Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

9. November 2016*

„Unionsmarke — Internationale Registrierung mit Benennung der Europäischen Union — Bildmarke, die ein Muster aus sich kreuzenden Wellenlinien darstellt — Absolutes Eintragungshindernis — Unterscheidungskraft — Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 — Oberflächenmuster — Aufbringung eines Oberflächenmusters auf der Verpackung einer Ware“

In der Rechtssache T-579/14

Birkenstock Sales GmbH mit Sitz in Vettelschoß (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt C. Menebröcker und Rechtsanwältin V. Töbelmann,

Klägerin,

gegen

Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO), zunächst vertreten durch G. Schneider und D. Walicka, dann durch D. Walicka als Bevollmächtigte,

Beklagter,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des EUIPO vom 15. Mai 2014 (Sache R 1952/2013-1) über die mit Benennung der Europäischen Union erfolgte internationale Registrierung der Bildmarke, die ein Muster aus sich kreuzenden Wellenlinien darstellt,

erlässt

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten A. Dittrich (Berichterstatter), des Richters J. Schwarcz und der Richterin V. Tomljenović,

Kanzler: A. Lamote, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 1. August 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 22. Oktober 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund der am 6. Januar 2015 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Erwiderung,

auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2015

folgendes

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin, die Birkenstock Sales GmbH, ist Rechtsnachfolgerin der Birkenstock Orthopädie GmbH & Co. KG, die am 27. Juni 2012 beim Internationalen Büro der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) auf der Basis einer deutschen Marke die internationale Registrierung folgender Bildmarke mit Benennung u. a. der Europäischen Union erwirkte:



2 Am 25. Oktober 2012 wurde dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) die internationale Registrierung des in Rede stehenden Zeichens mitgeteilt.

3 Die Schutzerstreckung wurde für folgende Waren der Klassen 10, 18 und 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:

— Klasse 10: „Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate; künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial, chirurgisches Nahtmaterial für operative Zwecke; Orthopädische Schuhwaren und solche zur Rehabilitation, zur Fußgymnastik und Therapie sowie sonstigen medizinischen Zwecken und deren Teile, einschließlich orthopädischer Schuhe, auch derartige Schuhe mit Fußbett oder orthopädischen Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen; derartige Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen und deren Teile, auch in der Form starrer thermoplastischer Einlagen; Schuhbauteile und Schuheinbauteile zur orthopädischen Schuhzurichtung, insbesondere Passteile, Keile, Kissen, Einlegesohlen, Innensohlen, Schaumpolster, Schaumpelotten sowie Fußformsohlen, auch in Form von vollplastischen Einlagen mit orthopädischem Fußbett aus Naturkork, Thermokork, Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork, Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen; orthopädische Fuß- und Schuheinlagen; orthopädische Stützen für Füße und Schuhe; orthopädische Schuhwaren, insbesondere orthopädische Sandalen und Slipper; orthopädische Einlegesohlen, Einlagen, auch aus Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien, auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork-Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen“;

— Klasse 18: „Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit in Klasse 18 enthalten; Häute und Felle; Reise- und Handkoffer; Regenschirme, Sonnenschirme und Spazierstöcke; Peitschen, Pferdegeschirre und Sattlerwaren; Geldbörsen; Taschen; Handtaschen; Dokumentenkoffer; Hüfttaschen; Kleidersäcke für die Reise; Schlüsseletuis (Lederwaren); Kosmetikkoffer; Kulturbeutel, Kulturtaschen; Reisetaschen; Rucksäcke“;

— Klasse 25: „Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren, auch Bequemschuhwaren und solche für Arbeit, Freizeit, Gesundheit und Sport, einschließlich Sandalen, Gymnastiksandalen, Pantoletten, Slipper, Clogs, auch mit Fußbett, insbesondere mit anatomisch geformtem Tieffußbett, Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen, Schutzeinlagen; Teile und Zubehör derartiger Schuhwaren, nämlich Schuhoberteile, Absätze, Laufsohlen, Einlegesohlen, Innensohlen, Schuhbodenteile, auch Fußbettungen, Fußstützen; Fuß- und Schuheinlagen, insbesondere mit Fußbett oder anatomisch geformtem Tieffußbett aus Naturkork, Thermokork, Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien, auch aus elastischer Verbundmasse aus

Kork-Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen; Innensohlen; Einlegesohlen; Schuhwaren, nämlich Schuhe und Sandalen; Stiefel, Schuhe, Sandalen, Slipper sowie Teile und Fittings für alle vorgenannten Waren, soweit in Klasse 25 enthalten; Gürtel; Schals; Halstücher“.

4 Am 21. November 2012 teilte der Prüfer der Klägerin mit, dass der Schutz der internationalen Marke in der Union von Amts wegen vorläufig vollständig verweigert werde. Begründet wurde dies mit der für sämtliche betroffenen Waren fehlenden Unterscheidungskraft des in Rede stehenden Zeichens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Unionsmarke (ABl. 2009, L 78, S. 1).

5 Nachdem die Klägerin zu den in der Mitteilung über die vorläufige Weigerung aufgeworfenen Einwänden Stellung genommen hatte, bestätigte die Prüfungsabteilung mit Entscheidung vom 29. August 2013 mit derselben Begründung wie der zuvor gegebenen die vollständige Verweigerung des Schutzes der internationalen Marke in der Union.

6 Die Klägerin legte gegen diese Entscheidung am 4. Oktober 2013 beim EUIPO Beschwerde nach den Art. 58 bis 60 der Verordnung Nr. 207/2009 ein.

7 Mit Entscheidung vom 15. Mai 2014 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Erste Beschwerdekammer des EUIPO die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass dem in Rede stehenden Zeichen für die betreffenden Waren die Unterscheidungskraft fehle.

8 Die Beschwerdekammer war insbesondere der Auffassung, das Zeichen stelle sich rechtwinklig schneidende Wellenlinien in einer sich wiederholenden Sequenz dar, die in alle vier Richtungen des Quadrats fortgeführt und daher auf jeder zwei- oder dreidimensionalen Oberfläche aufgebracht werden könne. Das Zeichen werde daher unmittelbar als Darstellung eines Oberflächenmusters wahrgenommen.

9 Außerdem sei bekannt, dass die Oberflächen von Waren oder ihre Verpackung aus verschiedenen Gründen mit Mustern versehen seien, insbesondere um ihr ästhetisches Erscheinungsbild zu verbessern und/oder aufgrund der technischen Funktionalität.

10 Da die Verbraucher aus Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren selbst verschmölzen, gewöhnlich nicht auf die betriebliche Herkunft der Waren schlössen, besäßen diese Zeichen nach der Rechtsprechung nur dann Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009, wenn sie erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abwichen. Diese Rechtsprechung sei im vorliegenden Fall anwendbar, denn das in Rede stehende Zeichen verschmelze mit dem Erscheinungsbild der in Rede stehenden Waren.

11 Der Gesamteindruck des Zeichens sei banal, und das Oberflächenmuster könne auf allen in Rede stehenden Waren zu finden sein, für die es eine ästhetische und/oder technische Funktion haben könne. Der Gesamteindruck weiche, wenn überhaupt, nicht deutlich von der Branchenüblichkeit ab.

12 Die Beschwerdekammer kam zu dem Ergebnis, dass die maßgeblichen Verkehrskreise das Zeichen aller Wahrscheinlichkeit nach als bloßes Oberflächenmuster wahrnähmen und nicht als Angabe einer bestimmten betrieblichen Herkunft.

Anträge der Parteien

13 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen.

