URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

15. März 2011 *

In der Rechtssache T-50/09

Ifemy's Holding GmbH mit Sitz in München (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt H.-G. Augustinowski,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch A. Folliard-Monguiral als Bevollmächtigten,

Beklagter,

andere Beteiligte des Verfahrens vor der Beschwerdekammer des HABM:

Dada & Co. Kids Srl mit Sitz in Prato (Italien),

* Verfahrenssprache: Englisch.

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM vom 27. November 2008 (Sache R 911/2008-4) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Ifemy's Holding GmbH und der Dada & Co. Kids Srl

erlässt

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten N. J. Forwood (Berichterstatter) sowie der Richter J. Schwarcz und A. Popescu,

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 3. Februar 2009 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 18. Mai 2009 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der Entscheidung vom 26. Juni 2009, mit der es abgelehnt worden ist, die Einreichung einer Erwiderung zu gestatten,

aufgrund des Umstands, dass keine der Parteien binnen der Frist von einem Monat nach der Mitteilung, dass das schriftliche Verfahren abgeschlossen ist, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des daher auf Bericht des Berichterstatters gemäß Art. 135a der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden,

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 24. Mai 2006 meldete die Dada & Co. Kids Srl (im Folgenden: Anmelderin) 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 Gemeinschaftsmarke [ABl. L 78, S. 1]) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um die Bildmarke Dada & Co. kids.

3 Die Eintragung wurde für folgende Waren der Klasse 25 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: „Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen."

4 Die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 43/2006 vom 23. Oktober 2006 veröffentlicht.

5 Am 1. Dezember 2006 erhob die Klägerin, die Ifemy's Holding GmbH, nach Art. 42 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 41 der Verordnung Nr. 207/2009) Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für die in Randnr. 3 des vorliegenden Urteils genannten Waren.

6 Der Widerspruch war auf die am 10. April 2001 unter der Nr. 30114449 eingetragene deutsche Wortmarke DADA gestützt, die u. a. folgende Waren der Klasse 25 umfasste: „Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen".

7 Der Widerspruch wurde mit dem Bestehen einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009) begründet.

8 Am 24. Juli 2007 verlangte die Anmelderin von der Klägerin gemäß Art. 43 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009) den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Marke.

9 Mit Schreiben vom 30. August 2007 forderte das HABM die Klägerin auf, diesen Nachweis innerhalb einer Frist von zwei Monaten vorzulegen, also bis spätestens 31. Oktober 2007.

10 Am 31. Oktober 2007 sandte die Klägerin dem HABM per Telefax ein Schreiben, das insbesondere ein Verzeichnis der Unterlagen enthielt, mit denen der Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Marke erbracht werden sollte. Die fraglichen Unterlagen waren dieser Sendung allerdings nicht beigefügt worden.

11 Am 9. November 2007 erhielt das HABM auf dem Postweg das Original dieses Schreibens sowie die 202 Seiten Unterlagen, auf die darin Bezug genommen worden war.

12 Mit Schreiben vom 23. November 2007 wies die Widerspruchsabteilung die Klägerin darauf hin, dass die am 9. November 2007 übermittelten Unterlagen nicht berücksichtigt würden, da sie nicht innerhalb der festgesetzten Frist eingereicht worden seien.

13 Mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 machte die Klägerin gegenüber dem HABM geltend, dass dieses bei einer unvollständigen Übermittlung den Absender entsprechend informieren und zu einer erneuten Übermittlung auffordern müsse. Sie erwarte daher eine solche Aufforderung, da ihre Telefax-Sendung vom 31. Oktober 2007 „offensichtlich unvollständig" gewesen sei.

14 Mit Schreiben vom 19. März 2008 bestand die Klägerin darauf, dass das HABM die Beweismittel für die Benutzung der älteren Marke berücksichtige, und berief sich hierfür insbesondere auf Regel 80 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. L 303, S. 1).

15 Mit Entscheidung vom 16. April 2008 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch mit der Begründung zurück, die Klägerin habe die ernsthafte Benutzung der älteren Marke nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgewiesen.

16 Am 16. Juni 2008 legte die Klägerin beim HABM nach den Art. 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009) Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein. Sie rügte zum einen, dass die Widerspruchsabteilung in ihrer Entscheidung den Gemeinschaftsmarkenanmelder fehlerhaft bezeichnet habe, und machte zum anderen einen Verstoß gegen Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend.

