägerin hierzu sei nicht überzeugend.

70 Die Streithelferin trägt vor, dass nach Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 die Ermittlung des Sachverhalts durch das HABM auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt sei. Ein Widerspruch dürfe daher nicht schon deshalb zurückgewiesen werden, weil der Widersprechende keine tatsächliche und ernsthafte Benutzung nachgewiesen habe, wenn der Anmelder die Benutzung der Widerspruchsmarke gar nicht bestritten habe. Sei die Benutzung der Widerspruchsmarke im Verfahren einmal bestritten worden, so gelte dieses Bestreiten für das gesamte Verfahren einschließlich eines möglichen Beschwerdeverfahrens. Das Bestreiten müsse also nicht wiederholt werden, da es nur dann nicht mehr gelte, wenn der Anmelder der Marke es ausdrücklich zurücknehme oder die tatsächliche und ernsthafte Benutzung der älteren Marke ausdrücklich zugestehe, was hier aber nicht der Fall gewesen sei.

71 Im Rahmen des Verfahrens vor der Beschwerdekammer habe sich die Streithelferin zur fehlenden Benutzung der Marke geäußert. Dass sie im Widerspruchsverfahren nur das Argument einer Verwechslungsgefahr zwischen den Marken vorgetragen habe, bedeute nicht, dass sie ihren Einwand bezüglich des Fehlens einer tatsächlichen und ernsthaften Benutzung zurückgenommen habe. Eine solche Rücknahme hätte nur ausdrücklich erfolgen können, was nicht der Fall gewesen sei.

72 Die Einschränkung des Warenverzeichnisses, auf das sich ihre Anmeldung bezogen habe, bedeute nicht, dass sie konkludent darauf verzichtet hätte, die Benutzung der Marke zu bestreiten. Die Rücknahme dieses Einwands hätte nur durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem HABM erfolgen können. Die Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses habe einen anderen Sachverhalt betroffen und zur Beendigung anderer Widerspruchsverfahren geführt.

Würdigung durch das Gericht

73 Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin mit dem Klagegrund einer Verletzung der Dispositionsmaxime tatsächlich eine Verletzung des Artikels 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 rügt.

74 Nach dieser Bestimmung ist das HABM, „[s]oweit es sich ... um Verfahren bezüglich relativer Eintragungshindernisse handelt, ... bei [der] Ermittlung auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt". Der Begriff „Anträge" umfasst im vorliegenden Fall die Markenanmeldung sowie den Widerspruch, der insoweit erhoben wurde. Der Begriff „Vorbringen" umfasst die rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, die die Beteiligten zur Begründung ihrer Anträge vorgetragen haben.

75 Dem HABM lagen hier also zwei Anträge im Sinne des Artikels 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 vor. Der erste, den die Streithelferin gestellt hatte, war auf die Eintragung der Marke Salvita gerichtet. Mit dem zweiten, von der Klägerin gestellten Antrag wurde wegen der älteren Marke SOLEVITA Widerspruch gegen diese Eintragung erhoben. Diese beiden Anträge wurden mit dem Vorbringen der Beteiligten begründet.

76 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass zwar in der französischen Fassung des Artikels 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 nicht ausdrücklich auf die Vorlage von Beweisen durch die Beteiligten Bezug genommen wird, dass dieser Bestimmung aber zu entnehmen ist, dass den Beteiligten auch die Beweislast für die Begründung ihrer Anträge obliegt. Diese Auslegung wird durch die übrigen Sprachfassungen der Bestimmung gestützt, insbesondere durch die englische („the facts, evidence and arguments provided by the parties"), die deutsche („das Vorbringen ... der Beteiligten") und die italienische („[ai] fatti, prove ed argomenti addotti ... dalle parti") (oben in Randnr. 66 zitiertes Urteil Chef, Randnr. 45).

77 Darüber hinaus hat der Inhaber einer älteren Marke, der Widerspruch erhoben hat, gemäß Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 auf Verlangen des Anmelders den Nachweis zu erbringen, dass er diese Marke ernsthaft benutzt hat oder dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen. Verlangt der Anmelder diesen Nachweis, so trägt also der Widersprechende die Beweislast für die ernsthafte Benutzung (oder für das Vorliegen berechtigter Gründe für die Nichtbenutzung), andernfalls sein Widerspruch zurückgewiesen wird. Diese Wirkung tritt nur ein, wenn das Verlangen ausdrücklich und rechtzeitig beim HABM formuliert worden ist. Daher kann der mangelnde Nachweis der ernsthaften Benutzung nur dann durch eine Zurückweisung des Widerspruchs sanktioniert werden, wenn der Anmelder einen solchen Nachweis ausdrücklich und rechtzeitig beim HABM verlangt hat (Urteil des Gerichts vom 17. März 2004 in der Rechtssache T-183/02 und T-184/02, El Corte Inglés/HABM — González Cabello und Iberia Líneas Aéreas de España [MUNDICOR], Slg. 2004, II-965, Randnrn. 38 und 39].

78 Im vorliegenden Fall hat die Streithelferin am 27. Oktober 1999 von der Klägerin verlangt, den Nachweis für die ernsthafte Benutzung der Marke nach Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 zu erbringen. Dieser Antrag ist ausdrücklich und rechtzeitig gestellt worden. Somit trägt die Klägerin die Beweislast für die ernsthafte Benutzung ihrer Marke.

79 Unter diesen Umständen ist in Anbetracht der Tatsache, dass die Streithelferin die Anmeldung der Marke Salvita nicht zurückgezogen hat, dass die Klägerin die ernsthafte Benutzung ihrer Marke nachzuweisen hatte und dass dieser Nachweis im

vorliegenden Fall nicht erbracht worden ist, festzustellen, dass das HABM den Widerspruch zu Recht zurückgewiesen hat, auch wenn die Streithelferin die von der Klägerin zur Begründung ihres Widerspruchs vorgetragenen Gesichtspunkte nicht bestritten hat.

80 Zum Argument der Klägerin, die Streithelferin habe das Warenverzeichnis in ihrer Anmeldung eingeschränkt und daher stillschweigend die Ansicht vertreten, dass der Nachweis für die ernsthafte Benutzung der Marke erbracht worden sei, ist zu bemerken, dass die Streithelferin lediglich beantragt hat, das Warenverzeichnis in Klasse 5 der Gemeinschaftsmarkenanmeldung einzuschränken. Darüber hinaus steht fest, dass der Widerspruch der Klägerin nur Waren der Klassen 29, 30 und 32 der Gemeinschaftsmarkenanmeldung betraf. Folglich kann sich die Einschränkung des Warenverzeichnisses der Anmeldung nicht auf den Widerspruch der Klägerin ausgewirkt haben. Auf jeden Fall ist daran zu erinnern, dass es Sache der Klägerin war, den Nachweis dafür zu erbringen, dass die fragliche Marke ernsthaft benutzt wurde. In Ermangelung eines solchen Nachweises und da die von der Streithelferin eingereichte Gemeinschaftsmarkenanmeldung nicht zurückgezogen worden war, hat das HABM den Widerspruch der Klägerin zu Recht zurückgewiesen.

81 Nach alledem ist der Klagegrund einer Verletzung des Artikels 74 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 zurückzuweisen, und die Klage ist demnach in vollem Umfang abzuweisen.

Kosten

82 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.**

Vilaras Dehousse Šváby

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 7. Juni 2005.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

M. Vilaras