14 Das EUIPO beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

15 Zur Stützung ihrer Klage macht die Klägerin als einzigen Klagegrund einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 geltend.

16 Die Klägerin rügt insbesondere, dass die Beschwerdekammer Kriterien angewandt habe, die nicht von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 abgedeckt seien. Die Beschwerdekammer habe sich nicht auf die internationale Marke in ihrer registrierten Form – einem flächenmäßig klar umgrenzten, von der Form von Waren unabhängigen Bild – gestützt, sondern sie habe die Marke in unzulässiger Weise erweitert, indem sie behauptet habe, diese könne reproduziert und fortgesetzt werden.

17 Die internationale Registrierung beanspruche Schutz für eine Bildmarke in quadratischer Form mit einem abstrakten Motiv, das in seiner Erscheinung in sich abgeschlossen, eigentümlich und ungewöhnlich sei.

18 Das EUIPO ist der Auffassung, die Beschwerdekammer habe zu Recht die Ansicht vertreten, dass das in Rede stehende Zeichen ein Oberflächenmuster darstelle und keine Unterscheidungskraft für die in Rede stehenden Waren besitze.

Allgemeines

19 Nach Art. 154 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 werden internationale Registrierungen, in denen die Union benannt ist, ebenso wie Anmeldungen von Unionsmarken auf absolute Eintragungshindernisse geprüft.

20 Gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen.

21 Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, dass diese Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. Urteil vom 20. Oktober 2011, Freixenet/HABM, C-344/10 P und C-345/10 P, EU:C:2011:680, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 Im Übrigen ist die Unterscheidungskraft einer Marke nach ständiger Rechtsprechung zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen, die sich aus den Durchschnittsverbrauchern dieser Waren oder Dienstleistungen zusammensetzen (Urteile vom 29. April 2004, Procter & Gamble/HABM, C-473/01 P und C-474/01 P, EU:C:2004:260, Rn. 33, und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 25). Die Aufmerksamkeit des als durchschnittlich informiert und angemessen aufmerksam und verständig anzusehenden Durchschnittsverbrauchers kann je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen

unterschiedlich hoch sein (Urteile vom 22. Juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, EU:C:1999:323, Rn. 26, und vom 10. Oktober 2007, Bang & Olufsen/HABM [Form eines Lautsprechers], T-460/05, EU:T:2007:304, Rn. 32).

23 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, vom Durchschnittsverbraucher nicht zwingend in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, so schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke (Urteile vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, EU:C:2004:592, Rn. 30, und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 26 und 27).

24 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass eine dreidimensionale Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, nur dann Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 besitzt, wenn sie erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann (Urteile vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, EU:C:2006:20, Rn. 31, und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 28).

25 Die vorstehend in den Rn. 23 und 24 angeführte Rechtsprechung zu dreidimensionalen Marken, die aus dem Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware bestehen, ist ebenfalls einschlägig, wenn die fragliche Marke eine Bildmarke ist, die aus der Form der Ware besteht. Denn auch in einem solchen Fall besteht die Marke nicht aus einem Zeichen, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Waren unabhängig ist (Urteil vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 29).

26 Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf den Fall anwenden, dass ein Zeichen aus einem auf der Oberfläche einer Ware aufgebrachten Muster besteht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Oktober 2002, Glaverbel/HABM [Oberfläche einer Glasplatte], T-36/01, EU:T:2002:245, Rn. 23).

27 Dies gilt auch für eine Bildmarke, die aus einem Teil der Form der mit ihr gekennzeichneten Ware besteht, da die maßgeblichen Verkehrskreise sie unmittelbar und ohne besonderes Nachdenken als Darstellung eines besonders interessanten oder ansprechenden Details der fraglichen Ware und nicht als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft wahrnehmen werden (Urteil vom 19. September 2012, Fraas/HABM [Karomuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot], T-50/11, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:442, Rn. 43).

28 Wie die Beschwerdekammer in Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung hervorgehoben hat, ist der entscheidende Gesichtspunkt für die Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung nicht die Einstufung des betreffenden Zeichens als Bild-, dreidimensionales oder anderes Zeichen, sondern die Tatsache, dass es mit dem Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware verschmilzt.

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen

29 Die Beschwerdekammer hat festgestellt, dass die Waren in Klasse 10 hauptsächlich orthopädische Schuhe einschließlich Teilen davon beträfen. Diese Waren könnten von allgemeinen Verbrauchern, die aus der breiten Öffentlichkeit stammten, oder von Angehörigen der Gesundheitsberufe erworben werden und würden sorgfältig ausgewählt.

30 Ferner richteten sich „Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate; künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial, chirurgisches Nahtmaterial für operative Zwecke“ hauptsächlich an Angehörige der Gesundheitsberufe, die bei der Auswahl der Waren einen zumindest mittleren Aufmerksamkeitsgrad an den Tag legten.

31 Schließlich richteten sich die Waren in den Klassen 18 und 25 an das allgemeine Publikum, das beim Kauf durchschnittlich aufmerksam sei.

32 Diesen Erwägungen, die im Übrigen von der Klägerin nicht bestritten werden, ist zu folgen, außer was „Leder und Lederimitationen“ sowie „Häute und Felle“ in Klasse 18 betrifft. Diese Waren richten sich hauptsächlich an Fachkreise, die diese Waren für die Herstellung anderer Waren verwenden.

Zur Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Marken, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, im vorliegenden Fall

33 Es ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der betreffenden Waren verschmelzen, zu Recht im vorliegenden Fall angewendet hat.

34 Dazu sind zunächst die Merkmale des in Rede stehenden Zeichens zu untersuchen.

35 Dieses besteht aus einer grafischen Darstellung in quadratischer Form von Wellenlinien, die sich in der Weise kreuzen, dass sie horizontal und vertikal eine Wiederholung desselben Musters bilden. Diese Darstellung hat keine Konturen.

36 Wie die Beschwerdekammer festgestellt hat, kann diese sich wiederholende Sequenz in die vier Richtungen des Quadrats unbegrenzt fortgesetzt und damit auf jeder zwei- oder dreidimensionalen Oberfläche aufgebracht werden.

37 Es handelt sich also um ein Zeichen, das aus einer Serie von sich regelmäßig wiederholenden Bestandteilen zusammengesetzt ist und das sich ganz besonders für eine Nutzung als Oberflächenmuster eignet.

38 Zwar muss sich das EUIPO, wie die Klägerin hervorgehoben hat, bei der Prüfung der Unterscheidungskraft eines Zeichens auf die der Anmeldung beigefügte Wiedergabe der Anmeldemarke und gegebenenfalls auf die in der Anmeldung enthaltende Beschreibung beziehen (Urteil vom 30. November 2005, Almdudler-Limonade/HABM [Form einer Limonadenflasche], T-12/04, nicht veröffentlicht, EU:T:2005:434, Rn. 42).

39 Das EUIPO hat sich jedoch bei der Feststellung, dass die sich wiederholende Sequenz in die vier Richtungen des Quadrats unbegrenzt fortgesetzt und damit auf jeder zwei- oder dreidimensionalen Oberfläche aufgebracht werden könne, auf die dem Zeichen innewohnenden Merkmale, wie sie aus der Wiedergabe der internationalen Marke hervorgehen, gestützt. Ihm kann daher nicht vorgeworfen werden, dass es diese Beurteilung auf Gesichtspunkte gestützt habe, die nicht aus der Wiedergabe des in Rede stehenden Zeichens hervorgehen.

