

URTEIL DES GERICHTS (Neunte erweiterte Kammer)

19. Juni 2019(*)

„Unionsmarke – Nichtigkeitsverfahren – Unionsbildmarke mit der Darstellung dreier paralleler Streifen – Absoluter Nichtigkeitsgrund – Keine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft – Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 (jetzt Art. 7 Abs. 3 und Art. 59 Abs. 2 der Verordnung [EU] 2017/1001) – Nicht berücksichtigungsfähige Form der Benutzung – Form, die von der eingetragenen Form der Marke nicht unerheblich abweicht – Umkehrung des Farbschemas“

In der Rechtssache T-307/17,

adidas AG mit Sitz in Herzogenaurach (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: I. Fowler und I. Junkar, Solicitors,

Klägerin,

unterstützt durch

Marques mit Sitz in Leicester (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt M. Treis,

Streithelferin,

gegen

Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO), Prozessbevollmächtigte: M. Rajh und H. O'Neill als Bevollmächtigte,

Beklagter,

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

Shoe Branding Europe BVBA mit Sitz in Oudenaarde (Belgien), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt J. Løje,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des EUIPO vom 7. März 2017 (Sache R 1515/2016-2) zu einem Nichtigkeitsverfahren zwischen Shoe Branding Europe und adidas

erlässt

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten S. Gervasoni, der Richter L. Madise und R. da Silva Passos, der Richterin K. Kowalik-Bańczyk (Berichterstatterin) und des Richters C. Mac Eochaidh,

Kanzler: E. Hendrix, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 18. Mai 2017 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 10. August 2017 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des EUIPO,

aufgrund der am 12. Juli 2017 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

aufgrund des Beschlusses vom 5. Dezember 2017, Marques als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerin zuzulassen,

aufgrund des am 22. Januar 2018 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Streithilfeschriftsatzes von Marques,

aufgrund der am 19. Februar 2018 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Stellungnahme der Klägerin,

aufgrund der am 28. Februar 2018 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Stellungnahme des EUIPO,

aufgrund der am 28. Februar 2018 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Stellungnahme der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2019

folgendes

Urteil

I. Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Am 18. Dezember 2013 meldete die Klägerin, die adidas AG, nach der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Unionsmarke (ABl. 2009, L 78, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EU] 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke [ABl. 2017, L 154, S. 1]) beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) eine Unionsmarke an.
- 2 Die angemeldete Marke ist nachstehend wiedergegeben:



- 3 In der Anmeldung wird die Marke als Bildmarke bezeichnet und wie folgt beschrieben:
„Die Marke besteht aus drei parallel verlaufenden, äquidistanten Streifen gleicher Breite, die in beliebiger Richtung auf dem Produkt angebracht sind.“
- 4 Es wurden 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“.
- 5 Die Marke wurde am 21. Mai 2014 unter der Nr. 12442166 eingetragen.

- 6 Am 16. Dezember 2014 stellte die Streithelferin, die Shoe Branding Europe BVBA, auf der Grundlage von Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 59 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung 2017/1001) in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001) einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der streitigen Marke.
- 7 Am 30. Juni 2016 gab die Nichtigkeitsabteilung dem Nichtigkeitsantrag der Streithelferin mit der Begründung statt, dass die streitige Marke weder originäre noch durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft besitze.
- 8 Am 18. August 2016 legte die Klägerin beim EUIPO gemäß den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 66 bis 71 der Verordnung 2017/1001) Beschwerde gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung ein. Die fehlende originäre Unterscheidungskraft der Marke wurde von der Klägerin in der Klage nicht bestritten, doch machte die Klägerin geltend, die Marke habe infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 7 Abs. 3 und Art. 59 Abs. 2 der Verordnung 2017/1001) erlangt.
- 9 Mit Entscheidung vom 7. März 2017 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Zweite Beschwerdekammer des EUIPO die Beschwerde zurück.
- 10 Die Beschwerdekammer stellte zunächst fest, dass die fragliche Marke als Bildmarke rechtsgültig eingetragen worden sei (Rn. 20 der angefochtenen Entscheidung). Sodann bestätigte sie die Beurteilung der Nichtigkeitsabteilung, wonach die Marke keine Unterscheidungskraft besitze (Rn. 22 der angefochtenen Entscheidung). Sie prüfte die von der Klägerin vorgelegten Beweise und stellte fest, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass die Marke in der gesamten Europäischen Union infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben habe (Rn. 69 der angefochtenen Entscheidung). Die Beschwerdekammer kam somit zu dem Ergebnis, dass die fragliche Marke unter Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 eingetragen worden sei und folglich für nichtig erklärt werden müsse (Rn. 72 der angefochtenen Entscheidung).

II. Anträge der Verfahrensbeteiligten

- 11 Die Klägerin, unterstützt durch den Verband Marques (im Folgenden: streithelfender Verband), beantragt,
- die angefochtene Entscheidung aufzuheben;
 - dem EUIPO und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.
- 12 Das EUIPO beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - der Klägerin die Kosten aufzuerlegen;
 - dem streithelfenden Verband seine eigenen Kosten aufzuerlegen.
- 13 Die Streithelferin beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

III. Rechtliche Würdigung

- 14 Die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, macht mit ihrem einzigen Klagegrund einen Verstoß gegen Art. 52 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 und eine Verletzung der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit geltend.

15 Der Klagegrund besteht aus zwei Teilen, da die Klägerin als Erstes geltend macht, die Beschwerdekammer habe zu Unrecht zahlreiche Beweismittel mit der Begründung außer Acht gelassen, dass sie sich auf andere Zeichen und nicht auf die streitige Marke bezögen, und als Zweites erklärt, die Beschwerdekammer habe einen Beurteilungsfehler begangen, als sie festgestellt habe, es sei nicht bewiesen, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung im Unionsgebiet Unterscheidungskraft erworben habe.

A. Einleitende Erwägungen

16 Zum einen sind nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen. Gemäß Art. 7 Abs. 2 der genannten Verordnung (jetzt Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 2017/1001) findet dieses absolute Eintragungshindernis auch dann Anwendung, wenn es nur in einem Teil der Union vorliegt. Allerdings sieht Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 vor, dass dieses Eintragungshindernis der Eintragung einer Marke nicht entgegensteht, wenn die Marke für die Waren, für die die Eintragung beantragt worden ist, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.

17 Zum anderen wird eine Unionsmarke gemäß Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 auf Antrag beim EUIPO für nichtig erklärt, wenn sie entgegen den Vorschriften des Art. 7 dieser Verordnung eingetragen worden ist. Allerdings kann gemäß Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 eine Unionsmarke, wenn sie entgegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung eingetragen worden ist, dennoch nicht für nichtig erklärt werden, wenn sie durch Benutzung im Verkehr für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, Unterscheidungskraft erlangt hat.

18 Insoweit ergibt sich aus Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009, dass im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens die fehlende originäre Unterscheidungskraft einer eingetragenen Marke nicht zur Nichtigkeit der Marke führt, wenn die Marke infolge ihrer Benutzung entweder vor ihrer Eintragung oder zwischen ihrer Eintragung und der Stellung des Antrags auf Nichtigerklärung Unterscheidungskraft erlangt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Dezember 2017, bet365 Group/EUIPO – Hansen [BET 365], T-304/16, EU:T:2017:912, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 Ferner besagt die – originäre oder durch Benutzung erworbene – Unterscheidungskraft einer Marke, dass die Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteile vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, EU:C:1999:230, Rn. 46, und vom 18. Juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, Rn. 35).

20 Diese – originäre oder durch Benutzung erworbene – Unterscheidungskraft ist in Bezug auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und in Bezug darauf, wie die maßgeblichen Verkehrskreise sie wahrnehmen, zu beurteilen (vgl. entsprechend Urteile vom 18. Juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, Rn. 59 und 63, und vom 12. Februar 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, EU:C:2004:86, Rn. 34 und 75).

21 Im vorliegenden Fall bestehen die maßgeblichen Verkehrskreise für die Waren, für die die streitige Marke eingetragen wurde, d. h. für Bekleidungsstücke, Schuhwaren und Kopfbedeckungen, aus der Gesamtheit der potenziellen Verbraucher dieser Waren in der Union, d. h. sowohl aus der breiten Öffentlichkeit als auch aus dem spezialisierten Publikum.

22 Im Licht dieser Erwägungen sind die oben in Rn. 15 genannten zwei Teile des einzigen Klagegrundes zu prüfen.

B. Zum ersten Teil: nicht gerechtfertigtes Außerachtlassen bestimmter Beweise

23 Mit dem ersten Teil des Klagegrundes beanstandet die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, die Beschwerdekammer habe zahlreiche Beweismittel mit der Begründung außer Acht gelassen, dass sie sich auf andere Zeichen und nicht auf die streitige Marke bezögen. Die Begründung

beruhe erstens auf einer falschen Auslegung der streitigen Marke und zweitens auf einer falschen Anwendung des „Gesetzes der zulässigen Varianten“. Diese beiden Rügen sind nacheinander zu prüfen.