17 Mit Entscheidung vom 27. November 2008 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Vierte Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde zurück. Insbesondere stellte die Beschwerdekammer in Randnr. 15 ihrer Entscheidung fest, es sei unerheblich, dass in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung die „DADA & CO. MEN SRL“ und nicht die „DADA & CO. KIDS SRL“ als Anmelderin genannt sei. Es handele sich um einen bloßen Schreibfehler, und die Entscheidung sei den Vertretern der Anmelderin und der Klägerin gemäß Regel 77 der Verordnung Nr. 2868/95 wirksam zugestellt worden. Ferner führte sie in Randnr. 21 dieser Entscheidung aus, dass das HABM im vorliegenden Fall lediglich Regel 22 der Verordnung Nr. 2868/95 angewandt habe, und stellte in den Randnrn. 23 bis 25 der Entscheidung fest, dass die Praxis des HABM nicht diskriminierend sei, weil sie mit den Rechtsvorschriften in Einklang stehe und andere Rechtsbehelfe gegeben seien. Schließlich führte sie in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung aus, dass die Übermittlung durch Fernkopierer nicht unvollständig im Sinne von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 gewesen sei, weil die Klägerin am 31. Oktober 2007 weder beabsichtigt noch versucht habe, die in ihrem Schreiben erwähnten 202 Seiten mit Nachweisen für die Benutzung der älteren Marke zu senden.

Anträge der Parteien

18 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung und die Entscheidung der Widerspruchsabteilung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

19 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

20 Die Klägerin stützt ihre Klage auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen auf drei Gründe. Mit dem ersten Klagegrund macht sie einen Verstoß gegen „formale Anforderungen", gegen Art. 77a Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 80 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009), gegen Regel 50 Abs. 2 der

Verordnung Nr. 2868/95 und gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit geltend. Mit dem zweiten Klagegrund rügt sie einen Verstoß gegen Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 und mit dem dritten Klagegrund einen Verstoß gegen die in den Art. 2 EG und 3 EG definierten Grundsätze der Gleichbehandlung und des lauteren Wettbewerbs sowie gegen Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen „formale Anforderungen", gegen Art. 77a Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94, gegen Regel 50 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 und gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit

Vorbringen der Parteien

21 Die Klägerin rügt, die Beschwerdekammer habe die Entscheidung der Widerspruchsabteilung nicht aufgehoben, obwohl darin fehlerhaft eine Dritte, nämlich die Dada & Co. Men Srl, die Inhaberin einer anderen Gemeinschaftsmarke sei, als Gemeinschaftsmarkenanmelderin bezeichnet worden sei.

22 Da diese Entscheidung nicht aufgehoben worden sei, existierten derzeit zwei Entscheidungen zugunsten zweier verschiedener Personen nebeneinander, die jeweils in Bezug auf die Kosten einen vollstreckbaren Titel gegen die Klägerin darstellten, nämlich die Entscheidung der Widerspruchsabteilung und die angefochtene Entscheidung.

23 Das HABM tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

Würdigung durch das Gericht

24 Gemäß Regel 50 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 in ihrer zur maßgebenden Zeit geltenden Fassung muss die Entscheidung der Beschwerdekammer u. a. die Namen der Beteiligten und ihrer Vertreter enthalten.

25 Im vorliegenden Fall ist das Vorbringen der Klägerin, dass ein Verstoß gegen diese Bestimmung vorliege, offensichtlich unbegründet, da die Beschwerdekammer die Namen der Beteiligten und ihrer Vertreter zutreffend angegeben hat.

26 Außerdem sieht Art. 77a Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 vor, dass das HABM, wenn es eine Eintragung ins Register vornimmt oder eine Entscheidung trifft, diese Eintragung löscht oder diese Entscheidung widerruft, wenn die Eintragung oder die Entscheidung offensichtlich mit einem ihm anzulastenden Verfahrensfehler behaftet ist.

27 Gemäß Art. 77a Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 80 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009) gilt dieser Artikel unbeschadet des Rechts der Beteiligten, gemäß den Art. 57 und 63 (jetzt Art. 58 und 65 der Verordnung Nr. 207/2009) Beschwerde einzulegen, sowie der Möglichkeit, nach den in der Verordnung Nr. 2868/95 festgelegten Verfahren und Bedingungen sprachliche Fehler, Schreibfehler und offensichtliche Fehler in Entscheidungen des HABM zu berichtigen.

28 Stellt das HABM von Amts wegen oder auf Betreiben eines Verfahrensbeteiligten einen sprachlichen Fehler, einen Schreibfehler oder einen offensichtlichen Fehler in einer Entscheidung fest, sorgt es gemäß Regel 53 der Verordnung Nr. 2868/95 dafür, dass der Irrtum oder Fehler von der zuständigen Dienststelle oder Abteilung korrigiert wird.

29 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Akte des HABM, dass die Widerspruchsabteilung in ihrer Entscheidung die Gemeinschaftsmarkenanmelderin fehlerhaft als „DADA & CO. MEN SRL“ bezeichnet hat. Dagegen wurden ihre Anschrift, der Name ihres Rechtsvertreters und das der Sache zugewiesene Aktenzeichen in der Entscheidung zutreffend angegeben. Darüber hinaus wurde die Anmelderin in der Zustellungsurkunde zutreffend bezeichnet, und die Zustellung erfolgte an den ordnungsgemäß benannten Rechtsvertreter. Auch die von der Klägerin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung eingelegte Beschwerde stellte das HABM diesem Rechtsvertreter zu.