40 Die Klägerin macht geltend, dass, wenn die in der angefochtenen Entscheidung dargelegte Argumentation wörtlich genommen würde, überhaupt keine Bildmarke eingetragen werden könnte, da grundsätzlich jede Bildmarke unendlich ausgedehnt oder reproduziert und als Oberflächenmuster auf Waren verwendet werden könne.

41 Hierzu ist festzustellen, dass selbst ein Bildzeichen, das ein „klassisches“ Logo darstellt, gewiss unendlich reproduziert und als Oberflächenmuster verwendet werden kann. Würde sich die Beschwerdekammer, für ihre Ansicht, dass das Zeichen mit dem Erscheinungsbild der beanspruchten Waren verschmelze, auf die Möglichkeit einer unendlichen Verdopplung eines solchen Zeichens stützen, wäre dies ein rein spekulativer Ansatz.

42 Ist ein Zeichen jedoch selbst aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen zusammengesetzt, kann das EUIPO die dem Zeichen innewohnenden Merkmale berücksichtigen, um dessen Art und insbesondere die Frage zu prüfen, ob es sich um ein Zeichen handelt, das mit dem Erscheinungsbild der beanspruchten Waren verschmilzt. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer ihre Argumentation auf eine Analyse der Merkmale, die dem in Rede stehenden Zeichen innewohnen, gestützt. Dies ist nicht zu beanstanden.

43 Zudem hindert nach der Rechtsprechung die Tatsache, dass ein Zeichen als Bildmarke bezeichnet wurde, die Beschwerdekammer nicht daran, auf der Grundlage der allgemeinen praktischen Erfahrung mit der Vermarktung der mit der Anmeldung beanspruchten Waren festzustellen, dass sie darin ein Oberflächenmuster sieht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. September 2012, Fraas/HABM [Karomuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot], T-50/11, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:442, Rn. 51).

44 Im Urteil vom 19. September 2012, Karomuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot (T-50/11, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:442, Rn. 46 und 47), hat das Gericht das Vorbringen zurückgewiesen, dass das EUIPO dadurch den Gegenstand der Anmeldung verfälscht habe, dass es eine Marke, deren Eintragung als Bildmarke beantragt worden sei, als Stoffmuster angesehen habe.

45 Das Gericht hat festgestellt, dass das in dem Bild, aus dem die angemeldete Marke bestand, wiedergegebene abstrakte Muster ein Stoffmuster sein könne (Urteil vom 19. September 2012, Karomuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot, T-50/11, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:442, Rn. 51). Das Gericht hat ausgeführt, dass die in dieser Rechtssache in Rede stehenden Waren Stoffe seien oder Waren, die aus Stoff bestünden oder Stoffoberflächen aufweisen „könnten“ (Urteil vom 19. September 2012, Karomuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot, T-50/11, nicht veröffentlicht, EU:T:2012:442, Rn. 47).

46 Gemäß der Rechtsprechung, wonach die Unterscheidungskraft eines Zeichens im Hinblick auf die beanspruchten Waren zu beurteilen ist (vgl. oben, Rn. 22), hat sich das Gericht in dieser Rechtssache somit nicht auf die Feststellung der Tatsache beschränkt, dass das Bild, aus dem die angemeldete Marke bestand, ein Stoffmuster sein könne, sondern hat auch im Hinblick auf die von der Markenanmeldung erfassten Waren geprüft, ob diese Stoffoberflächen haben können.

47 Bei den in dieser Rechtssache in Rede stehenden Waren handelte es sich um Stoffe oder Modeartikel im weiteren Sinne, bei denen es offenkundig ist, dass sie häufig Oberflächenmuster aufweisen.

48 Es ist festzustellen, dass es sich im vorliegenden Fall bei den von der internationalen Marke erfassten Waren teilweise um Waren handelt, wie Modeartikel im weiteren Sinne, die ganz offensichtlich häufig Oberflächenmuster aufweisen, und teilweise um Waren, bei denen weniger evident ist, dass sie oft Oberflächenmuster haben.

49 Es stellt sich somit die Frage, welches Kriterium für die Feststellung relevant ist, ob ein Bildzeichen, das sich aus einer Serie von sich regelmäßig wiederholenden Bestandteilen zusammensetzt und das sich daher ganz besonders dafür eignet, als Oberflächenmuster verwendet zu werden, tatsächlich als Oberflächenmuster für eine bestimmte Ware angesehen werden kann.

Zum relevanten Kriterium dafür, dass eine Bildmarke, die aus einer Serie sich regelmäßig wiederholender Bestandteile zusammengesetzt ist, als Oberflächenmuster für eine bestimmte Ware angesehen werden kann

50 In der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer im Wesentlichen festgestellt, dass alle in Rede stehenden Waren oder ihre Verpackung ein Oberflächenmuster entweder zu dekorativen Zwecken aufweisen könnten oder zu technischen Zwecken, um ihre Griffigkeit zu verbessern. Sie hat implizit angenommen, dass die Möglichkeit, ein Oberflächenmuster auf den Waren oder ihrer Verpackung aufzubringen, ausreiche, um die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

51 Hierzu in der mündlichen Verhandlung befragt, hat das EUIPO bestätigt, dass es seines Erachtens für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Marken, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, im vorliegenden Fall ausreichend sei, dass die Verwendung des in Rede stehenden Zeichens als Oberflächenmuster auf den betreffenden Waren oder ihrer Verpackung möglich sei und dass es nicht erforderlich sei, dass es sich dabei um die wahrscheinlichste Verwendung des Zeichens handele.

52 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass das Beurteilungskriterium viel strenger sein müsse und dass die bloße Möglichkeit einer Verwendung des in Rede stehenden Zeichens als Oberflächenmuster auf den Waren oder ihrer Verpackung nicht ausreichen könne.

53 Zunächst ist das relevante Kriterium zu ermitteln, nach dem sich bestimmt, ob die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der betreffenden Waren verschmelzen, anwendbar ist auf ein als Bildmarke bezeichnetes Zeichen, das aus einer Serie sich regelmäßig wiederholender Bestandteile zusammengesetzt ist und das als Oberflächenmuster auf den betreffenden Waren selbst verwendet werden kann (vgl. unten, Rn. 54 bis 57). Sodann ist der Sonderfall zu untersuchen, dass die Verwendung eines solchen Zeichens als Oberflächenmuster nicht auf den betreffenden Waren selbst, sondern auf ihrer Verpackung möglich ist (vgl. unten, Rn. 58 bis 68).

54 Für die Bestimmung des relevanten Kriteriums ist zu berücksichtigen, dass sich ein Zeichen, das sich aus einer Serie sich regelmäßig wiederholender Bestandteile zusammensetzt, ganz besonders dafür eignet, als Oberflächenmuster verwendet zu werden. Es besteht daher grundsätzlich eine diesem Zeichen innewohnende Wahrscheinlichkeit, dass es als Oberflächenmuster verwendet wird, und zwar unabhängig von seiner Bezeichnung als Bildmarke, dreidimensionale Marke, Oberflächenmuster oder sonstiges durch den Markenanmelder.

55 Vor diesem Hintergrund kann ein solches Zeichen im Hinblick auf die betreffenden Waren nur dann nicht als Oberflächenmuster angesehen werden, wenn die Verwendung eines Oberflächenmusters in Anbetracht der Art der Waren wenig wahrscheinlich ist. In den anderen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass das Zeichen, das wegen der sich wiederholenden Sequenz seiner Bestandteile die typischen Merkmale eines Oberflächenmusters aufweist, tatsächlich ein Oberflächenmuster darstellt.