1. Zur ersten Rüge: falsche Auslegung der streitigen Marke

- 24 Mit der ersten Rüge beanstandet die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, dass die Beschwerdekammer die streitige Marke falsch ausgelegt habe, als sie der Auffassung gewesen sei, die Marke sei nur für bestimmte Dimensionen und insbesondere für ein bestimmtes Höhen/Breiten-Verhältnis angemeldet worden. Bei der Marke handle es sich nämlich um ein „Oberflächenmuster“, das je nach den Waren, auf denen es angebracht werde, in unterschiedlichen Dimensionen und Proportionen wiedergegeben werden könne. Insbesondere könnten die drei parallelen äquidistanten Streifen, aus denen die streitige Marke bestehe, in unterschiedlicher Weise verlängert oder verkürzt werden, einschließlich in schräger Form. Die Klägerin beruft sich auf die Prüfungsrichtlinien des EUIPO und den daraus folgenden Vertrauensschutz und macht geltend, sie könne sich darauf berufen, dass die streitige Marke eine Mustermarke darstelle, auch wenn die Marke als Bildmarke eingetragen worden sei.
- 25 Das EUIPO und die Streithelferin treten dem Vorbringen der Klägerin und des streithelfenden Verbands entgegen.
- 26 Im Hinblick auf das Vorbringen der Klägerin und des streithelfenden Verbands ist als Erstes festzustellen, dass gemäß Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 4 der Verordnung 2017/1001) Unionsmarken alle Zeichen sein können, die sich grafisch darstellen lassen, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.
- 27 Als Zweites ist festzustellen, dass die Eintragung nur auf der Grundlage und in den Grenzen der vom Antragsteller beim EUIPO eingereichten Anmeldung erfolgen kann. Daraus ergibt sich, dass das EUIPO Merkmale der angemeldeten Marke, die nicht in der Anmeldung oder den sie begleitenden Unterlagen enthalten sind, nicht berücksichtigen kann (vgl. Urteil vom 25. November 2015, Jaguar Land Rover/HABM [Form eines Autos], T-629/14, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:878, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 28 Insoweit sind die Merkmale einer Marke anhand mehrerer Gesichtspunkte zu beurteilen.
- 29 Nach Regel 1 Abs. 1 Buchst. d und Regel 3 Abs. 2 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1995, L 303, S. 1) (jetzt Art. 2 Abs. 1 Buchst. d und Art. 3 Abs. 6 bis 8 und Abs. 3 Buchst. b und f der Durchführungsverordnung [EU] 2018/626 der Kommission vom 5. März 2018 mit Einzelheiten zur Umsetzung von Bestimmungen der Verordnung [EU] 2017/1001 und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung [EU] 2017/1431 [ABl. 2018, L 104, S. 37]) muss die Anmeldung für eine Unionsmarke die grafische Darstellung bzw. Farbe der Marke enthalten, wenn eine besondere grafische Darstellung oder Farbe beansprucht wird.
- 30 Das Erfordernis der grafischen Darstellung hat insbesondere den Zweck, die Marke selbst festzulegen, um den genauen Gegenstand des Schutzes zu bestimmen, den die eingetragene Marke ihrem Inhaber gewährt (vgl. entsprechend Urteile vom 12. Dezember 2002, Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, Rn. 48, und vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, Rn. 27). Folglich muss der Anmelder eine grafische Darstellung der Marke einreichen, die genau dem Gegenstand des Schutzes entspricht, den er erreichen möchte. Ist die Marke eingetragen, kann der Markeninhaber keinen Schutz beanspruchen, der über den durch die grafische Darstellung gewährten Schutz hinausgeht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. November 2017, Red Bull/EUIPO – Optimum Mark [Kombination der Farben Blau und Silber], T-101/15 und T-102/15, gegen das Urteil ist ein Rechtsmittel anhängig, EU:T:2017:852, Rn. 71).
- 31 Regel 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 bestimmt: „Die Anmeldung kann eine Beschreibung der Marke enthalten.“ Folglich muss dann, wenn eine Anmeldung eine Beschreibung enthält, diese Beschreibung zusammen mit der grafischen Darstellung geprüft werden (vgl. in diesem Sinne

entsprechend Urteil vom 30. November 2017, Kombination der Farben Blau und Silber, T-101/15 und T-102/15, gegen das Urteil ist ein Rechtsmittel anhängig, EU:T:2017:852, Rn. 79).

- 32 Das EUIPO muss die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke auch im Hinblick auf die vom Anmelder in seiner Anmeldung gewählte Markenkategorie prüfen (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 21. Januar 2016, Enercon/HABM, C-170/15 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:53, Rn. 29, 30 und 32).
- 33 Als Drittes ist festzustellen, dass im Gegensatz zur Durchführungsverordnung (EU) 2017/1431 der Kommission vom 18. Mai 2017 mit Einzelheiten zur Umsetzung von Bestimmungen der Verordnung Nr. 207/2009 (ABl. 2017, L 205, S. 39) (ersetzt durch die Durchführungsverordnung 2018/626) weder die Verordnung Nr. 207/2009 noch die Verordnung Nr. 2868/95, die zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Nichtigerklärung anwendbar waren, „Mustermarken“ oder „Bildmarken“ als besondere Markenkategorien aufführen.
- 34 Vor dem Inkrafttreten der Durchführungsverordnung 2017/1431 hat das Gericht jedoch anerkannt, dass sich ein als Bildmarke bezeichnetes Zeichen aus einer Serie sich regelmäßig wiederholender Bestandteile zusammensetzen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. November 2016, Birkenstock Sales/EUIPO [Darstellung eines Musters aus sich kreuzenden Wellenlinien], T-579/14, EU:T:2016:650, Rn. 43, 49, 53 und 62). Insoweit konnte bis zum Inkrafttreten der Durchführungsverordnung 2017/1431 eine Mustermarke als Bildmarke eingetragen werden, weil sie aus einem Bild bestand (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. September 2012, Fraas/HABM [Karomuster in Hellgrau, Dunkelgrau, Beige, Dunkelrot und Braun], T-326/10, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:436, Rn. 56).
- 35 Im vorliegenden Fall erfolgte die Eintragung der fraglichen Marke als Bildmarke gemäß der Anmeldung auf der Grundlage der oben in den Rn. 2 und 3 wiedergegebenen grafischen Darstellung und Beschreibung.
- 36 In Rn. 38 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer die fragliche Marke wie folgt ausgelegt:
- „Sie besteht aus drei dünnen, schwarzen Streifen, die sich senkrecht und parallel auf einem weißen Hintergrund befinden und ungefähr fünfmal so hoch wie breit sind. Sie hat relativ wenige Merkmale: das Höhen/Breiten-Verhältnis (etwa 5:1), der äquidistante weiße Raum zwischen den schwarzen Streifen und der Umstand, dass die Streifen parallel verlaufen.“
- 37 Diese Auslegung der streitigen Marke entspricht exakt der grafischen Darstellung, die der Eintragung der Marke zugrunde liegt. Insbesondere hat die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt, dass das Verhältnis der Gesamthöhe zur Gesamtbreite der streitigen Marke etwa 5:1 beträgt. Außerdem hat die Beschwerdekammer zutreffend berücksichtigt, dass die drei parallelen schwarzen Streifen und die zwei weißen Zwischenräume gleich dick sind.
- 38 Die Klägerin beanstandet dennoch diese Auslegung der streitigen Marke und erklärt, zum einen könne eine Bildmarke ohne Angabe ihrer Dimensionen oder Proportionen eingetragen werden (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil vom 10. Juli 2014, Apple, C-421/13, EU:C:2014:2070, Rn. 19 und 27) und zum anderen handle es sich bei der streitigen Marke um eine Mustermarke. Insoweit diene die grafische Darstellung der streitigen Marke allein dazu, ein aus drei parallelen, äquidistanten Streifen bestehendes Muster abzubilden, unabhängig von der Länge der Streifen oder der Art ihres Zuschnitts.
- 39 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.
- 40 Erstens hat die Beschwerdekammer die streitige Marke in der angefochtenen Entscheidung zwar unter Berücksichtigung der relativen Proportionen der verschiedenen Bestandteile der Marke gemäß ihrer Darstellung in der Anmeldung beschrieben, doch hat sie die streitige Marke nicht in Bezug auf die Dimensionen definiert, in denen die Marke in ihrer Gesamtheit auf den fraglichen Waren angebracht werden könnte. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin stellt somit die Auslegung der streitigen Marke durch die Beschwerdekammer nicht in Frage, dass die Marke nicht in besonderen Dimensionen angemeldet worden ist.

- 41 Zweitens erkennt die Klägerin an, dass die fragliche Marke als Bildmarke rechtsgültig eingetragen worden ist. Aus der oben in Rn. 30 dargelegten Rechtsprechung geht jedoch hervor, dass eine Bildmarke grundsätzlich in den Proportionen eingetragen wird, die in ihrer grafischen Darstellung zu sehen sind. Dieses Ergebnis wird durch das von der Klägerin angeführte Urteil vom 10. Juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070, Rn. 19 und 27), nicht in Frage gestellt. Das Urteil beschränkt sich nämlich auf die Feststellung, dass eine Zeichnung auch dann als Marke eingetragen werden kann, wenn sie keine Angaben zur Größe und zu den Proportionen des von ihr dargestellten Gegenstands enthält. Dagegen impliziert das Urteil nicht, dass eine Marke eingetragen werden kann, ohne dass die Proportionen des Zeichens selbst festgelegt werden.
- 42 Drittens beruft sich die Klägerin vergeblich darauf, dass die Marke keine gewöhnliche Bildmarke sei, sondern eine Mustermarke, deren Proportionen nicht fest vorgegeben seien.
- 43 Insoweit geht zunächst weder aus der grafischen Darstellung noch aus der Beschreibung der streitigen Marke hervor, dass sie sich aus einer Serie sich regelmäßig wiederholender Bestandteile zusammensetzt.
- 44 Das Vorbringen der Klägerin, der Gegenstand des durch die streitige Marke gewährten Schutzes bestehe aus der Verwendung von drei parallelen, äquidistanten Streifen, unabhängig von ihrer Länge oder der Art ihres Zuschnitts, ist durch keine konkrete Tatsache untermauert. Zum einen widerspricht dieses Vorbringen der grafischen Darstellung der streitigen Marke, die aus einem Zeichen besteht, das durch ein 5:1-Verhältnis seiner Gesamthöhe zu seiner Gesamtbreite sowie seine rechtwinklige Form gekennzeichnet ist, bei der die drei Streifen, aus denen das Zeichen besteht, im rechten Winkel zueinander verlaufen. Zum anderen wird das Vorbringen nicht durch die Beschreibung der streitigen Marke gestützt, die sich auf die Feststellung beschränkt, dass die Marke aus „drei parallel verlaufenden, äquidistanten Streifen gleicher Breite“ besteht, die „in beliebiger Richtung auf dem Produkt angebracht“ werden können, und keinen Hinweis dazu gibt, dass die Länge der Streifen geändert werden könnte oder die Streifen schräg verlaufen könnten.
- 45 Zwar bestimmten die Prüfungsrichtlinien des EUIPO vor dem Inkrafttreten der Durchführungsverordnung 2017/1431, dass „Marken, die ein Muster abbilden, ... gemäß der Praxis des [EUIPO] ‚Bildmarken‘“ sind, doch enthielten die Prüfungsrichtlinien keine andere Definition von Mustermarken als diejenige, die sich aus der oben in Rn. 34 angeführten Rechtsprechung ergibt. Die Richtlinien sahen nämlich vor, dass eine „Bildmarke ... als ‚Muster‘ angesehen werden [kann], wenn sie ausschließlich aus einer Reihe von Elementen besteht, die regelmäßig wiederholt werden“.
- 46 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass es sich bei der streitigen Marke um eine gewöhnliche Bildmarke und keine Mustermarke handelt. Folglich ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer bei der Auslegung der streitigen Marke keinen Fehler begangen hat und sich die Klägerin jedenfalls nicht unter Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes gegen diese Auslegung wenden kann.
- 47 Die erste Rüge ist somit zurückzuweisen.