30 Hieraus folgt, dass der geltend gemachte Fehler entgegen dem Vorbringen des HABM die Entscheidung der Widerspruchsabteilung selbst und nicht deren Zustellung berührt, so dass die Rechtsprechung, wonach Unregelmäßigkeiten bei der Zustellung die Entscheidung selbst nicht berühren und daher auch deren Rechtmäßigkeit nicht beeinträchtigen können, hier nicht einschlägig ist (Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juli 1972, Imperial Chemical Industries/Kommission, 48/69, Slg. 1972, 619, Randnr. 39, Urteile des Gerichts vom 28. Mai 1998, W/Kommission, T-78/96 und T-170/96, Slg. ÖD 1998, I-A-239 und II-745, Randnr. 183, und vom 2. Juli 2002, SAT.1/HABM [SAT.2], T-323/00, Slg. 2002, II-2839, Randnr. 12).

31 Dies ändert nichts daran, dass der Fehler, der der Widerspruchsabteilung bei der Bezeichnung des Anmelders unterlaufen ist, keine prozessualen Folgen hatte und nicht als Verfahrensfehler im Sinne von Art. 77a Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 zu qualifizieren ist. Diese Vorschrift ist folglich auf die Umstände des vorliegenden Falles nicht anwendbar.

32 Vielmehr ergibt sich aus den vorstehenden, insbesondere den in Randnr. 29 des vorliegenden Urteils angestellten Erwägungen, dass der der Widerspruchsabteilung bei der Bezeichnung des Anmelders unterlaufene Fehler als Schreibfehler oder offensichtlicher Fehler im Sinne von Art. 77a Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 53 der Verordnung Nr. 2868/95 anzusehen ist. Folglich konnte dieser Fehler gemäß diesen Bestimmungen von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten von

der zuständigen Dienststelle oder Abteilung des HABM berichtigt werden, ohne dass das HABM die mit dem Fehler behaftete Entscheidung hätte für ungültig erklären oder widerrufen müssen.

33 Gemäß Art. 62 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 64 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009) kann aber die Beschwerdekammer bei ihrer Entscheidung über die Beschwerde im Rahmen der Zuständigkeit der Dienststelle tätig werden, die die angefochtene Entscheidung erlassen hat.

34 Die Beschwerdekammer hat daher fehlerfrei und ohne Verstoß gegen die mit dem vorliegenden Klagegrund geltend gemachten Vorschriften in Ausübung der Zuständigkeiten der Widerspruchsabteilung den von dieser begangenen Schreibfehler oder offensichtlichen Fehler festgestellt und gemäß Art. 77a Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 53 der Verordnung Nr. 2868/95 für seine Berichtigung gesorgt. Die Feststellung und die Berichtigung dieses Fehlers in den Randnrn. 9 bzw. 15 der angefochtenen Entscheidung implizierten darüber hinaus nicht die Aufhebung oder den Widerruf der Entscheidung der Widerspruchsabteilung.

35 Dem in Randnr. 22 des vorliegenden Urteils zusammengefassten Vorbringen der Klägerin ist das HABM zu Recht mit dem Hinweis darauf entgegengetreten, dass der Klägerin durch die Existenz zweier Entscheidungen, die ihr gegenüber Titel darstellten, kein Schaden entstehe. Die angefochtene Entscheidung hat nämlich, was die Kostenentscheidung betrifft, die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ersetzt, wie aus Nr. 3 ihres Tenors hervorgeht und es den in Randnr. 32 ihrer Gründe angeführten Bestimmungen entspricht. Daher kann sich die in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung irrtümlich genannte Dada & Co. Men Srl der Klägerin gegenüber auf keinen Titel berufen.

36 Darüber hinaus hat die Klägerin keine anderen Rügen oder Argumente im Zusammenhang mit dem behaupteten Verstoß gegen „formale Anforderungen“ und den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit vorgebracht. Dieser Verstoß ist damit nicht nachgewiesen.

37 Nach alledem ist der erste Klagegrund als unbegründet zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95

Vorbringen der Parteien

38 Die Klägerin macht geltend, eine Mitteilung durch Fernkopierer, die mit den Worten „wir möchten die folgenden Beweisstücke vorlegen“ beginne, aber keines der fraglichen Beweisstücke umfasse, sei offensichtlich unvollständig im Sinne von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95. Das HABM sei daher gemäß dieser Bestimmung verpflichtet gewesen, sie hierauf hinzuweisen und sie aufzufordern, ihre Mitteilung nochmals zu übermitteln.