56 In dem vom EUIPO angeführten Urteil vom 13. April 2011, Deichmann/HABM (Darstellung eines mit gestrichelten Linien umsäumten Winkels) (T-202/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:168), hat das Gericht in Rn. 47 festgestellt, dass es der Beschwerdekammer freistehe, ihre Prüfung der in Rede stehenden Marke auf deren „wahrscheinlichste“ Verwendung zu stützen.

57 Es ist festzustellen, dass dieses Urteil nicht die Eintragung eines Zeichens betraf, das aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen zusammengesetzt war. Vor diesem Hintergrund hat das Gericht festgestellt, dass die Verwendung als dekorative Applikation oder Verstärkung auf den betreffenden Waren die „wahrscheinlichste“ sei. Wenn ein Zeichen aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen besteht und sich daher wegen seiner ihm innewohnenden Eigenschaften ganz besonders dafür eignet, als Oberflächenmuster verwendet zu werden, besteht grundsätzlich eine dem Zeichen innewohnende Wahrscheinlichkeit, dass es als Oberflächenmuster verwendet wird. Aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass ein derartiges Zeichen im Hinblick auf die betreffenden Waren nur dann nicht als Oberflächenmuster angesehen werden kann, wenn die Verwendung eines Oberflächenmusters aufgrund der Art der Waren wenig wahrscheinlich ist (vgl. oben, Rn. 54 und 55). Insoweit ist klarzustellen, dass es sich um ein objektives Kriterium handelt, das nicht von den kommerziellen Absichten des betreffenden Unternehmens abhängt.

58 Sodann stellt sich die Frage, ob es für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, ausreicht, dass die Verwendung eines Oberflächenmusters auf der Verpackung der in Rede stehenden Waren möglich und nicht wenig wahrscheinlich ist.

59 Das EUIPO hat in der mündlichen Verhandlung sinngemäß erklärt, dass die Möglichkeit, das Zeichen auf der Verpackung der in Rede stehenden Waren zu verwenden, für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, ausreichend sei.

60 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung sinngemäß erklärt, dass nach der Rechtsprechung die Form der Verpackung einer Ware nur in dem Fall mit der Form der Ware gleichgestellt werden könne, in dem Waren aus Gründen, die mit der Art der Waren selbst in Zusammenhang stünden, eine Verpackung benötigten, weil sie keine ihnen innewohnende Form hätten, wie z. B. Flüssigkeiten.

61 Es ist darauf hinzuweisen, dass Durchschnittsverbraucher nach der oben in Rn. 23 angeführten Rechtsprechung gewöhnlich nicht aus der Form der Verpackung auf die Herkunft der Waren schließen.

62 Es ist zu prüfen, ob diese Rechtsprechung auch auf ein als Bildmarke bezeichnetes Zeichen anwendbar ist, das aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen gebildet ist und sich daher ganz besonders dafür eignet, als Oberflächenmuster auf der Verpackung einer bestimmten Ware aufgebracht zu werden.

63 Es ist festzustellen, dass die Rechtsprechung zu Marken, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, auf dreidimensionale Marken anwendbar ist, die aus der Verpackung von Waren bestehen, die, wie Flüssigkeiten, aus mit der Art der Ware selbst zusammenhängenden Gründen verpackt Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, EU:C:2006:20, Rn. 29 bis 31). Diese Rechtsprechung ist ebenfalls einschlägig, wenn die angemeldete Marke eine Marke ist, die aus dem besonderen Aussehen der Oberfläche der Verpackung eines flüssigen Produkts besteht (Urteil vom 20. Oktober 2011, Freixenet/HABM, C-344/10 P und C-345/10 P, EU:C:2011:680, Rn. 48).

64 Daraus folgt, dass diese Rechtsprechung auch auf ein Oberflächenmuster anwendbar ist, das auf die Verpackung von Waren aufgebracht ist, die aus mit der Art der Waren selbst zusammenhängenden Gründen verpackt Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sind.

65 Die Anwendung dieser Rechtsprechung ist jedoch nicht auf Verpackungen von Waren zu beschränken, die notwendigerweise aus mit der Art der Waren selbst zusammenhängenden Gründen verpackt werden müssen. So ist die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Ware verschmelzen, auf die Form einer zusammengedrehten Bonbonverpackung anwendbar (Urteil vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 26 bis 29), und zwar obwohl ein Bonbon nicht zwangsläufig einzeln verpackt sein muss. Ferner ist diese Rechtsprechung auf die Form einer

Zigarettenschachtel anwendbar (Urteil vom 12. September 2007, Philip Morris Products/HABM [Form einer Zigarettenschachtel], T-140/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2007:272, Rn. 64), obwohl Zigaretten nicht zwangsläufig aus mit der Art dieser Waren selbst zusammenhängenden Gründen verpackt werden müssen. Eine Zigarettenschachtel ist nicht notwendig, um dem verpackten Produkt eine Form zu geben, denn Zigaretten haben ihre eigene Form und sind keine flüssigen oder granulierten Waren.

66 Entsprechend lässt sich die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, auch auf Oberflächenmuster anwenden, die auf der Verpackung von Waren wie Bonbons oder Zigaretten aufgebracht sind. Dabei handelt es sich um Waren, die gewöhnlich in einer Verpackung verkauft und normalerweise erst unmittelbar vor dem Verbrauch aus ihrer Verpackung herausgenommen werden.

67 Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung im Fall eines auf einer bloßen Transportverpackung aufgebrachten Oberflächenmusters nicht anwendbar ist. Ein derartiges Oberflächenmuster kann nämlich nicht mit dem Erscheinungsbild einer Ware gleichgestellt werden.

68 Das Kriterium, wie es oben in Rn. 55 definiert worden ist, gilt daher grundsätzlich auch, wenn es sich um eine Aufbringung als Oberflächenmuster auf der Verpackung der in Rede stehenden Waren handelt, jedoch mit Ausnahme bloßer Transportverpackungen.

69 Unter Berücksichtigung dessen ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht im vorliegenden Fall angewendet hat.

Zur Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, auf die in Rede stehenden Waren

70 In Bezug auf „Schuhwaren, auch Bequemschuhwaren und solche für Arbeit, Freizeit, Gesundheit und Sport, einschließlich Sandalen, Gymnastiksandalen, Pantoletten, Slipper, Clogs, auch mit Fußbett, insbesondere mit anatomisch geformtem Tieffußbett, Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen, Schutzeinlagen“ in Klasse 25 ist festzustellen, dass es nicht ungewöhnlich ist, dass sie ein Oberflächenmuster aufweisen. Schuhe sind Modeartikel, so dass sie ein Oberflächenmuster zu ästhetischen Zwecken aufweisen können. Außerdem kann aus technischen Gründen ein Oberflächenmuster auf ihre Laufsohlen angebracht werden. Diese Sohlen haben nämlich oft ein Profil, um die Haftung des Schuhs am Boden zu verbessern, wie die Beschwerdekammer in Rn. 33 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat.

71 Die Klägerin macht insoweit geltend, dass das in Rede stehende Zeichen nicht geeignet sei, eine technische Funktion zu erfüllen, da eine Bildmarke naturgemäß zweidimensional sei.

72 Es ist jedoch festzustellen, dass die Wellenlinien, die das in Rede stehende Zeichen bilden, eine Schattierung aufweisen, die dem Zeichen eine dreidimensionale Wirkung gibt. Der Rand dieser Linien ist nämlich dunkler als der Teil in der Mitte der Linien. Es trifft zwar zu, wie die Klägerin geltend macht, dass die internationale Marke als zweidimensionale Bildmarke beantragt wurde und die Anmeldung keine Beschreibung enthält, die den Schluss zuließe, dass sie hervor- oder zurücktretende Elemente enthält. Die Beschwerdekammer konnte jedoch für die Feststellung, dass das in Rede stehende Zeichen ebenfalls reliefartig aufgebracht werden kann, mit Recht auf die Merkmale des Zeichens, insbesondere die Schattierung der Wellenlinien, abstellen.