2. Zur zweiten Rüge: falsche Anwendung des „Gesetzes der zulässigen Varianten“

- 48 Mit der zweiten Rüge beanstandet die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, dass die Beschwerdekammer das „Gesetz der zulässigen Varianten“ falsch angewandt habe. Sie definiert das Gesetz als Regel, wonach die Benutzung einer Marke in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweiche, die die Unterscheidungskraft der Marke nicht beeinflussten, ebenfalls als Benutzung der Marke gelte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdekammer bezögen sich alle von der Klägerin vorgelegten Beweise auf Formen der Benutzung der streitigen Marke, die die Unterscheidungskraft der Marke nicht beeinflussten. Folglich seien diese Arten der Benutzung relevant, um zu beurteilen, ob die streitige Marke Unterscheidungskraft erworben habe.
- 49 Bevor die Begründetheit dieser Rüge geprüft wird, ist zunächst der Begriff „Benutzung“ der Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 zu definieren.

a) Zum Begriff der Benutzung der Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009

- 50 Die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, macht geltend, der Begriff der Benutzung der Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 sei so auszulegen wie der Begriff der ernsthaften Benutzung einer Marke im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der genannten Verordnung (jetzt Art. 18 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001), der in bestimmten Fällen die Benutzung der Marke in Formen beinhalte, die von der eingetragenen Form der Marke abwichen.
- 51 Das EUIPO und die Streithelferin treten dieser Auslegung entgegen. Der Begriff „Benutzung“ im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 sei enger gefasst als der Begriff „ernsthafte Benutzung“ im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der genannten Verordnung. Für den Nachweis, dass eine Marke Unterscheidungskraft erworben habe, könne sich der Markeninhaber nur auf die Benutzung der Marke, wie sie eingetragen sei, berufen. Ausschließlich unbedeutende Variationen seien akzeptabel.
- 52 Es ist zu prüfen, ob in Bezug auf die berücksichtigungsfähigen Formen der Benutzung einer Marke der Begriff „Benutzung“ der Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 genauso auszulegen ist wie der Begriff „ernsthafte Benutzung“ im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der genannten Verordnung.
- 53 Insoweit bestimmt Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung 2017/1001), dass auch „die Benutzung der [Marke] in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst wird“ eine ernsthafte Benutzung einer eingetragenen Marke darstellt. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass von der ernsthaften Benutzung einer eingetragenen Marke auszugehen ist, sofern der Beweis erbracht wird, dass die Marke in einer Form benutzt wurde, die von der Form, in der sie eingetragen wurde, geringfügig abweicht (Urteil vom 13. September 2007, *Il Ponte Finanziaria/HABM*, C-234/06 P, EU:C:2007:514, Rn. 86).
- 54 Indem Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 es vermeidet, eine strikte Übereinstimmung zwischen der im Handel verwendeten Form und der Form, in der die Marke eingetragen worden ist, zu verlangen, soll dem Inhaber der Marke ermöglicht werden, im Rahmen seines Geschäftsbetriebs Veränderungen an der Marke vorzunehmen, die, ohne ihre Unterscheidungskraft zu beeinflussen, ihre bessere Anpassung an die Erfordernisse der Vermarktung und der Förderung des Absatzes der betreffenden Waren oder Dienstleistungen gestatten (Urteile vom 25. Oktober 2012, *Rintisch*, C-553/11, EU:C:2012:671, Rn. 21, und vom 18. Juli 2013, *Specsavers International Healthcare u. a.*, C-252/12, EU:C:2013:497, Rn. 29).
- 55 Dagegen sehen Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung die Benutzung der Marke in Formen, die von der Form abweichen, in der die Marke angemeldet und gegebenenfalls eingetragen wurde, nicht ausdrücklich vor.
- 56 Der unterschiedliche Wortlaut ist darauf zurückzuführen, dass die oben in Rn. 55 genannten Bestimmungen auf unterschiedlichen Denkansätzen beruhen. Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 gilt nämlich nur für Marken, die bereits eingetragen sind und deren Unterscheidungskraft nicht bestritten wird. Insoweit ermöglicht diese Vorschrift die Aufrechterhaltung des Schutzes einer Marke durch den Nachweis ihrer Benutzung, gegebenenfalls in bestimmten Formen, die sich von der Form unterscheiden, in der die Marke eingetragen wurde. Dagegen gehen Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 von der Vorstellung aus, dass die Benutzung eines Zeichens ohne originäre Unterscheidungskraft bzw. einer Marke, die trotz fehlender Unterscheidungskraft zu Unrecht eingetragen wurde, in bestimmten Fällen ermöglichen kann, dass das Zeichen bzw. die Marke eingetragen wird oder bleibt. Mit anderen Worten: Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 geht von der Eintragung einer Marke aus und impliziert die spätere Prüfung ihrer Benutzung, während Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 von der Benutzung eines Zeichens ausgehen, um gegebenenfalls zu seiner Eintragung oder zur Beibehaltung seines Eintrags zu gelangen.
- 57 Nichtsdestoweniger ist das oben in Rn. 54 genannte Bedürfnis, im Rahmen des Geschäftsbetriebs Veränderungen an einer Marke vorzunehmen, auch während des Zeitraums berechtigt, in dem die

Marke gegebenenfalls Unterscheidungskraft infolge ihrer Benutzung im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 erwirbt.

- 58 Deshalb kann das Kriterium der Benutzung bei der Prüfung der Fragen, ob es geeignet ist, Rechte an einer Marke entstehen zu lassen, oder ob es geeignet ist, die Erhaltung solcher Rechte zu gewährleisten, nicht anhand unterschiedlicher Gesichtspunkte beurteilt werden. Ist es möglich, aufgrund einer bestimmten Form der Benutzung eines Zeichens Markenschutz für dieses zu erhalten, so muss durch die gleiche Form der Benutzung auch die Erhaltung dieses Schutzes gewährleistet werden können. Deshalb ist in Bezug auf die Formen der Benutzung davon auszugehen, dass die Anforderungen an die Prüfung der ernsthaften Benutzung einer Marke denen entsprechen, die für den Erwerb der Unterscheidungskraft eines Zeichens durch Benutzung im Hinblick auf dessen Eintragung gelten (Urteil vom 18. April 2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, Rn. 33 und 34; vgl. auch in diesem Sinne entsprechend Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:61, Nr. 24).
- 59 Folglich sind die Formen der Benutzung einer Marke, die von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 erfasst sind, einschließlich jeglicher Form, „die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst wird“, nicht nur bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob eine ernsthafte Benutzung der Marke im Sinne der genannten Vorschrift erfolgt ist, sondern auch bei der Feststellung, ob die Marke durch die Benutzung Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 erlangt hat.
- 60 Zwar wäre es unpassend, im Rahmen von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 von einer Veränderung der Unterscheidungskraft zu sprechen, bevor überhaupt festgestellt wurde, ob die Marke Unterscheidungskraft erlangt hat.
- 61 Es ist jedoch entschieden worden, dass sich Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 auf Situationen bezieht, in denen das im Handelsverkehr verwendete Zeichen von der Form, in der es eingetragen worden ist, nur in geringfügigen Bestandteilen abweicht und die beiden Formen somit als insgesamt gleichwertig betrachtet werden können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Dezember 2015, LTJ Diffusion/HABM – Arthur et Aston [ARTHUR & ASTON], T-83/14, EU:T:2015:974, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 13. September 2016, hyphen/EUIPO – Skylotec [Darstellung eines Vielecks], T-146/15, EU:T:2016:469, Rn. 27).
- 62 Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, ist insoweit der Begriff der Benutzung einer Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 so zu verstehen, dass er nicht nur auf die Verwendung der Marke in der Form verweist, in der sie angemeldet und gegebenenfalls eingetragen wurde, sondern auch auf die Verwendung der Marke in Formen, die von dieser Form nur in geringfügigen Bestandteilen abweichen und deshalb als dieser Form insgesamt gleichwertig betrachtet werden können.
- 63 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer das oben in Rn. 61 genannte Kriterium angewandt. Die Beschwerdekammer hat nämlich auf Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 Bezug genommen (Rn. 30 der angefochtenen Entscheidung) und festgestellt, dass diese Bestimmung die Berücksichtigung der Benutzung eines Zeichens ermögliche, das von der Form, in der es eingetragen sei, nur in geringfügigen Bestandteilen abweiche, so dass die beiden Zeichen als insgesamt gleichwertig betrachtet werden könnten (Rn. 32 der angefochtenen Entscheidung). Ferner hat sie festgestellt, dass es grundsätzlich im Rahmen von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung nicht notwendig sei, dass die Marke in den Beweisen genauso wiedergegeben werde, wie sie eingetragen sei (Rn. 69 der angefochtenen Entscheidung).

b) Zur Anwendung des „Gesetzes der zulässigen Varianten“

- 64 Die Klägerin beanstandet, die Beschwerdekammer habe gegen das „Gesetz der zulässigen Varianten“ verstoßen, als sie zu Unrecht festgestellt habe, dass erstens bei Vorliegen einer extrem einfachen Marke selbst eine leichte Abweichung zu einer erheblichen Veränderung der Merkmale der Marke, so wie sie eingetragen sei, führen könne, zweitens die Benutzung der streitigen Marke in Form eines umgekehrten Farbschemas zwangsläufig eine Veränderung der Unterscheidungskraft der Marke zur

Folge habe, drittens auf einigen Beweisen ein Zeichen zu sehen sei, das zwei und nicht drei Streifen enthalte, und viertens die Benutzung schräger Streifen die Unterscheidungskraft der Marke verändere.