39 Bei der Behauptung der Beschwerdekammer, die Klägerin habe nie die Absicht gehabt, eine vollständige Mitteilung durch Fernkopierer zu senden, handele es sich um bloße Vermutungen über ihre Absichten. Die Klägerin habe nur zur Stützung ihrer Klage ausgeführt, dass eine solche Übermittlung von mehr als 200 Seiten durch Fernkopierer unmöglich ohne Funktionsfehler durchzuführen sei.

40 Das auf die Kopfzeile der Faxmitteilung vom 31. Oktober 2007 bezogene Vorbringen der Beschwerdekammer sei ebenfalls spekulativ und entbehre jeder Grundlage.

41 Das HABM tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

Würdigung durch das Gericht

42 Regel 80 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 sieht vor:

„Ist eine durch Fernkopierer erhaltene Mitteilung unvollständig oder unleserlich oder hat das [HABM] ernste Zweifel in Bezug auf die Richtigkeit der Übermittlung, so teilt das [HABM] dies dem Absender mit und fordert ihn auf, innerhalb einer vom [HABM] festgelegten Frist das Originalschriftstück durch Fernkopierer nochmals zu übermitteln oder das Originalschriftstück gemäß Regel 79 Buchstabe a) vorzulegen. Wird dieser Aufforderung fristgemäß nachgekommen, so gilt der Tag des Eingangs der nochmaligen Übermittlung oder des Originalschriftstücks als der Tag des Eingangs der ursprünglichen Mitteilung … Wird der Aufforderung nicht fristgemäß nachgekommen, so gilt die Mitteilung als nicht eingegangen."

43 Das Ziel dieser Bestimmung besteht darin, den Absendern von Fax-Mitteilungen an das HABM die Möglichkeit zu geben, diesem nach Ablauf der Widerspruchsfrist ihre Unterlagen nochmals zu übermitteln oder die Originalschriftstücke vorzulegen, wenn eine der in dieser Regel angesprochenen Situationen vorliegt, damit sie die sich daraus ergebenden Mängel beheben können (Urteil des Gerichts vom 15. Mai 2007, Black & Decker/HABM — Atlas Copco [dreidimensionale Darstellung eines gelb-schwarzen Elektrowerkzeugs u. a.], T-239/05, T-240/05, T-245/05 bis T-247/05,

T-255/05 und T-274/05 bis T-280/05, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 60).

44 Wie das HABM zu Recht feststellt, zielt diese Bestimmung also auf Fälle ab, in denen ein objektives Element, das mit besonderen oder anormalen technischen Umständen zusammenhängt, die nicht dem Willen des fraglichen Beteiligten unterliegen, diesen daran hindert, die Unterlagen in zufriedenstellender Weise durch Fernkopierer zu übermitteln.

45 Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 zielt dagegen nicht auf Fälle ab, in denen die Unvollständigkeit oder Unleserlichkeit der Faxmitteilung allein auf dem Willen des Absenders beruht, der eine vollständige und lesbare Übermittlung absichtlich nicht vornimmt, obwohl er hierzu technisch in der Lage wäre.

46 Hieraus folgt auch, dass Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95, was durch die Verwendung des Adverbs „nochmals" bestätigt wird, eine grundsätzliche Identität zwischen den unvollständig oder unleserlich durch Fernkopierer übermittelten Unterlagen und den schließlich im Original oder durch Fernkopie auf Aufforderung des HABM übermittelten Unterlagen voraussetzt und somit jeder Korrektur, Änderung oder Hinzufügung neuer Elemente bei dieser Gelegenheit entgegensteht. Bei jeder anderen Auslegung könnten die an einem Verfahren vor dem HABM Beteiligten die ihnen gesetzten Fristen umgehen, was von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 offenkundig nicht bezweckt wird.

47 Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die am 31. Oktober 2007 durch Fernkopierer erhaltene Mitteilung als unvollständig im Sinne von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 anzusehen war.

48 Insofern ist zunächst das Argument der Klägerin zurückzuweisen, dass eine mit den Worten „wir möchten die folgenden Beweisstücke vorlegen" beginnende, aber keines der fraglichen Beweisstücke enthaltende Faxmitteilung offensichtlich unvollständig im Sinne von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 sei. Eine solche Mitteilung kann nämlich gemäß den in den Randnrn. 44 und 45 des vorliegenden Urteils angeführten Grundsätzen nur dann als unvollständig angesehen werden, wenn der Absender tatsächlich beabsichtigt und versucht hat, die fraglichen Beweisstücke durch Fernkopierer zu übermitteln. Hat der Absender dagegen nur ein Schreiben, in dem alle Beweisstücke aufgezählt werden, die er geltend zu machen beabsichtigte, durch Fernkopierer übermitteln wollen und diese dann als Anlage zum auf dem Postweg versendeten Original dieses Schreibens verschickt, kann er sich nach dem in Randnr. 46 des vorliegenden Urteils genannten Grundsatz nicht auf Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 berufen.