73 Außerdem ist festzustellen, dass nach der Rechtsprechung die Beschwerdekammer durch nichts gehindert ist, im Rahmen der Anmeldung eines Zeichens, das als Bildmarke bezeichnet wird, eine mögliche Verwendung dieses Zeichens als dreidimensionale Form zu berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. September 2015, EE/HABM [Darstellung weißer Punkte auf elfenbeinfarbenem Grund], T-144/14, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:615, Rn. 40).

74 Hinsichtlich des Vorbringens der Klägerin, dass die angefochtene Entscheidung widersprüchlich sei, da ein und dieselbe Marke nicht gleichzeitig ein zweidimensionales Oberflächenmuster und eine dreidimensionale Applikation sein könne, ist Folgendes festzustellen.

75 Der Berücksichtigung einerseits einer zweidimensionalen Verwendung und andererseits einer dreidimensionalen Verwendung eines Zeichens steht nichts entgegen. Im Urteil vom 10. September 2015, Darstellung weißer Punkte auf elfenbeinfarbenem Grund (T-144/14, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:615, Rn. 40 und 43), hat das Gericht z. B. zum einen die mögliche Verwendung eines Bildzeichens, das weiße Punkte auf elfenbeinfarbenem Grund darstellt, auf Druckerzeugnissen und Websites (d. h. eine zweidimensionale Verwendung) und zum anderen eine Verwendung in Form kleiner hervorstehender Kugeln, die dazu dienen, die Oberfläche einer Ware rutschfester zu machen (d. h. eine dreidimensionale Verwendung), berücksichtigt. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin ist die angefochtene Entscheidung daher zu diesem Punkt nicht widersprüchlich.

76 Außerdem ist festzustellen, dass die Klägerin im Verwaltungsverfahren und in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht erklärt hat, dass sie das in Rede stehende Zeichen seit mehr als 40 Jahren verwende. Zu dieser Verwendung in der mündlichen Verhandlung befragt, hat die Klägerin eingeräumt, dass die Verwendung in einer Aufbringung dieses Zeichens auf Laufsohlen von Schuhen bestanden habe und dass das Muster die gesamte Sohle bedecke. Dies entspricht einer Verwendung des Zeichens als reliefartiges Oberflächenmuster.

77 Es trifft zwar zu, wie die Klägerin hervorgehoben hat, dass sich bei der Prüfung der originären Unterscheidungskraft eines Zeichens die Beurteilung auf die Merkmale des betreffenden Zeichens zu stützen hat, unabhängig von jeder konkreten Verwendung, die es erfahren hat.

78 Gleichwohl ist festzustellen, dass das Vorbringen der Klägerin nicht kohärent ist, soweit sie einerseits behauptet, dass die internationale Marke eine „gewöhnliche“ zweidimensionale Bildmarke und kein Oberflächenmuster darstelle, und andererseits, dass eine Verwendung auf den Laufsohlen von Schuhen, d. h. als reliefartiges Oberflächenmuster, eine Benutzung der Marke darstelle.

79 Darüber hinaus ist festzustellen, dass das einzige Beispiel für die Verwendung des in Rede stehenden Zeichens, das die Klägerin im Verwaltungsverfahren vorgelegt hat, ein – in Rn. 6 der angefochtenen Entscheidung abgebildetes – Foto von einer Wand mit dem in Rede stehenden Muster ist, die als Hintergrund für Schuhständer dient. Eine solche Verwendung entspricht einer Verwendung dieses Zeichens in zweidimensionaler Form. Zu bemerken ist, dass das Zeichen im Rahmen der Verwendung als Hintergrund für Schuhständer nicht in quadratischer Form verwendet, sondern nach allen Seiten erweitert wurde, um den gesamten Hintergrund dieser Ständer abzudecken. Es handelte sich also um eine Verwendung als zweidimensionales Oberflächenmuster.

80 Indem die Klägerin behauptet, dass sowohl eine Verwendung als Hintergrund für Schuhständer als auch eine Verwendung auf Laufsohlen von Schuhen eine Benutzung der internationalen Marke darstelle, räumt sie implizit ein, dass das in Rede stehende Zeichen sowohl in zwei- als auch dreidimensionaler Form verwendet werden kann.

81 Zu dem Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, dass sie beabsichtige, die internationale Marke zukünftig in Form eines Quadrats zu verwenden, das an Stellen auf ihren Produkten angebracht sei, an denen die maßgeblichen Verkehrskreise ihrer Ansicht nach damit rechneten, Marken vorzufinden, ist Folgendes festzustellen. Wie die Klägerin selbst hervorgehoben

hat, muss sich das EUIPO bei der Prüfung der Unterscheidungskraft eines Zeichens auf die der Anmeldung beigefügte Wiedergabe der Anmeldemarke und gegebenenfalls auf die in der Anmeldung enthaltene Beschreibung beziehen (vgl. oben, Rn. 38). Die kommerziellen Absichten des Anmelders, die sich im Laufe der Zeit entsprechend seinem Willen ändern können, sind hingegen nicht relevant.

82 Des Weiteren ist festzustellen, dass, wenn der Anmelder einer Marke, die ein Muster darstellt, das aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen besteht, eine besondere Verwendung dieses Zeichens beabsichtigt und er der Auffassung ist, dass das in Rede stehende Zeichen über originäre Unterscheidungskraft verfügt, wenn es genau in dieser Weise verwendet wird (z. B. angebracht in Form eines Quadrats an einer bestimmten Stelle der in Rede stehenden Waren), es ihm freisteht, z. B. die Eintragung einer Positionsmarke zu beantragen, um sicherzugehen, dass das EUIPO bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft die Verwendung des Musters in der beabsichtigten besonderen Form berücksichtigt. Wie das EUIPO in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben hat, kann es jedoch die Entscheidung über die Eintragung einer Marke oder den Schutz einer internationalen Marke in der Union nicht auf bloße Versprechungen eines Anmelders stützen, die Marke in einer bestimmten Weise zu benutzen.

83 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass es nicht wenig wahrscheinlich ist, dass Schuhe ein Oberflächenmuster entweder zu ästhetischen oder zu technischen Zwecken aufweisen. Daher hat die Beschwerdekammer die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf „Schuhwaren, auch Bequemschuhwaren und solche für Arbeit, Freizeit, Gesundheit und Sport, einschließlich Sandalen, Gymnastiksandalen, Pantoletten, Slipper, Clogs, auch mit Fußbett, insbesondere mit anatomisch geformtem Tieffußbett, Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen, Schutzeinlagen“ in Klasse 25 angewendet.

84 Sodann ist in Bezug auf „Teile und Zubehör derartiger Schuhwaren, nämlich Schuhoberteile, Absätze, Laufsohlen, Einlegesohlen, Innensohlen, Schuhbodenteile, auch Fußbettungen, Fußstützen“ in Klasse 25 Folgendes festzustellen.

85 Es ist nicht wenig wahrscheinlich, dass Teile und Zubehör von Schuhen ein Oberflächenmuster aufweisen. Was „Laufsohlen“ betrifft, kann ein reliefartig angebrachtes Oberflächenmuster dazu dienen, die Haftung des Schuhs am Boden zu verbessern. In Bezug auf „Absätze“ gelten dieselben Erwägungen. Was sodann die „Schuhoberteile“ anbelangt, kann ein Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufgebracht werden.