65 Das EUIPO und die Streithelferin treten dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

66 Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin mit ihrem Vorbringen im Wesentlichen den Teil der angefochtenen Entscheidung beanstandet, in dem die Beschwerdekammer geprüft hat, ob die von ihr vorgelegten Beweise die fragliche Marke enthalten (Rn. 29 bis 45 der angefochtenen Entscheidung). Diese Beweise beinhalten größtenteils Abbildungen aus Katalogen oder anderen Werbeträgern, auf denen Waren mit unterschiedlichen Zeichen zu sehen sind.

67 Nach ihrer Prüfung war die Beschwerdekammer der gleichen Auffassung wie zuvor die Nichtigkeitsabteilung, wonach die überwiegende Mehrzahl der von der Klägerin vorgelegten Beweise nicht die streitige Marke selbst, sondern andere Zeichen betreffen, die sich von der Marke erheblich unterscheiden (vgl. insbesondere Rn. 33, 42 und 69 der angefochtenen Entscheidung).

68 Insbesondere in den Rn. 39, 40 und 43 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer die folgenden Beispiele abgebildet, die ihrer Meinung nach Beweise zeigen, die nicht geeignet seien, eine Benutzung der streitigen Marke zu beweisen:





69 Im Licht dieser Erwägungen sind die vier Vorwürfe, die die Klägerin gegenüber der angefochtenen Entscheidung (siehe oben, Rn. 64) erhebt, zu prüfen, und es ist festzustellen, ob die Beschwerdekammer die von ihr vorgelegten Beweise zu Recht außer Acht lassen durfte.

1) *Zur Berücksichtigung des extrem einfachen Charakters der streitigen Marke*

70 Die Beschwerdekammer hat die streitige Marke als „extrem einfach“ eingestuft, da sie relativ wenige Merkmale besitze und aus drei parallelen schwarzen Streifen bestehe, die rechtwinklig auf weißem Hintergrund verliefen (Rn. 37, 38 und 69 der angefochtenen Entscheidung). Angesichts der extremen Einfachheit der streitigen Marke könne selbst eine leichte Abweichung eine erhebliche Änderung der Merkmale der Marke, so wie sie eingetragen sei, zur Folge haben (Rn. 69 der angefochtenen Entscheidung).

71 Insoweit ist zum einen festzustellen, dass die Klägerin den extrem einfachen Charakter der fraglichen Marke nicht bestreitet.

72 Zum anderen können – entgegen dem Vorbringen der Klägerin – bei einer extrem einfachen Marke selbst leichte Änderungen der Marke Abweichungen darstellen, die nicht geringfügig sind, so dass die geänderte Form nicht als der eingetragenen Form der Marke insgesamt gleichwertig betrachtet werden kann. Je einfacher nämlich eine Marke ist, desto weniger ist sie geeignet, Unterscheidungskraft zu entfalten, und desto eher kann eine Änderung der Marke eines ihrer wesentlichen Merkmale beeinträchtigen und somit die Wahrnehmung der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise verändern (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil vom 13. September 2016, Darstellung eines Vielecks, T-146/15, EU:T:2016:469, Rn. 33 und 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

73 Folglich hat die Beschwerdekammer keinen Fehler begangen, als sie den extrem einfachen Charakter der streitigen Marke berücksichtigte.

2) *Zu den Folgen der Umkehrung des Farbschemas*

- 74 Die Beschwerdekammer hat festgestellt, es könne, auch wenn die streitige Marke aus drei schwarzen Streifen auf weißem Hintergrund bestehe, dennoch anerkannt werden, dass sie im Grunde mit „drei farbigen Streifen auf hellerem Hintergrund“ gleichzusetzen sei (Rn. 38 der angefochtenen Entscheidung). Dagegen seien u. a. die Beweise auszuschließen, in denen das Farbschema invertiert sei, d. h. weiße (oder helle) Streifen auf schwarzem (oder dunklem) Hintergrund (Rn. 38 und 42 der angefochtenen Entscheidung).
- 75 Die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, macht geltend, entgegen der Auffassung der Beschwerdekammer führe die Benutzung der streitigen Marke in Form eines umgekehrten Farbschemas nicht zu einer Veränderung ihrer Unterscheidungskraft. Die streitige Marke sei nämlich in schwarz und weiß und ohne besondere Farbnennung eingetragen worden. Folglich sei die Benutzung dieser Marke in verschiedenen Farbkombinationen unter Einhaltung des ursprünglichen Kontrasts zwischen den drei Streifen und dem Hintergrund eine Benutzung der Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009.
- 76 Insoweit ist festzustellen, dass die streitige Marke eine Bildmarke ist, die keinen Wortbestandteil und nur wenige Merkmale aufweist (siehe oben, Rn. 36). Eines der Merkmale ist die Verwendung von drei schwarzen Streifen auf weißem Grund. Dieses Merkmal führt zu einem besonderen Kontrast zwischen den schwarzen Streifen einerseits und andererseits dem weißen Hintergrund sowie den weißen Zwischenräumen der Streifen.
- 77 Unter diesen Umständen kann insbesondere angesichts der extremen Einfachheit der streitigen Marke und der Bedeutung des oben in Rn. 76 beschriebenen Merkmals die Umkehrung des Farbschemas – selbst unter Beibehaltung eines starken Kontrastes zwischen den drei Streifen und dem Hintergrund – nicht als geringfügige Abweichung von der eingetragenen Form der streitigen Marke angesehen werden.
- 78 Folglich konnte die Beschwerdekammer zu Recht die Beweise ausschließen, in denen nicht die streitige Marke, sondern andere, aus drei weißen (oder hellen) Streifen auf schwarzem (oder dunklem) Hintergrund bestehende Zeichen zu sehen waren.
- 79 Dieses Ergebnis, das insbesondere alle Abbildungen oben in Rn. 68 betrifft, mit Ausnahme der zwei Bilder, auf denen drei parallele schwarze Streifen in enger Verbindung mit einem aus dem Wort „adidas“ bestehenden Logo zu sehen sind, kann durch das weitere Vorbringen der Klägerin und des streithelfenden Verbands nicht in Frage gestellt werden.
- 80 Die Klägerin macht erstens geltend, der Ansatz der Beschwerdekammer widerspreche dem Ansatz einiger nationaler Gerichte, insbesondere dem Ansatz von zwei deutschen Gerichten und einem französischen Gericht. Diese Gerichte hätten aus der Umkehrung des Farbschemas keine Konsequenzen gezogen.
- 81 Insoweit ist festzustellen, dass die Regelung über Unionsmarken ein autonomes System ist, das aus einer Gesamtheit von Vorschriften besteht und ihm eigene Zielsetzungen verfolgt und dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig ist (Urteil vom 25. Oktober 2007, *Develey/HABM*, C-238/06 P, EU:C:2007:635, Rn. 65). Folglich ist die streitige Marke allein auf der Grundlage der maßgeblichen Unionsregelung zu beurteilen, und die Entscheidungen der nationalen Gerichte können jedenfalls die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht in Frage stellen (Beschluss vom 22. Oktober 2014, *Repsol YPF/HABM*, C-466/13 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2014:2331, Rn. 90; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 12. November 2008, *Lego Juris/HABM – Mega Brands [Roter Lego-Stein]*, T-270/06, EU:T:2008:483, Rn. 91).
- 82 Die Klägerin macht zweitens geltend, dass sie durch den Ansatz der Beschwerdekammer aufgrund der Lösung, die die zweite Beschwerdekammer in einer Entscheidung vom 28. November 2013 (*adidas/Shoe Branding Europe BBVA*, Sache R 1208/2012-2, Rn. 78) gewählt habe, in eine „unmögliche Situation“ gebracht werde. In jener Entscheidung sei die zweite Beschwerdekammer der Auffassung gewesen, dass eine andere Marke der Klägerin, die aus weißen Streifen auf schwarzem Grund bestehe, unverändert auf der Ware anzubringen sei, d. h. in Form eines schwarzen Vierecks, das weiße Streifen enthalte. Die Kombination der genannten Entscheidung mit der angefochtenen Entscheidung führe dazu, dass sich die Klägerin in der Praxis weder auf Formen der Benutzung

berufen könne, die aus drei schwarzen Streifen auf weißem Hintergrund beständen, noch auf Formen, die aus drei weißen Streifen auf schwarzem Hintergrund beständen.