49 Im vorliegenden Fall geht aus der Akte des HABM hervor, dass das am letzten Tag der von der Widerspruchsabteilung gesetzten Frist, d. h. am 31. Oktober 2007, durch Fernkopierer übermittelte Schreiben fünf Seiten umfasste, dass es sich als vollständiges, zusammenhängendes und ordnungsgemäß von seinem Verfasser unterzeichnetes Dokument darstellte und dass es keinerlei Hinweis auf einen Anhang oder ein beigefügtes Dokument enthielt. Aus der Akte ergibt sich auch, dass jede Seite dieses dem HABM durch Fernkopierer übermittelten Schreibens nach dem Empfang durch das HABM die folgende Angabe trug: „Seite: [Zahl von 001 bis 005] von 005".

50 Außerdem hat die Klägerin zunächst vor der Widerspruchsabteilung und dann vor der Beschwerdekammer nicht förmlich bestritten, dass sie am 31. Oktober 2007 nur dieses Schreiben durch Fernkopie geschickt hat, und dass die gleichzeitig mit dem Original dieses Schreibens auf dem Postweg versendeten Nachweise für die ernsthafte Benutzung dem HABM am 9. November 2007, d. h. neun Tage nach Ablauf der gesetzten Frist, zugegangen sind. Sie hat nicht einmal vorgetragen, dass sie auch versucht hätte, diese Nachweise durch Fernkopie zu schicken, und keinerlei Angaben zu den genauen Umständen gemacht, unter denen die Übermittlung durch Fernkopierer am 31. Oktober 2007 abgelaufen ist, sondern sich darauf beschränkt, zu behaupten,

dass eine Übermittlung von mehr als 200 Seiten durch Fernkopierer ohne Funktionsstörung unmöglich sei. Die Klägerin hat auch weder den Sendebericht für die Fernkopie vom 31. Oktober 2007 noch irgendeinen anderen Bericht oder Beleg vorgelegt, mit dem gegebenenfalls nachgewiesen werden könnte, dass am 31. Oktober 2007 der Versuch einer Übermittlung der Beweisstücke durch Fernkopie unternommen wurde, aber gescheitert ist.

51 Angesichts solcher hinreichend präziser und übereinstimmender Indizien und mangels irgendeiner plausiblen Erklärung der Klägerin für das Gegenteil durfte die Beschwerdekammer nicht nur den Schluss ziehen, dass allein das fünfseitige Schreiben Gegenstand der Übermittlung durch Fernkopierer gewesen war und die anderen 202 Seiten später nur auf dem Postweg verschickt worden waren, sondern auch, dass die Klägerin nie die Absicht gehabt hatte, diese 202 Seiten durch Fernkopierer zu übermitteln.

52 Angesichts dieser Indizien kann sich die Klägerin nicht darauf beschränken, vor dem Gericht geltend zu machen, bei dieser Schlussfolgerung der Beschwerdekammer handele es sich um bloße Vermutungen über ihre Absichten. Sie muss, damit sich das Gericht eine Überzeugung bilden kann, eine Erläuterung oder Rechtfertigung vorbringen, die geeignet ist, die Plausibilität der behaupteten Tatsache in Frage zu stellen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnr. 79).

53 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Klägerin den Nachweis dafür schuldig geblieben ist, dass sie am 31. Oktober 2007 versucht hätte, die Nachweise für die ernsthafte Benutzung der älteren Marke durch Fernkopie zu übermitteln.

54 Folglich kann die vom HABM am 31. Oktober 2007 durch Fernkopierer erhaltene Mitteilung nicht als unvollständig im Sinne von Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 angesehen werden, so dass jedenfalls diese Vorschrift auf die Umstände des vorliegenden Falles nicht anwendbar ist.

55 Der zweite Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Zum dritten Klagegrund: Verstoß gegen die in den Art. 2 EG und 3 EG definierten Grundsätze der Gleichbehandlung und des lauteren Wettbewerbs und gegen Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

56 Die Klägerin macht geltend, das HABM benachteilige in vertragswidriger Weise in „fernen Gebieten Europas" ansässige Personen, die über erheblich weniger Zeit verfügten, dem HABM innerhalb der ihnen von diesem gesetzten Fristen von üblicherweise zwei Monaten ihre Mitteilungen zukommen zu lassen, als in Spanien ansässige Personen. Um sicher zu gehen, dass ein Schreiben rechtzeitig zugehe und im gegenteiligen Fall die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich sei, müsse eine Person, die nicht in der Nähe des Sitzes des HABM wohne, dieses Schreiben nämlich ungefähr zwei Wochen vor dem Ablauf der Frist absenden, während in Spanien wohnende Personen über die gesamte Frist verfügten. Außerdem könne diese Praxis die Betroffenen dazu veranlassen, sich dem Sitz des HABM anzunähern oder sich Rechtsanwaltskanzleien in seiner Nähe zu bedienen, was ein Hindernis für die unternehmerische Freiheit darstelle.