86 Die „Einlegesohlen, Innensohlen, Schuhbodenteile, auch Fußbettungen, Fußstützen“ können auf ihrer Oberseite ein Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken haben. Einlegesohlen und Innensohlen sind zwar nicht sichtbar, wenn ein Schuh getragen wird. Es handelt sich jedoch um Teile, die für den Träger der Schuhe sichtbar sind, wenn er sie an- oder auszieht. Die Klägerin hat im Übrigen in der Erwiderung eingeräumt, dass Einlegesohlen und Innensohlen von Schuhen Muster wie Blumen oder Animalprints haben können. Die bloße Tatsache, dass die Innensohle oder Einlegesohle nicht sichtbar ist, wenn der Schuh getragen wird, steht daher der Anbringung dekorativer Muster auf ihr nicht entgegen. Eine solche Verwendung ist nicht wenig wahrscheinlich.

87 Einlegesohlen und Innensohlen können auch auf ihrer Unterseite ein reliefartiges Oberflächenmuster zu technischen Zwecken haben, um zu verhindern, dass die Sohle im Schuh rutscht. Eine solche Verwendung ist ebenfalls nicht wenig wahrscheinlich.

88 Die vorstehenden Erwägungen in den Rn. 86 und 87 gelten auch für „Fuß- und Schuheinlagen, insbesondere mit Fußbett oder anatomisch geformtem Tieffußbett aus Naturkork, Thermokork, Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien, auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork-Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen“ und „Innensohlen; Einlegesohlen“ in Klasse 25.

89 Ferner gelten die Erwägungen oben in den Rn. 70, 83 und 85 bis 87 auch für „Schuhwaren, nämlich Schuhe und Sandalen; Stiefel, Schuhe, Sandalen, Slipper sowie Teile und Fittings für alle vorgenannten Waren, soweit in Klasse 25 enthalten“ der Klasse 25.

90 Die Beschwerdekammer hat daher die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf folgende Waren der Klasse 25 angewendet: „Teile und Zubehör derartiger Schuhwaren, nämlich Schuhoberteile, Absätze, Laufsohlen, Einlegesohlen, Innensohlen, Schuhbodenteile, auch Fußbettungen, Fußstützen“; „Fuß- und Schuheinlagen, insbesondere mit Fußbett oder anatomisch geformtem Tieffußbett aus Naturkork, Thermokork, Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien, auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork-Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen“; „Innensohlen; Einlegesohlen“ und „Schuhwaren, nämlich Schuhe und Sandalen; Stiefel, Schuhe, Sandalen, Slipper sowie Teile und Fittings für alle vorgenannten Waren, soweit in Klasse 25 enthalten“.

91 Die Erwägungen zu Schuhen und ihren Teilen und Zubehör in den Rn. 70, 83 und 85 bis 87 des vorliegenden Urteils gelten auch für die Schuhwaren in Klasse 10. Die orthopädischen Schuhe in Klasse 10 können nämlich genauso wie die Schuhe in Klasse 25 zu dekorativen Zwecken auf dem Schuhoberteil oder zu technischen Zwecken auf der Laufsohle ein Oberflächenmuster aufweisen. Für die Teile und das Zubehör der orthopädischen Schuhe gelten die Erwägungen oben in den Rn. 84 bis 87.

92 Die Beschwerdekammer hat daher die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf folgende Waren der Klasse 10 angewendet: „Orthopädische Schuhwaren und solche zur Rehabilitation, zur Fußgymnastik und Therapie sowie sonstigen medizinischen Zwecken und deren Teile, einschließlich orthopädischer Schuhe, auch derartige Schuhe mit Fußbett oder orthopädischen Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen; derartige Fußstützen sowie Fuß- und Schuheinlagen und deren Teile, auch in der Form starrer thermoplastischer Einlagen“; „Schuhbauteile und Schuheinbauteile zur orthopädischen Schuhzurichtung, insbesondere Passteile, Keile, Kissen, Einlegesohlen, Innensohlen, Schaumpolster, Schaumpelotten sowie Fußformsohlen, auch in Form von vollplastischen Einlagen mit orthopädischem Fußbett aus Naturkork, Thermokork, Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork, Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen“, „orthopädische Fuß- und Schuheinlagen“, „orthopädische Stützen für Füße und Schuhe“, „orthopädische Schuhwaren, insbesondere orthopädische Sandalen und Slipper“ und „orthopädische Einlegesohlen; Einlagen, auch aus Kunststoff, Latex oder geschäumten Kunststoffmaterialien, auch aus elastischer Verbundmasse aus Kork-Latex-Mischungen oder Kunststoff-Kork-Mischungen“.

93 Sodann ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf die anderen von der internationalen Marke erfassten Waren der Klasse 10 angewendet hat.

94 In Bezug auf „chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate“ hat die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt, dass sie aus technischen Gründen ein reliefartiges Oberflächenmuster auf einem Griff, also auf einem Teil ihrer Oberfläche, aufweisen können, und zwar um ein sicherere und genauere Handhabung zu ermöglichen. Eine solche Verwendung ist nicht wenig wahrscheinlich.

95 Die „orthopädischen Artikel“ in Klasse 10 stellen eine umfangreiche Warenkategorie dar. Bei einigen von ihnen ist es nicht wenig wahrscheinlich, dass sie aus technischen Gründen ein reliefartiges Oberflächenmuster aufweisen, und zwar um die Handhabung zu verbessern.

96 Die Beschwerdekammer hat daher die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf „chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate“ und „orthopädische Artikel“ in Klasse 10 angewendet.

97 Hingegen ist in Bezug auf „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“ in Klasse 10 festzustellen, dass es wenig wahrscheinlich ist, dass sie ein Oberflächenmuster aufweisen. Diese Waren sind nämlich im Allgemeinen so konzipiert, dass sie so natürlich wie möglich aussehen, und das Aufbringen eines Oberflächenmusters wäre kontraproduktiv.

98 In der angefochtenen Entscheidung hat sich die Beschwerdekammer darauf gestützt, dass diese Waren zweckmäßigerweise in einer Verpackung mit einem reliefartigen Oberflächenmuster verkauft werden, um eine sicherere und präzisere Handhabung zu erlauben.

99 Es stellt sich die Frage, ob die eventuelle Verwendung eines Oberflächenmusters auf der Verpackung von „künstlichen Gliedmaßen, Augen und Zähnen“ für die Anwendung der Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, ausreichend ist. Zunächst ist festzustellen, dass es sich um maßangefertigte Waren handelt, die also bestellt werden müssen. Sie werden im Allgemeinen von Angehörigen der Gesundheitsberufe bestellt. Die Beschwerdekammer hat auch in Rn. 19 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass sich diese Waren an Angehörige der Gesundheitsberufe richteten.

100 Außerdem ist festzustellen, dass es zwar wahrscheinlich ist, dass diese Waren in einer Verpackung geliefert werden, um zu verhindern, dass sie beim Transport beschädigt werden, und um sie bis zu ihrem Einsetzen zu schützen. Es handelt sich allerdings um Waren, die so schnell wie möglich eingesetzt werden, nachdem sie geliefert wurden. Da sie maßangefertigt sind, sind sie nicht dazu bestimmt, gelagert zu werden.

101 In Bezug auf die Ausführungen der Beschwerdekammer in Rn. 34 der angefochtenen Entscheidung, wonach „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“ zweckmäßigerweise in einer Verpackung mit einem reliefartigen Oberflächenmuster „verkauft“ würden, ist festzustellen, dass diese Waren, die zwangsläufig maßangefertigt werden, eher in einer Verpackung „geliefert“ als in einer Verpackung „verkauft“ werden.