- 83 Dem ist zu entgegnen, dass die Prüfung jedes Nichtigkeitsantrags aus Gründen der Rechtssicherheit und der guten Verwaltung streng und umfassend sein muss, um eine ungerechtfertigte Beibehaltung eines Markeneintrags zu verhindern. Diese Prüfung muss in jedem Einzelfall erfolgen. Die Eintragung eines Zeichens als Marke hängt nämlich von besonderen, im Rahmen der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls anwendbaren Kriterien ab, anhand deren zu ermitteln ist, ob das fragliche Zeichen nicht unter ein Eintragungshindernis fällt (vgl. entsprechend Urteil vom 10. März 2011, *Agencja Wydawnicza Technopol/HABM*, C-51/10 P, EU:C:2011:139, Rn. 77). Somit kann sich die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit nicht mit Erfolg auf die Auswirkungen berufen, die eine andere Entscheidung des EUIPO zu einem anderen Zeichen als der streitigen Marke für sie haben könnte. Überdies ist die Entscheidung vom 28. November 2013 – sofern man annimmt, dass sie die von der Klägerin unterstellte Tragweite und Auswirkung gehabt hat – mit Urteil vom 21. Mai 2015, *adidas/HABM – Shoe Branding Europe (Zwei parallele Streifen auf einem Schuh)* (T-145/14, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:303), aufgehoben worden.
- 84 Drittens beruft sich die Klägerin auf mehrere Urteile, in denen das Gericht festgestellt habe, dass die Benutzung bestimmter Marken in unterschiedlichen Farbkombinationen, einschließlich eines umgekehrten Farbschemas, die Unterscheidungskraft der Marken nicht verändert habe. Da dies jedoch Einzelfalllösungen betrifft und angesichts der oben in Rn. 83 angeführten Rechtsprechung kann dieses Vorbringen im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits nicht durchgreifen. In Bezug auf eine andere Frage kann sich die Klägerin erst recht nicht auf andere Urteile berufen, in denen das Gericht festgestellt habe, dass die Umkehr des Farbschemas in bestimmten Situationen einer Vergleichbarkeit von zwei einander gegenüberstehenden Marken für die Zwecke der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001) nicht entgegenstehe.
- 85 Viertens tragen die Klägerin und der streithelfende Verband vor, der Ansatz der Beschwerdekammer, der darin bestehe, den Grad an Einfachheit oder Komplexität der Marke zu berücksichtigen und bei einer Umkehr des Farbschemas die fehlende Gleichwertigkeit des verwendeten Zeichens festzustellen, verstoße gegen den Grundsatz von Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009, wonach Unionsmarken grundsätzlich alle Zeichen sein könnten, die sich grafisch darstellen ließen. Dieser Ansatz führe dazu, dass einige Zeichen – wie z. B. diejenigen, die aus einem Muster bestünden oder in schwarz und weiß eingetragen worden seien und später in anderen Formen und verschiedenen Farben benutzt würden – automatisch vom Schutz ausgeschlossen seien, der Unionsmarken gewährt werde.
- 86 Insoweit ist festzustellen, dass nach dem Wortlaut von Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 die in dieser Bestimmung genannten Zeichen nur dann Unionsmarken sein können, wenn sie geeignet sind, Waren eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Zudem steht der Ansatz der Beschwerdekammer, der darin besteht, unter Berücksichtigung der Merkmale der streitigen Marke zu prüfen, ob sie infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, einer Eintragung bestimmter Kategorien von Zeichen als Unionsmarken grundsätzlich nicht entgegen. Folglich verstößt der Ansatz nicht gegen Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009.
- 87 Die Klägerin und der streithelfende Verband berufen sich fünftens auf die unverhältnismäßigen Auswirkungen, die der Ansatz der Beschwerdekammer auf Markeninhaber haben könne. Sie machen geltend, dass Markeninhaber, wenn dieser Ansatz bestätigt werde, Schwierigkeiten hätten, nachzuweisen, dass ihre Marken, insbesondere wenn sie auf Kleidungsstücken angebracht seien, durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hätten, so dass sie in der Praxis gezwungen seien, alle ihre Marken systematisch in invertierten Farbschemen sowie verschiedenen Farbkombinationen eintragen zu lassen.
- 88 Zum einen sind die Beschwerdekammern jedoch verpflichtet, die Bestimmungen der Verordnung Nr. 207/2009 anzuwenden und insbesondere die Eintragung von Marken ohne Unterscheidungskraft zu verweigern oder für nichtig zu erklären, und zwar unabhängig von etwaigen Nachteilen, die sich hieraus für die Markeninhaber ergeben. Zum anderen gehen das im Allgemeininteresse liegende Ziel, das Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 zugrunde liegt, und die Hauptfunktion der

Marke, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der mit der Marke gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung dadurch zu garantieren, dass sie ihm die Unterscheidung dieser Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft ermöglicht, offensichtlich ineinander über (Urteile vom 16. September 2004, SAT.1/HABM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, Rn. 27, und vom 8. Mai 2008, Eurohypo/HABM, C-304/06 P, EU:C:2008:261, Rn. 56). Angesichts dieses im Allgemeininteresse liegenden Ziels können die Auswirkungen, die die Anwendung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 207/2009 auf Markeninhaber hat, nicht als unverhältnismäßig angesehen werden. Somit war der Ansatz der Beschwerdekammer mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.

3) *Zu den Abbildungen mit zwei schwarzen Streifen auf weißem Hintergrund*

89 Die Beschwerdekammer hat festgestellt, dass einige der Abbildungen, die die Klägerin vorgelegt habe, Zeichen enthielten, die in Wirklichkeit nicht drei, sondern nur zwei parallele schwarze (oder dunkle) Streifen auf weißem (oder hellem) Hintergrund darstellten (Rn. 39, 41 und 42 der angefochtenen Entscheidung). Diese Feststellung betrifft insbesondere die neun ersten Abbildungen in Rn. 68 des vorliegenden Urteils.

90 Die Klägerin tritt diesem Vorbringen der Beschwerdekammer entgegen. Zum einen habe sich die Beschwerdekammer nämlich widersprochen, da sie diese Schlussfolgerung nur für einen Teil der vorgelegten Abbildungen gezogen habe. Zum anderen enthielten die fraglichen Abbildungen Zeichen, die nicht zwei schwarze (oder dunkle) Streifen auf weißem (oder hellem) Hintergrund zeigten, sondern drei weiße (oder helle) Streifen auf schwarzem (oder dunklem) Hintergrund.

91 Insoweit ist festzustellen, dass, auch wenn die fraglichen Abbildungen, wie die Klägerin geltend macht, in Wirklichkeit Zeichen enthalten, die aus drei weißen (oder hellen) Streifen auf schwarzem (oder dunklem) Hintergrund bestehen, die Abbildungen Benutzungen der streitigen Marke in Formen belegen, bei denen das Farbschema invertiert ist. Demnach sind diese Beweise jedenfalls aus den oben in den Rn. 77 und 78 dargelegten Gründen auszuschließen.

92 Folglich ist es für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht relevant, dass die Beschwerdekammer zu Unrecht festgestellt hat, dass einige Abbildungen Zeichen enthielten, die zwei schwarze (oder dunkle) Streifen auf weißem (oder hellem) Hintergrund zeigten.

4) *Zu den Abbildungen mit schrägen Streifen*

93 Zur oben in Rn. 68 wiedergegebenen zehnten Abbildung hat die Beschwerdekammer festgestellt, dass zwar eine sportliche Person mit einem Kleidungsstück abgebildet sei, auf dem sich eine aus drei Streifen bestehende Marke befinde, die Streifen jedoch in einem schrägen Winkel verliefen, der sich von dem Winkel unterscheidet, der die streitige Marke in ihrer eingetragenen Form kennzeichne (Rn. 41 der angefochtenen Entscheidung). In diesem Fall seien die „Dimensionen“ der streitigen Marke nicht mehr gewahrt (Rn. 42 der angefochtenen Entscheidung).

94 Die Klägerin bestreitet, dass Abbildungen allein deshalb außer Acht gelassen werden könnten, weil die dargestellten Streifen schräg verliefen. Die Streifen seien auf Waren angebracht, die von Sportlern getragen würden, und deshalb hänge ihr Winkel und ihr Verlauf von der Bewegung der Sportler ab sowie davon, wie die Waren gefaltet und präsentiert würden. Zur Veranschaulichung ihres Vorbringens fügt sie ihrer Klageschrift vier Abbildungen von Sportlern bei, die Kleidungsstücke tragen, auf denen sich eine Marke befindet, die aus drei parallelen Streifen besteht, welche nicht senkrecht, sondern schräg zu verlaufen scheinen.

95 Insoweit ist zum einen festzustellen, dass die oben in Rn. 93 genannte Abbildung, die von der Beschwerdekammer nicht berücksichtigt wurde, ein Zeichen mit umgekehrtem Farbschema aufweist. Gleiches gilt für die oben in Rn. 94 genannten vier Abbildungen, auf die sich die Klägerin beruft. Unter diesen Umständen sind die fünf Beweise jedenfalls aus den oben in den Rn. 77 und 78 dargelegten Gründen auszuschließen.

96 Zum anderen hat die Klägerin keine Abbildung benannt, auf denen eine Marke mit drei Streifen zu sehen ist, die das Farbschema einhält und trotzdem von der Beschwerdekammer nur wegen des

schrägen Verlaufs der Streifen ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt wurde.

97 Folglich kann die Klägerin nicht mit Erfolg beanstanden, dass die Beschwerdekammer festgestellt hat, die Streifen verliefen auf einigen Abbildungen schräg.

5) *Ergebnis zur Anwendung des „Gesetzes der zulässigen Varianten“*

98 Die Klägerin äußert keine weitere Kritik an der Analyse der Beschwerdekammer in Bezug auf die von ihr vorgelegten unterschiedlichen Abbildungen, insbesondere die oben in Rn. 68 wiedergegebenen Abbildungen.

99 Insbesondere stellt sie zum einen die Zurückweisung der letzten vier der oben in Rn. 68 wiedergegebenen Abbildungen durch die Beschwerdekammer nicht in Frage. Die Abbildungen zeigen komplexe Zeichen, die sowohl aus einem Logo ausgehend vom Namen „adidas“ und einem Bildelement bestehen, das drei Streifen innerhalb eines Dreiecks, eines Dreiblatts oder einer runden Form zeigt. Zudem hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich anerkannt, dass diese Abbildungen nicht relevant sind.