57 Das Vorbringen des HABM, dass es jedermann freistehe, seine Mitteilungen durch Fernkopierer zu senden, sei unzutreffend. Zum einen könnten bestimmte Dokumente, insbesondere farbige Dokumente, nicht per Fax übermittelt werden. Zum anderen seien, wie im vorliegenden Fall, manche Schriftstücke zu umfangreich, um ohne Funktionsfehler gefaxt zu werden.

58 Es gebe mehrere auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhende Alternativen zur Praxis des HABM. Beispielsweise könne das HABM — wie das Gericht — Mitteilungen durch E-Mail zulassen oder aber auf den Zeitpunkt der Absendung der Fernkopie abstellen und Benutzungsnachweise akzeptieren, die innerhalb der gesetzten Frist abgesendet worden, aber erst nach Ablauf dieser Frist zugegangen seien.

59 Die Klägerin führt zum Vorbringen der Beschwerdekammer, sie habe über verschiedene Rechtsbehelfe verfügt, von denen sie keinen Gebrauch gemacht habe, erstens aus, dass einem Antrag auf Fristverlängerung gemäß Regel 71 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 im Hinblick auf die Praxis des HABM nicht notwendigerweise stattgegeben worden wäre. Zweitens sei die Weiterbehandlung gegen Zahlung einer Gebühr gemäß Art. 78a der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 82 der Verordnung Nr. 207/2009) nicht möglich gewesen, da diese Vorschrift nicht auf die Frist gemäß Art. 43 der Verordnung anwendbar sei. Drittens werde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Art. 78 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 81 der Verordnung Nr. 207/2009) nur in ganz wenigen Fällen gewährt und könne somit keine echte Alternative darstellen. Außerdem bestehe kein Grund, weshalb ein Antragsteller auf seine Rechte verzichten und wegen einer „diskriminierenden Praxis“ des HABM eine zusätzliche Gebühr zahlen sollte.

60 Schließlich macht die Klägerin geltend, dass Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorsehe, dass ein Widersprechender seine Beweismittel für die Benutzung vor Ablauf der gesetzten Frist vorlegen müsse, aber nicht, dass diese Beweismittel dem HABM vor diesem Zeitpunkt zugegangen sein müssten. Diese Regel sei im

Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung, auszulegen und müsse mit diesen in Einklang stehen.

61 Das HABM tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

Würdigung durch das Gericht

62 Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 lautet:

„Hat der Widersprechende gemäß Artikel 43 Absatz 2 oder 3 der Verordnung den Nachweis der Benutzung oder den Nachweis zu erbringen, dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen, so fordert das [HABM] ihn auf, die angeforderten Beweismittel innerhalb einer vom [HABM] festgesetzten Frist vorzulegen. Legt der Widersprechende diese Beweismittel nicht fristgemäß vor, so weist das [HABM] den Widerspruch zurück."

63 Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass es sich bei der vorgesehenen Frist um eine Ausschlussfrist handelt, die die Berücksichtigung verspätet vorgelegter Beweismittel durch das Amt ausschließt (vgl. Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002, Institut für Lernsysteme/HABM — Educational Services [ELS], T-388/00, Slg. 2002, II-4301, Randnr. 28).

64 Wie die Beschwerde- und Klagefristen ist diese Frist zwingenden Rechts und steht nicht zur Disposition der Parteien und des Gerichts, das ihre Einhaltung — auch von Amts wegen — zu überprüfen hat. Diese Frist entspricht dem Erfordernis der Rechtssicherheit und der Notwendigkeit, jede Diskriminierung oder willkürliche Behandlung bei der Gewährung von Rechtsschutz zu vermeiden (vgl. entsprechend Urteile

des Gerichtshofs vom 7. Juli 1971, Müllers/WSA, 79/70, Slg. 1971, 689, Randnr. 18, vom 4. Februar 1987, Cladakis/Kommission, 276/85, Slg. 1987, 495, Randnr. 11, und vom 29. Juni 2000, Politi/Europäische Stiftung für Berufsbildung, C-154/99 P, Slg. 2000, I-5019, Randnr. 15).

65 Für die Zwecke der Prüfung, ob die Frist eingehalten wurde, geht das Gericht in Übereinstimmung mit dem HABM davon aus, dass Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 dahin auszulegen ist, dass das Beweismittel nicht dann „vorgelegt" ist, wenn es an das HABM abgesandt wird, sondern dann, wenn es bei diesem eingeht.