102 Es ist davon auszugehen, dass die potenzielle Verwendung eines Oberflächenmusters auf der Verpackung dieser Waren für die Annahme, dass das Oberflächenmuster mit dem Erscheinungsbild dieser Waren verschmilzt, nicht ausreicht, denn die Verpackung ist als eine bloße Transportverpackung anzusehen.

103 Das EUIPO hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass der Benutzer diese Waren, wenn sie nicht benutzt würden, verwahren müsse und dass er dies in ihrer Originalverpackung tun könne. Damit wird im Kern behauptet, dass es sich nicht um eine bloße Transportverpackung handele, sondern um eine Verpackung, die der Angehörige von Gesundheitsberufen, der die künstlichen Gliedmaßen, Augen und Zähne eingesetzt habe, dem Benutzer mitgebe und die von diesem aufbewahrt werde.

104 In Bezug auf künstliche Augen ist jedoch festzustellen, dass sie ununterbrochen verwendet werden, nachdem sie eingesetzt worden sind.

105 Zu künstlichen Zähnen ist festzustellen, dass sie, wenn sie nicht fest eingesetzt sind, sondern herausgenommen werden können, normalerweise in einem Wasserglas oder einem speziellen Behälter, der dazu bestimmt ist, mit Wasser gefüllt zu werden, aufbewahrt werden. Es wäre unpraktisch, sie in ihrer Originalverpackung aufzubewahren, denn diese kann normalerweise nicht mit Wasser gefüllt werden.

106 Was künstliche Gliedmaßen anbelangt, hat das EUIPO nichts vorgetragen, was die Annahme zulässt, dass der Benutzer von dem Angehörigen von Gesundheitsberufen, der die künstlichen Gliedmaßen angebracht hat, deren Originalverpackung erhält und die Gliedmaßen, wenn sie nicht benutzt werden, darin aufbewahrt.

107 Dem darauf gerichteten Vorbringen des EUIPO in der mündlichen Verhandlung kann daher nicht gefolgt werden.

108 Auf „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“ hat die Beschwerdekammer damit zu Unrecht die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, angewendet. Bei diesen Waren kann bezüglich des Erscheinungsbilds der Verpackung nämlich nicht angenommen werden, dass es mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmilzt, so dass die Möglichkeit, dass ein Oberflächenmuster auf der Verpackung verwendet wird, für eine Anwendung dieser Rechtsprechung nicht ausreichen kann.

109 Sodann ist zum „chirurgischen Nahtmaterial, chirurgischen Nahtmaterial für operative Zwecke“ festzustellen, dass es wenig wahrscheinlich ist, dass diese Waren selbst ein Oberflächenmuster haben, und dass die Beschwerdekammer ihre Argumentation nicht auf eine mögliche Verwendung eines Oberflächenmusters auf diesen Waren selbst gestützt hat.

110 Die Beschwerdekammer hat in Rn. 34 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass diese Waren Medizinprodukte seien, die mit besonderer Sorgfalt behandelt werden müssten, und dass sie zweckmäßigerweise in einer Verpackung mit einem Oberflächenmuster verkauft würden, um eine sicherere und präzisere Handhabung zu erlauben.

111 Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Nahtmaterial ist nämlich nicht zerbrechlich, so dass es nicht zweckmäßig erscheint, es in einer Verpackung mit einem reliefartigen Oberflächenmuster zu verkaufen, um eine sicherere Handhabung zu erlauben. In Anbetracht der Art dieser Medizinprodukte scheint es zudem wenig wahrscheinlich, dass ihre Verpackung ein Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufweist, und die Beschwerdekammer hat ihre Argumentation auch nicht auf eine eventuelle Verwendung eines Oberflächenmusters zu dekorativen Zwecken auf der Verpackung von Nahtmaterial gestützt.

112 Es ist damit wenig wahrscheinlich, dass „chirurgisches Nahtmaterial, chirurgisches Nahtmaterial für operative Zwecke“ entweder auf den Waren selbst oder auf ihrer Verpackung ein Oberflächenmuster aufweisen. Aus diesem Grund hat die Beschwerdekammer die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Unrecht auf „chirurgisches Nahtmaterial, chirurgisches Nahtmaterial für operative Zwecke“ angewendet.

113 Zu den „Bekleidungsstücken, Kopfbedeckungen“ und „Gürteln“, „Schals“ und „Halstüchern“ in Klasse 25 ist festzustellen, dass es sich um Artikel aus dem Bereich der Mode handelt. Diese haben oft Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken. Der Behauptung der Klägerin, dass Gürtel außer an der Gürtelschnalle regelmäßig kein Muster hätten, kann nicht gefolgt werden. Es ist bekannt, dass Gürtel oft Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufweisen. Jedenfalls ist es nicht wenig wahrscheinlich, dass sie ein Oberflächenmuster aufweisen.

114 Die Beschwerdekammer hat daher die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, zu Recht auf folgende Waren der Klasse 25 angewendet: „Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen“, „Gürtel“, „Schals“ und „Halstücher“.

115 Schließlich ist in Bezug auf die von der internationalen Marke erfassten Waren in Klasse 18 Folgendes festzustellen.

116 In Bezug auf „Reise- und Handkoffer“ und „Geldbörsen; Taschen; Handtaschen; Dokumentenkoffer; Hüfttaschen; Kleidersäcke für die Reise; Schlüsseletuis (Lederwaren); Kosmetikkoffer; Kulturbeutel; Kulturtaschen; Reisetaschen; Rucksäcke“ ist festzustellen, dass es sich um Waren handelt, die über ihre primäre Funktion hinaus dadurch, dass sie zum äußeren Erscheinungsbild des betreffenden

Verbrauchers beitragen, eine ästhetische Funktion erfüllen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. November 2014, Vans/HABM [Darstellung einer Wellenlinie], T-53/13, EU:T:2014:932, Rn. 54 [nicht veröffentlicht]).

117 Wie das Gericht bereits entschieden hat, können die verschiedenen Taschen- und Lederwaren der Klasse 18 als zum Bereich der Mode im weiteren Sinne gehörend betrachtet werden (vgl. Urteil vom 6. November 2014, Darstellung einer Wellenlinie, T-53/13, EU:T:2014:932, Rn. 55 [nicht veröffentlicht] und die dort angeführte Rechtsprechung).

118 „Regenschirme, Sonnenschirme und Spazierstöcke“ können ebenfalls als zum Bereich der Mode im weiteren Sinne gehörend betrachtet werden, da sie vom Verbraucher verwendet werden können, um ein bestimmtes äußeres Erscheinungsbild abzugeben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. November 2014, Darstellung einer Wellenlinie, T-53/13, EU:T:2014:932, Rn. 61 [nicht veröffentlicht] und die dort angeführte Rechtsprechung).

119 Die internationale Marke betrifft auch „Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit in Klasse 18 enthalten“ der Klasse 18. In Bezug auf die letztgenannten Waren, d. h. Waren aus Leder und Lederimitationen, soweit in Klasse 18 enthalten, ist festzustellen, dass sie im Allgemeinen auch Modeartikel sind.

120 Außerdem ist festzustellen, dass sowohl Modeartikel im weiteren Sinne als auch „Peitschen, Pferdegeschirre und Sattlerwaren“ mit verschiedenen Arten von Dekorationen verziert werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. November 2014, Darstellung einer Wellenlinie, T-53/13, EU:T:2014:932, Rn. 62 [nicht veröffentlicht]).