100 Zum anderen bestreitet die Klägerin nicht, dass einige Abbildungen Fotografien von Schuhen zeigen, auf denen ein Zeichen angebracht ist, das aus drei parallelen hellen Streifen besteht, die deutlich dicker und kürzer als die Streifen der Marke in ihrer eingetragenen Form sind und schräg verlaufen. Dies gilt u. a. für die drei Abbildungen von Schuhen, die oben in Rn. 68 aufgeführt sind und in den Rn. 41 und 42 der angefochtenen Entscheidung ausgeschlossen wurden. Abgesehen davon, dass in diesem Fall das Farbschema nicht eingehalten wurde, wirkt sich die gleichzeitige Änderung der Dicke und Länge der Streifen sowie der Art ihres Zuschnitts erheblich auf mehrere der oben in Rn. 36 beschriebenen Merkmale der streitigen Marke aus.

101 Somit zeigen die oben in den Rn. 99 und 100 genannten Abbildungen Formen der Benutzung, die sich von der Form unterscheiden, in der die streitige Marke eingetragen wurde. Bei den festgestellten Unterschieden handelt es sich um nicht geringfügige Abweichungen, so dass die fraglichen Formen der Benutzung nicht als der eingetragenen Form der Marke insgesamt gleichwertig angesehen werden können.

102 Überdies hat sich die Klägerin zwar u. a. in der mündlichen Verhandlung darauf berufen, dass sie die streitige Marke in Formen benutzen könne, die das oben in den Rn. 36 und 37 genannte 5:1-Verhältnis nicht einhielten, doch geht aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht hervor, dass die Beschwerdekammer Formen der Benutzung der streitigen Marke allein deshalb ausgeschlossen hat, weil sie das 5:1-Verhältnis nicht einhielten.

103 Insoweit erscheint das Ergebnis der Beschwerdekammer nicht als falsch, wonach die in der überwiegenden Mehrzahl der Abbildungen enthaltenen Zeichen erheblich von der eingetragenen Form der streitigen Marke abwichen. Somit hat die Beschwerdekammer diese Abbildungen zu Recht mit der Begründung ausgeschlossen, dass sie sich auf andere Zeichen und nicht auf die streitige Marke bezögen. Folglich kann sich die Klägerin nicht auf eine Verletzung des „Gesetzes der zulässigen Varianten“ berufen.

104 Daher sind die zweite Rüge und somit der erste Teil des einzigen Klagegrundes insgesamt zurückzuweisen.

C. Zum zweiten Teil: Fehler bei der Beurteilung des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch Benutzung

105 Im Rahmen des zweiten Teils des Klagegrundes macht die Klägerin geltend, die Beschwerdekammer habe einen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Auffassung vertreten habe, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung in der Union Unterscheidungskraft erworben habe.

106 Die Klägerin macht geltend, sie habe sehr viele Beweise vorgelegt, die umfassend und unabhängig von der Farbe, der Länge und dem Winkel der dargestellten Streifen zu beurteilen seien. Die Beweise

belegten die intensive Benutzung der „Marke aus drei parallelen äquidistanten Streifen“ sowie das Wiedererkennen der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise und den Umstand, dass diese Verkehrskreise sie als Marke wahrnahmen, die die Waren der Klägerin bezeichne. Dieser Beweis werde in Bezug auf das gesamte Unionsgebiet erbracht, und dies sogar nur im Hinblick auf die Dokumente, die die streitige Marke in ihrer eingetragenen Form zeigten.

107 Zunächst ist festzustellen, dass sich die Klägerin für den Nachweis, dass die streitige Marke Unterscheidungskraft erworben hat, nicht auf alle Beweise berufen kann, die eine aus drei parallelen äquidistanten Streifen bestehende Marke zeigen. Aus der Beantwortung des ersten Teils des Klagegrundes ergibt sich nämlich, dass nur die Beweise maßgeblich sind, die die streitige Marke in ihrer eingetragenen Form oder in insgesamt gleichwertigen Formen zeigen, wodurch Formen der Benutzung ausgeschlossen sind, bei denen das Farbschema umgekehrt wurde oder andere wesentliche Merkmale der streitigen Marke nicht gewahrt wurden.

108 Insoweit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdekammer eine zutreffende Beurteilung der Relevanz der verschiedenen Beweise vorgenommen hat, die die Klägerin ihr vorlegte, um nachzuweisen, dass die streitige Marke benutzt worden war und Unterscheidungskraft erworben hatte. In einem zweiten Schritt ist im Licht aller vorgelegten Informationen zu untersuchen, ob die Beschwerdekammer zu Recht der Auffassung war, dass dieser Beweis im Hinblick auf das maßgebliche geografische Gebiet, d. h. das Unionsgebiet, nicht erbracht worden sei.

1. Zur Relevanz der vorgelegten Beweise

109 Nach ständiger Rechtsprechung können bei der Beurteilung, ob eine Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, u. a. der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware oder die Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden (Urteile vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, EU:C:1999:230, Rn. 51, und vom 18. Juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, Rn. 60).

110 Somit können der von der Marke gehaltene Marktanteil sowie der Anteil an den Gesamtwerbeausgaben für den fraglichen Produktmarkt, den die Werbeausgaben für diese Marke bilden, für die Beurteilung, ob eine Marke Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben hat, relevante Angaben sein (Urteil vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 76 und 77).

111 Die oben in den Rn. 109 und 110 genannten Gesichtspunkte müssen umfassend geprüft werden (Urteile vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, EU:C:1999:230, Rn. 49, und vom 7. Juli 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, Rn. 31).

112 Erkennen die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil dieser Kreise auf der Grundlage der genannten Faktoren die Ware dank der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend, so ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Voraussetzung des Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 erfüllt ist (vgl. entsprechend Urteil vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, EU:C:1999:230, Rn. 52).

113 Im vorliegenden Fall lassen sich die von der Klägerin vorgelegten Beweise in mehrere Kategorien einteilen, nämlich erstens Abbildungen, die bereits im Rahmen des ersten Teils des Klagegrundes genannt wurden, zweitens Angaben zum Umsatz und zu den Ausgaben für Marketing und Werbung, drittens Marktstudien und viertens weitere Beweise.

a) Zu den Abbildungen

114 Die Prüfung der von der Klägerin vorgelegten Abbildungen lässt überwiegend Zweifel an ihrer Relevanz aufkommen.

- 115 Erstens geht nämlich aus der Prüfung des ersten Teils des Klagegrundes hervor, dass die Beschwerdekammer die überwiegende Mehrzahl der Abbildungen, die die Klägerin dem EUIPO vorgelegt hatte, zu Recht mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass die Abbildungen, insbesondere die in der angefochtenen Entscheidung wiedergegebenen, Zeichen betreffen, die der eingetragenen Form der streitigen Marke nicht insgesamt gleichwertig seien.
- 116 Zwar macht die Klägerin geltend, wie bereits oben in Rn. 106 erwähnt, sie habe insbesondere vor dem Gericht „sehr viele“ Beweise vorgelegt, die die streitige Marke „exakt“ oder „beinahe“ in den gleichen „Dimensionen“ wie denjenigen der eingetragenen Form der Marke zeigten.
- 117 Aus den im Anhang der Klageschrift befindlichen Dokumenten geht jedoch nicht hervor, dass sie eine erhebliche Anzahl von Beweisen enthalten, auf denen Zeichen abgebildet sind, die der eingetragenen Form der streitigen Marke insgesamt gleichwertig sind. Die Klägerin hat dem EUIPO knapp 12 000 Seiten Beweise vorgelegt, doch haben sowohl die Nichtigkeitsabteilung als auch die Beschwerdekammer beanstandet, dass sie keine Beweise für die Benutzung der streitigen Marke selbst vorgelegt habe. Dennoch hat die Klägerin vor dem Gericht unter den Abbildungen, die im Rahmen des Verfahrens vor dem EUIPO vorgelegt wurden, nicht solche identifiziert, die es ermöglichen würden, die Benutzung der angemeldeten Marke in der eingetragenen Form oder in insgesamt gleichwertigen Formen nachzuweisen.
- 118 Zweitens ist auf einigen der Abbildungen, die die Beschwerdekammer zurückgewiesen hat, darunter die drei ersten der oben in Rn. 68 wiedergegebenen Abbildungen, eine Marke mit drei Streifen zu sehen, die auf Sporttaschen angebracht ist. Sporttaschen zählen indes nicht zu den fraglichen Waren. Folglich sind diese Beweise angesichts der oben in Rn. 20 angeführten Rechtsprechung jedenfalls nicht relevant.
- 119 Drittens entsprechen zwar einige der von der Klägerin vorgelegten Abbildungen der streitigen Marke, so dass sie geeignet sind, eine gewisse Benutzung der Marke nachzuweisen, doch enthalten diese Abbildungen in Ermangelung sonstiger Informationen keinerlei Hinweise zur Bedeutung und Dauer der Benutzung oder zu den Auswirkungen der Benutzung auf die Wahrnehmung der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise. Folglich lässt sich mit diesen Abbildungen nicht nachweisen, dass die Benutzung ausreichte, damit ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die Ware dank der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkannte.

b) Zu den Angaben betreffend den Umsatz und die Ausgaben für Marketing und Werbung