66 Erstens wird diese Auslegung dem Wortsinn nach durch den Gebrauch der beiden Verben „erbringen" und „[das Beweismittel dem HABM] vorlegen" in Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 bestätigt. Diese Verben vermitteln nämlich beide den Gedanken einer Bewegung oder eines Verbringens des Beweismittels hin zu dem Ort, an dem das HABM seinen Sitz hat, so dass die Betonung eher auf dem Ergebnis der Handlung liegt als auf dem Ausgangspunkt.

67 Zweitens enthält zwar weder die Verordnung Nr. 40/94 noch die Verordnung Nr. 2868/95 eine Art. 43 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichts entsprechende Bestimmung, wonach nur der Tag des Eingangs bei der Kanzlei maßgebend ist für die Berechnung der Verfahrensfristen, doch steht diese Auslegung im Einklang mit der allgemeinen Systematik dieser beiden Verordnungen, in denen zahlreiche besondere Bestimmungen vorsehen, dass für die Berechnung der Verfahrensfristen auf den Zeitpunkt des Zugangs eines Schreibens abzustellen ist und nicht auf den seiner Absendung. So verhält es sich beispielsweise bei Regel 70 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95, wonach bei Zustellung einer Verfahrenshandlung, die den Lauf einer Frist in Gang setzt, der „Zugang" für den Beginn der Frist maßgeblich ist. Gleiches gilt für Regel 72 der Verordnung Nr. 2868/95, nach der sich eine Frist, die an einem Tag abläuft, an dem das HABM zur „Entgegennahme" von Schriftstücken nicht geöffnet ist, auf den nächstfolgenden Tag erstreckt, an dem die „Entgegennahme" von Schriftstücken möglich ist, und für Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95, nach der der Tag des „Eingangs" der nochmaligen Übermittlung oder des Originalschriftstücks

als der Tag des „Eingangs" der ursprünglichen Mitteilung gilt, wenn diese sich als mangelhaft erwiesen hat.

68 Drittens stellt das HABM zu Recht fest, dass sich im Bereich des gemeinschaftlichen öffentlichen Dienstes eine entsprechende ständige Rechtsprechung herausgebildet hat, die Art. 90 Abs. 2 des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften dahin auslegt, dass die Beschwerde nicht dann „eingelegt" ist, wenn sie an das Organ gesandt worden ist, sondern dann, wenn sie bei diesem „eingegangen" ist (Urteil des Gerichtshofs vom 26. November 1981, Michel/Parlament, 195/80, Slg. 1981, 2861, Randnrn. 8 und 13; Urteil des Gerichts vom 25. September 1991, Lacroix/Kommission, T-54/90, Slg. 1991, II-749, Randnrn. 28 und 29; Beschluss des Gerichts für den öffentlichen Dienst vom 15. Mai 2006, Schmit/Kommission, F-3/05, Slg. ÖD 2006, I-A-1-9 und II-A-1-33, Randnr. 28).

69 Viertens ist diese Auslegung die am besten geeignete, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Sie gewährleistet nämlich, dass Beginn und Ende der in Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorgesehenen Frist klar bestimmt sind und strikt beachtet werden.

70 Viertens entspricht diese Auslegung entgegen der Auffassung der Klägerin auch der Notwendigkeit, jede Diskriminierung oder willkürliche Behandlung bei der Gewährung von Rechtsschutz zu vermeiden, da sie es ermöglicht, dass die Fristen bei allen Beteiligten, unabhängig von deren Sitz oder Staatsangehörigkeit, auf gleiche Art und Weise berechnet werden.

71 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung das Diskriminierungsverbot bzw. der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist (Urteil des

Gerichtshofs vom 17. Juli 2008, Campoli/Kommission, C-71/07 P, Slg. 2008, I-5887, Randnr. 50).

72 Im vorliegenden Fall ist es zwar zutreffend, dass, wie das HABM einräumt, Verfahrensbeteiligte, die weit von Alicante (Spanien) entfernt niedergelassen oder wohnhaft sind, gegenüber solchen, die in der Nähe dieser Stadt niedergelassen oder wohnhaft sind, benachteiligt sein können, wenn sie mit dem HABM auf dem Postweg kommunizieren.

73 Doch lässt sich allein daraus, dass die Laufzeit einer Postsendung je nach dem Land der Absendung unterschiedlich ist, nicht schließen, dass die Berücksichtigung des Zeitpunkts des Zugangs von gemäß Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorgelegten Beweismitteln zu einer Ungleichbehandlung der betroffenen Personen führt, je nachdem, wo sie sich bei der Absendung dieser Beweismittel aufhalten (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil des Gerichts vom 18. Dezember 2008, Lofaro/Kommission, T-293/07 P, Slg. ÖD 2008, I-B-1-85 und II-B-1-531, Randnr. 49).