- 120 Die Klägerin hat dem EUIPO u. a. eine unter Eid abgegebene Erklärung vorgelegt, in der die „Marke adidas“ bzw. die „Marke mit den drei Streifen“ vorgestellt wurde und die für alle 28 Mitgliedstaaten der Union Angaben zum Umsatz des von der Klägerin geleiteten Unternehmens sowie die Höhe der Ausgaben dieses Unternehmens für Marketing und Werbung enthielt. In der unter Eid abgegebenen Erklärung wird darauf hingewiesen, dass die vom Unternehmen vertriebenen Waren fast alle die „Marke mit den drei Streifen“ enthielten und die überwiegende Mehrzahl der Werbeträger diese Marke abbildeten. Die Erklärung enthält auch Angaben zu den Marktanteilen der „Marke adidas“ in einigen Mitgliedstaaten, nämlich in Deutschland, Frankreich, Polen und im Vereinigten Königreich. Außerdem werden die Sponsoringaktivitäten der Klägerin im Rahmen von Sportveranstaltungen und -wettkämpfen zusammengefasst.
- 121 Ebenso wie die Nichtigkeitsabteilung hat die Beschwerdekammer festgestellt, dass die Zahlen in der unter Eid abgegebenen Erklärung „beeindruckend“ seien (Rn. 46 der angefochtenen Entscheidung). Insoweit besteht nicht der geringste Zweifel, dass die Klägerin einige ihrer Marken in der Union intensiv und nachhaltig verwertet hat und hohe Summen in die Werbung für diese Marken investiert hat.
- 122 Die Beschwerdekammer hat jedoch zu Recht festgestellt, dass zwischen den von der Klägerin vorgelegten Zahlenangaben und der streitigen Marke sowie zwischen diesen Angaben und den streitigen Waren kein Zusammenhang hergestellt werden kann (Rn. 46 und 70 der angefochtenen Entscheidung).

- 123 Die Zahlenangaben der Klägerin betreffen nämlich die gesamte Tätigkeit des Unternehmens, alle Waren und alle Marken zusammengenommen. Sie beinhalten zum einen den Vertrieb und die Verkaufsförderung von nicht maßgeblichen Waren, wie z. B. Sporttaschen (siehe oben, Rn. 118), und zum anderen den Vertrieb und die Verkaufsförderung von Waren, die ausschließlich mit anderen Zeichen als der streitigen Marke versehen sind.
- 124 Überdies zeigen die Mehrzahl der Beispiele für Sportmarketing und Werbeträger, die die Klägerin dem EUIPO vorgelegt und in der Klageschrift oder ihrem Anhang wiedergegeben hat, Zeichen mit drei Streifen, die der eingetragenen Form der streitigen Marke u. a. wegen einer Umkehr des Farbschemas insgesamt nicht gleichwertig sind.
- 125 Unter diesen Umständen lässt sich mit den Angaben zum Umsatz und zu den Ausgaben für Marketing und Werbung nicht nachweisen, dass die streitige Marke benutzt wurde und infolge der Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.

c) Zu den Marktstudien

- 126 Die Klägerin hat dem EUIPO 23 Marktstudien vorgelegt, die zwischen 1983 und 2011 in Deutschland, Estland, Spanien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Rumänien, Finnland, Schweden und im Vereinigten Königreich durchgeführt wurden.
- 127 Die Beschwerdekammer war der Auffassung, die Marktstudien seien für den Nachweis, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung in den Hoheitsgebieten der betreffenden Mitgliedstaaten Unterscheidungskraft erlangt habe, nicht relevant, denn viele der von der Klägerin vorgelegten Studien betreffen nicht die streitige Marke, so wie sie eingetragen sei (Rn. 48 bis 50 der angefochtenen Entscheidung).
- 128 Insoweit sind unter den Marktstudien, die die Klägerin dem EUIPO vorgelegt hat, zwei Kategorien zu unterscheiden.
- 129 Als Erstes ist festzustellen, dass die Klägerin vor dem Gericht fünf Marktstudien, die zwischen 2009 und 2011 in Deutschland, Estland, Spanien, Frankreich und Rumänien durchgeführt wurden, ausdrücklich benannt und erneut vorgelegt hat. Die Durchführung der Marktstudien erfolgte nach der gleichen Methode und auf der Grundlage einer grafischen Darstellung, die mit der Darstellung oben in Rn. 2 identisch ist. Anhand dieser Studien ließ sich u. a. auf der Grundlage eines Fragebogens ein „Distinktionsgrad“ der streitigen Marke bestimmen, definiert als Anteil der befragten Personen, die die Marke als von einem einzigen Unternehmen stammend wahrnehmen, wenn sie in Verbindung mit Sportbekleidung oder Sportausrüstung verwendet wird. Laut dem Ergebnis der Marktstudien beläuft sich der Distinktionsgrad für die breite Öffentlichkeit in Deutschland auf 57 %, in Estland auf 48,3 %, in Spanien auf 47,1 %, in Frankreich auf 52 % und in Rumänien auf 30,6 %. Beim spezialisierten Publikum, das Sportbekleidung oder Sportausrüstung kauft oder benutzt oder kaufen oder benutzen könnte, ist der Distinktionsgrad höher und beträgt 63,5 % in Deutschland, 52,4 % in Estland, 62,7 % in Spanien, 62,7 % in Frankreich und 43,2 % in Rumänien.
- 130 Insoweit geht aus den oben in Rn. 129 genannten fünf Marktstudien hervor, dass sie zum einen die Benutzung der streitigen Marke in ihrer eingetragenen Form betreffen und zum anderen die Wahrnehmung der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise konkret messen. Außerdem haben weder die Beschwerdekammer noch das EUIPO noch die Streithelferin die Methode beanstandet, die bei der Durchführung der Marktstudien angewandt wurde. Folglich sind die Marktstudien grundsätzlich relevante Informationen für den Nachweis, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.
- 131 Bei der Durchführung der oben in Rn. 129 genannten fünf Marktstudien waren die Teilnehmer jedoch zuvor gefragt worden, ob sie dieser Marke bereits im Zusammenhang mit Sportbekleidung oder Sportausrüstung begegnet seien. Angesichts der Eindringlichkeit, mit der die Klägerin die streitige Marke bei Sportveranstaltungen und -wettkämpfen verwendet, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Formulierung dieser vorab gestellten Frage in der Vorstellung der befragten Personen die Assoziation der Marke mit einem bestimmten Unternehmen gefördert hat. Unter diesen Umständen ist

die Relevanz der oben in Rn. 129 genannten Marktstudien in Bezug auf die fraglichen Waren zu relativieren.

- 132 Als Zweites ist festzustellen, dass sich die Klägerin in ihren Schriftsätzen darauf beschränkt, auf die 18 anderen Marktstudien hinzuweisen, die sie dem EUIPO vorgelegt habe, und zu erklären, dass die Beschwerdekammer diese Marktstudien pauschal zurückgewiesen habe.
- 133 Die 18 Marktstudien wurden jedoch in Bezug auf Zeichen durchgeführt, die der eingetragenen Form der streitigen Marke nicht insgesamt gleichwertig sind, u. a. aufgrund der Umkehr des Farbschemas oder der Änderung anderer wesentlicher Merkmale der streitigen Marke, z. B. Anzahl der Streifen.
- 134 Insoweit beziehen sich einige Studien, die 1983 in Deutschland, 1986, 1991, 2008 und 2009 in Spanien, 2011 in Frankreich, 2009 in Italien, 2005 in Finnland, 2003 in Schweden und 1995 im Vereinigten Königreich durchgeführt wurden, auf Zeichen, die aus zwei, drei oder vier parallelen Streifen bestehen, die auf einem Schuh angebracht sind. Diese Streifen, die von unterschiedlicher Länge, Dicke und Farbe sind, befinden sich stets in einer bestimmten Position auf dem Schuh und verlaufen schräg (siehe z. B. die drei Abbildungen oben in Rn. 68, auf die in Rn. 100 verwiesen wird).
- 135 Andere Marktstudien, die 2001 und 2004 in Deutschland, 1995 in Spanien, 2004 und 2009 in Italien und 2004 in den Niederlanden durchgeführt wurden, betreffen Zeichen, die aus zwei oder drei weißen Streifen auf schwarzen Kleidungsstücken bestehen. Die Studie, die 2004 in den Niederlanden durchgeführt wurde, betrifft auch Marken, bei denen zwei schwarze Streifen auf weißen Kleidungsstücken zu sehen sind. Zudem beziehen sich mehrere Studien auf das Bestehen von Verwechslungsgefahr aufgrund der Benutzung der dargestellten Zeichen und nicht auf eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der Marken.
- 136 Schließlich hatten einige Marktstudien, die 1984 in Deutschland und 1991 in Spanien durchgeführt wurden, nicht die grafische Darstellung einer Bildmarke, sondern nur die Wörter „drei Streifen“ auf Deutsch und auf Spanisch zum Gegenstand.
- 137 Insoweit beanstandet die Klägerin zu Unrecht, dass die Beschwerdekammer die oben in den Rn. 132 bis 136 genannten 18 Marktstudien zurückgewiesen hat.

d) Zu den weiteren Beweismitteln

- 138 Die Klägerin hat außerdem dem EUIPO und später dem Gericht zahlreiche weitere Beweismittel vorgelegt, insbesondere Entscheidungen nationaler Gerichte und Zeitungsausschnitte, die die Bekanntheit ihrer „Marke mit den drei Streifen“ belegen.
- 139 Sie hat sich jedoch im Rahmen des zweiten Teils des Klagegrundes nicht ausdrücklich und präzise auf diese Beweismittel bezogen. Insbesondere hat sie nicht dargelegt, welche Entscheidungen nationaler Gerichte und welche Zeitungsausschnitte relevant sein sollen, um die Beurteilung der Beschwerdekammer in Bezug auf den Erwerb von Unterscheidungskraft durch die streitige Marke in Frage zu stellen.
- 140 Zwar beruft sich die Klägerin im Rahmen des ersten Teils des Klagegrundes zum einen auf zwei Entscheidungen deutscher Gerichte und zum anderen auf eine Entscheidung eines französischen Gerichts, die in der Berufungsinstanz bestätigt wurde. In diesen Entscheidungen, die bereits oben in Rn. 80 erwähnt wurden und in Anlage A.8 der Klageschrift aufgeführt sind, seien die Bekanntheit und insofern die Unterscheidungskraft der Marken der Klägerin und somit deren ernsthafte Benutzung anerkannt worden.
- 141 Zum einen erwähnen die Entscheidungen der zwei deutschen Gerichte allgemein die „Marken mit den drei Streifen“ der Klägerin, und zum anderen betraf die Entscheidung des französischen Gerichts eine Marke, die aus drei weißen Streifen auf schwarzem Hintergrund bestand, die an einem Schuh angebracht waren. Folglich sind diese Entscheidungen für den Nachweis, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, nicht relevant, da sie sich nicht auf Formen der Benutzung beziehen, die als der eingetragenen Form der streitigen Marke gleichwertig angesehen werden können.

2. Zum Beweis der Benutzung der streitigen Marke und ihres Erwerbs von Unterscheidungskraft in der gesamten Union

- 142 Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 1 Abs. 2 der Verordnung 2017/1001) ist zu entnehmen, dass die Unionsmarke einheitlich ist und einheitliche Wirkung für die gesamte Union hat.
- 143 Aus der Einheitlichkeit der Unionsmarke folgt, dass ein Zeichen in der gesamten Union originäre oder durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft haben muss, um zur Eintragung zugelassen zu werden (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 68).
- 144 Daraus folgt, dass eine Marke, die keine originäre Unterscheidungskraft in allen Mitgliedstaaten hat, nach dieser Bestimmung nur eingetragen werden kann, wenn nachgewiesen wird, dass sie durch Benutzung im gesamten Hoheitsgebiet der Union Unterscheidungskraft erlangt hat (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 76 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 145 Gewiss muss zwar der infolge der Benutzung erfolgte Erwerb von Unterscheidungskraft durch eine Marke für den Teil der Union nachgewiesen werden, in dem die Marke keine originäre Unterscheidungskraft besaß, doch ginge es zu weit, zu verlangen, dass der Nachweis eines solchen Erwerbs für jeden Mitgliedstaat einzeln erbracht werden muss (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 77 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 146 Keine Bestimmung der Verordnung Nr. 207/2009 schreibt nämlich vor, dass die Verkehrsdurchsetzung mit unterschiedlichen Beweisen für jeden einzelnen Mitgliedstaat nachgewiesen wird. Daher ist nicht auszuschließen, dass Beweismittel dafür, dass ein bestimmtes Zeichen infolge der Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, für mehrere Mitgliedstaaten, ja sogar die gesamte Union, einen Aussagewert haben (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 80).
- 147 Insbesondere kann es sein, dass die Wirtschaftsbeteiligten im Hinblick auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen mehrere Mitgliedstaaten im gleichen Vertriebsnetz zusammengefasst und diese Mitgliedstaaten besonders aus der Sicht ihrer Marketingstrategien behandelt haben, als ob sie einen einzigen und einheitlichen nationalen Markt darstellen würden. In einem solchen Fall können die Beweise für die Benutzung eines Zeichens auf einem solchen grenzüberschreitenden Markt für alle betreffenden Mitgliedstaaten aussagekräftig sein (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 81).
- 148 Dies gilt auch dann, wenn aufgrund der geografischen, kulturellen oder sprachlichen Nähe zweier Mitgliedstaaten die maßgeblichen Verkehrskreise des einen Mitgliedstaats über ausreichende Kenntnisse der Waren oder Dienstleistungen verfügen, die es auf dem nationalen Markt des anderen Mitgliedstaats gibt (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 82).
- 149 Nach diesen Erwägungen ist es zwar nicht erforderlich, dass für die Eintragung einer Marke gemäß Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009, die keine originäre Unterscheidungskraft in allen Mitgliedstaaten der Union hat, für jeden einzelnen Mitgliedstaat nachgewiesen wird, dass sie durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, jedoch müssen die vorgebrachten Beweismittel den Nachweis ermöglichen, dass die Unterscheidungskraft in allen Mitgliedstaaten der Union erlangt wurde (Urteil vom 25. Juli 2018, Société des produits Nestlé u. a./Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P und C-95/17 P, EU:C:2018:596, Rn. 83). Gleiches gilt für die Beibehaltung der Eintragung einer Marke gemäß Art. 52 Abs. 2 der genannten Verordnung.
- 150 Im vorliegenden Fall steht fest, dass es der streitigen Marke an originärer Unterscheidungskraft in der gesamten Union fehlt. Somit hat die Beschwerdekammer zu Recht geprüft, ob die Marke für die maßgeblichen Verkehrskreise im gesamten Unionsgebiet Unterscheidungskraft erlangt hatte (vgl. Rn. 22 der angefochtenen Entscheidung).

- 151 Was die von der Klägerin vorgelegten und oben in den Rn. 114 bis 141 geprüften Beweise betrifft, sind nur die fünf Marktstudien, die oben in den Rn. 129 bis 131 analysiert wurden, in gewissem Umfang relevant.
- 152 Die Studien wurden jedoch in nur fünf Mitgliedstaaten durchgeführt und erfassen daher nur einen Teil des Unionsgebiets.
- 153 Die Klägerin, unterstützt durch den streithelfenden Verband, beruft sich jedoch auf die Rechtsprechung, wonach keineswegs verlangt wird, für jeden Mitgliedstaat die gleiche Art von Beweisen vorzulegen (Urteile vom 28. Oktober 2009, BCS/HABM – Deere [Kombination der Farben Grün und Gelb], T-137/08, EU:T:2009:417, Rn. 39, und vom 15. Dezember 2016, Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO – Société des produits Nestlé [Form einer Schokoladentafel], T-112/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:735, Rn. 126). Sie macht geltend, sie habe für jeden Mitgliedstaat andere Beweise vorgelegt, die sich u. a. auf seine Umsätze und die Höhe der Werbeausgaben für die streitige Marke bezögen. Die Beweise belegten, dass die streitige Marke in den verschiedenen Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise benutzt werde und die nationalen Märkte aller Mitgliedstaaten somit vergleichbar seien. Folglich lasse sich im Rahmen einer umfassenden Beurteilung der verschiedenen von ihr vorgelegten Beweise nachweisen, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung im gesamten Unionsgebiet Unterscheidungskraft erworben habe.
- 154 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.
- 155 Die Klägerin hat nämlich zum einen, abgesehen von den fünf oben in den Rn. 129 und 151 genannten Marktstudien, keinen relevanten Beweis dargetan. Folglich weist sie nicht nach, dass sie relevante Beweise in Bezug auf die 23 Mitgliedstaaten beigebracht hat, die nicht von den Marktstudien erfasst sind.
- 156 Zum anderen ist die bloße Vorlage von Daten zum Umsatz und zu den Ausgaben für Marketing und Werbung, die bei den einzelnen Mitgliedstaaten erhoben wurden, nicht ausreichend, um das Bestehen eines oder mehrerer grenzüberschreitender, aus verschiedenen Mitgliedstaaten bestehender Märkte zu beweisen. Insbesondere beweist die Klägerin nicht, dass die nationalen Märkte der 23 Mitgliedstaaten, die nicht von den oben in den Rn. 129 und 151 genannten Marktstudien erfasst sind, mit den nationalen Märkten der fünf Mitgliedstaaten, in denen die Studien durchgeführt wurden, vergleichbar sind, sei es aufgrund der Organisation der Vertriebsnetze und der Marketingstrategien der Wirtschaftsteilnehmer, sei es aufgrund der Kenntnisse der maßgeblichen Verkehrskreise. Zudem macht die Klägerin zwar zwecks Nachweis einer Benutzung der streitigen Marke geltend, dass sie europäische und internationale Sportwettkämpfe sponsere, doch hat sie mit diesem Vorbringen zu ihren Sponsoringaktivitäten weder dargelegt noch bewiesen, dass die nationalen Märkte der verschiedenen Mitgliedstaaten vergleichbar sind.
- 157 Somit lassen sich die Ergebnisse der fünf oben in den Rn. 129 und 151 genannten Marktstudien, selbst wenn man anerkennt, dass sie uneingeschränkt relevant sind, weder auf die Gesamtheit der Mitgliedstaaten extrapolieren noch in den von den Studien nicht erfassten Mitgliedstaaten durch andere von der Klägerin vorgelegte Beweise ergänzen und bestätigen.
- 158 Unter diesen Umständen lässt sich anhand der verschiedenen von der Klägerin vorgelegten Beweise selbst im Rahmen einer umfassenden Beurteilung zum einen nicht nachweisen, dass die streitige Marke im gesamten Unionsgebiet benutzt wird, und zum anderen jedenfalls nicht hinreichend belegen, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung geeignet ist, im gesamten Unionsgebiet die Waren zu kennzeichnen, für die sie eingetragen wurde, und somit diese Waren von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.
- 159 Folglich beging die Beschwerdekammer keinen Beurteilungsfehler, als sie die Auffassung vertrat, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass die streitige Marke infolge ihrer Benutzung im gesamten Unionsgebiet Unterscheidungskraft erworben habe.
- 160 Daher sind der zweite Teil des Klagegrundes und somit der einzige Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.

161 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

IV. Kosten

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

163 Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr neben ihren eigenen Kosten die Kosten des EUIPO und der Streithelferin gemäß deren Anträgen aufzuerlegen.

164 Nach Art. 138 Abs. 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht zudem entscheiden, dass ein Streithelfer seine eigenen Kosten trägt. Im vorliegenden Fall trägt der streithelfende Verband seine eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. Die adidas AG wird verurteilt, neben ihren eigenen Kosten die Kosten zu tragen, die dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) und der Shoe Branding Europe BVBA entstanden sind.**
- 3. Marques trägt ihre eigenen Kosten.**

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 19. Juni 2019.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

* Verfahrenssprache: Englisch.