74 Erstens betragen nämlich gemäß Punkt 1.2 der im November 2005 erlassenen Richtlinien für Verfahren vor dem HABM die von diesem festgesetzten Fristen in der Regel zwei Monate. Was die Vorlage von Beweisen für die ernsthafte Benutzung der älteren Marke betrifft, ist diese Frist normalerweise vollkommen ausreichend, um es einem Widersprechenden, der alle Sorgfalt aufwendet, die von einer Person mit normalem Kenntnisstand verlangt werden kann, zu ermöglichen, egal wo er sich innerhalb des Gebiets der Union befindet, seine Beweismittel zusammenzustellen und zu übermitteln, zumal er damit rechnen muss, dass der andere Beteiligte dies gemäß Art. 43 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 von ihm verlangt.

75 Zweitens wird der Umstand, dass die Laufzeit einer Postsendung nach Alicante je nach dem Land der Absendung unterschiedlich ist, zu einem gewissen Grad dadurch

kompensiert, dass jeder Betroffene, wenn die Umstände dies rechtfertigen, gemäß Regel 71 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2868/95 eine Verlängerung der Frist beantragen kann. Ferner bestimmt Regel 72 Abs. 4 dieser Verordnung, dass der Präsident des HABM, wenn die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und dem HABM durch ein nicht vorhersehbares Ereignis, z. B. eine Naturkatastrophe oder einen Streik, unterbrochen oder gestört wird, für die Beteiligten, die in dem betreffenden Mitgliedstaat ihren Wohnsitz oder Sitz haben oder einen Vertreter mit Geschäftssitz in diesem Mitgliedstaat bestellt haben, alle normalerweise am oder nach dem Tag des von ihm festgestellten Ereigniseintritts ablaufenden Fristen bis zu einem von ihm festzulegenden Tag verlängern kann.

76 Drittens wird die behauptete Diskriminierung jedenfalls durch die jedermann offenstehende Möglichkeit neutralisiert, mit dem HABM gemäß Regel 80 der Verordnung Nr. 2868/95 durch Fernkopierer zu kommunizieren. Da diese Zusendungsart unmittelbar ist, kann die Berücksichtigung des Zeitpunkts des Zugangs der Beweismittel Personen nicht je nachdem, in welchem Land sie sich während der Übermittlung dieser Beweismittel befinden, benachteiligen (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil Lofaro/Kommission, Randnr. 50).

77 Insofern kann die Klägerin sich nicht darauf beschränken, zu behaupten, dass umfangreiche Mitteilungen nicht ohne Funktionsfehler durch Fernkopierer übermittelt werden können. Diese Behauptung ist nicht nur nicht belegt, sondern sie wird durch die vom HABM angeführten Angaben, insbesondere diejenigen zur Rechtssache, in der das Urteil des Gerichts vom 25. März 2009, Anheuser-Busch/HABM — Budějovický Budvar (BUDWEISER) (T-191/07, Slg. 2009, II-691), ergangen ist, faktisch widerlegt.

78 Außerdem ist die Möglichkeit eines Funktionsfehlers bei einer Übermittlung durch Fernkopierer mit der Folge, dass die erhaltene Mitteilung unvollständig oder

unleserlich ist, gerade in Regel 80 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 vorgesehen, die in diesem Fall dem durch diesen Funktionsfehler betroffenen Beteiligten die Möglichkeit gibt, eine neue Frist zu erhalten. Im Übrigen hat das Gericht im Urteil Dreidimensionale Darstellung eines gelb-schwarzen Elektrowerkzeugs festgestellt, dass sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf die Übermittlung von farbigen Dokumenten durch Fernkopierer erstreckt.

79 Hieraus folgt, dass die Klägerin nicht mit Erfolg geltend machen kann, die Beschwerdekammer habe, indem sie für die Prüfung, ob die gemäß Regel 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2868/95 gesetzte Frist gewahrt worden sei, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung der Klägerin abgestellt habe, den Gleichbehandlungsgrundsatz verkannt.

80 Da der behauptete Verstoß gegen den Grundsatz des lauteren Wettbewerbs auf den Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt wird, ist auch dieser nicht nachgewiesen.

81 Darüber hinaus hat die Klägerin keine anderen Rügen oder Argumente im Zusammenhang mit dem behaupteten Verstoß gegen Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94 vorgebracht. Dieser Verstoß ist damit nicht nachgewiesen.

82 Nach alledem ist der dritte Klagegrund zurückzuweisen und damit die Klage insgesamt abzuweisen, ohne dass es erforderlich wäre, über die Zulässigkeit des Antrags in der Klageschrift zu entscheiden, mit dem die Aufhebung der Entscheidung der Widerspruchsabteilung begehrt wird.

Kosten

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

84 Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Ifemy's Holding GmbH trägt die Kosten.

Forwood Schwarcz Popescu

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 15. März 2011.

Unterschriften