121 Es ist daher nicht wenig wahrscheinlich, dass diese Waren Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufweisen.

122 Des Weiteren hat die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt, dass die oben in den Rn. 116 und 118 bis 120 genannten Waren gewöhnlich so konzipiert sind, dass sie vom Verbraucher an einem Griff oder anderen Teilen getragen werden. Somit ist es nicht wenig wahrscheinlich, dass diese Waren an den jeweiligen Stellen ein reliefartiges Oberflächenmuster aufweisen, um die Handhabung zu verbessern.

123 In Bezug auf „Leder und Lederimitationen“ ist ebenfalls festzustellen, dass sie Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufweisen können. Wie das EUIPO in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ohne dass ihm die Klägerin insoweit widersprochen hätte, schließen „Leder und Lederimitationen“ bearbeitete Produkte ein. Es ist daher nicht wenig wahrscheinlich, dass diese Waren Oberflächenmuster zu dekorativen Zwecken aufweisen.

124 Hingegen bezeichnen die Begriffe „Häute und Felle“ („animal skins, hides“ in der englischen Fassung und „cuirs d’animaux, pelleteries“ in der französischen Fassung) Waren im Rohzustand, die kein Oberflächenmuster aufweisen, wie die Klägerin zu Recht festgestellt hat. In Bezug auf „Felle“ ist außerdem festzustellen, dass es sich um Tierhäute handelt, die mit Fell bedeckt sind. Es ist schwer vorstellbar, dass auf eine mit Fell bedeckte Tierhaut ein Oberflächenmuster aufgebracht werden kann.

125 Des Weiteren ist festzustellen, dass, wenn „Häute und Felle“ in einer Verpackung geliefert werden, es sich dabei normalerweise um eine bloße Transportverpackung handelt. Die mögliche Verwendung eines Oberflächenmusters auf einer solchen Verpackung hat nicht zur Folge, dass das betreffende Zeichen mit dem Erscheinungsbild der Waren „Häute und Felle“ verschmilzt.

126 Die Beschwerdekammer hat daher auf „Häute und Felle“ zu Unrecht die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, angewendet.

127 Auf die anderen Waren der Klasse 18 hat die Beschwerdekammer diese Rechtsprechung hingegen zu Recht angewendet.

128 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf folgende Waren aufzuheben ist: „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“, „chirurgisches Nahtmaterial; chirurgisches Nahtmaterial für operative Zwecke“ und „Häute und Felle“. Auf diese Waren hat die Beschwerdekammer zu Unrecht die Rechtsprechung zu Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Waren verschmelzen, angewendet, so dass sie sich auf falsche Prüfungskriterien gestützt hat.

Zur angeblichen erheblichen Abweichung des in Rede stehenden Zeichens von der Norm und der Branchenüblichkeit

129 Bezüglich der anderen von der internationalen Marke erfassten Waren ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer zu Recht angenommen hat, dass das in Rede stehende Zeichen nicht erheblich von den Normen und der Branchenüblichkeit abweiche.

130 Wie die Beschwerdekammer festgestellt hat, besteht das in Rede stehende Zeichen aus horizontalen und vertikalen Wellenlinien, die sich kreuzen und eine identische Form haben.

131 Es handelt sich um ein einfaches Muster, das aus einer einfachen Kombination von sich wiederholt kreuzenden Wellenlinien besteht. Wie die Beschwerdekammer festgestellt hat, ist der von dem Zeichen hervorgerufene Gesamteindruck banal und geht nicht über die Summe der Bestandteile, aus denen sich das Zeichen zusammensetzt, hinaus.

132 Der Behauptung der Klägerin, dass die das Zeichen bildenden Formen bereits für sich genommen ungewöhnlich seien und dass das Muster in der von ihm hervorgerufenen Gesamtwirkung originell und ungewöhnlich sei, kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin beschränkt sich insoweit auf eine allgemeine Behauptung, ohne mit Beweisen zu untermauern, was an der einfachen Kombination von Wellenlinien als „originell“ und „ungewöhnlich“ anzusehen sein könnte.

133 Außerdem zeigt, wie die Beschwerdekammer festgestellt hat, die allgemeine Erfahrung, dass sich auf der Oberfläche aufgebrachte Muster durch eine sehr große Zahl verschiedener Dessins auszeichnen. Die Beschwerdekammer hat ebenfalls zutreffend festgestellt, dass auf der Oberfläche aufgebrachte Muster oft aus simplen geometrischen Gestaltungen wie Punkten, Kreisen, Rechtecken oder Linien bestehen, wobei die Letztgenannten gerade sein oder zickzack- oder wellenförmig auf- und absteigen können.

134 Die Beschwerdekammer hat angenommen, dass der von dem untersuchten Zeichen hervorgerufene Gesamteindruck allenfalls unerheblich von der betreffenden Branchenüblichkeit abweiche und dass die maßgeblichen Verkehrskreise das in Rede stehende Zeichen daher als ein einfaches Oberflächenmuster und nicht als Angabe einer besonderen betrieblichen Herkunft wahrnähmen.

135 Die Klägerin macht hierzu geltend, dass die Beschwerdekammer keinerlei Nachweis für ihre Behauptung liefere, dass sich das in Rede stehende Zeichen nicht deutlich von anderen Oberflächenmustern, die im Verkehr für die beanspruchten Waren benutzt würden, unterscheide. Dieses Zeichen oder ähnliche Zeichen würden für die in Rede stehenden Waren nicht verwendet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdekammer könne nicht unterstellt werden, dass das Zeichen oder ein ähnliches Zeichen üblicherweise zu dekorativen oder technischen Zwecken auf den in Rede stehenden Waren verwendet würde.

136 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass, wenn ein Kläger geltend macht, eine Anmeldemarke habe entgegen der vom EUIPO vorgenommenen Beurteilung Unterscheidungskraft, es Sache des Klägers ist, durch konkrete und fundierte Angaben darzulegen, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft

entweder von Haus aus besitzt oder durch Benutzung erworben hat (Urteil vom 25. Oktober 2007, Develey/HABM, C-238/06 P, EU:C:2007:635, Rn. 50). Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass er in Anbetracht seiner vertieften Kenntnis des Marktes hierzu viel besser in der Lage ist (Urteil vom 29. Juni 2015, Grupo Bimbo/HABM [Form einer mexikanischen Tortilla], T-618/14, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:440, Rn. 32).

137 In Bezug auf das Vorbringen der Klägerin, dass sich die Beschwerdekammer nicht auf allgemeine Aussagen bezogen auf alle Waren- oder Dienstleistungsgebiete hätte beschränken dürfen, sondern sich konkret auf die verschiedenen in Rede stehenden Waren hätte beziehen müssen, ist Folgendes festzustellen.

138 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer in den Rn. 33 bis 36 der angefochtenen Entscheidung die Unterscheidungskraft des Zeichens für die verschiedenen in Rede stehenden Waren geprüft. Außerdem ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt hat, dass sich Oberflächenmuster durch eine sehr große Zahl verschiedener Dessins auszeichneten, und zum anderen darauf, dass diese Feststellung nicht auf einen bestimmten Bereich beschränkt ist.

139 Es trifft zwar zu, wie die Klägerin hervorhebt, dass die Beschwerdekammer keine konkreten Beispiele anderer Oberflächenmuster angeführt hat, die im Verkehr für die in Rede stehenden Waren verwendet werden und dem in Rede stehenden Zeichen ähnlich sind. Es ist jedoch festzustellen, dass die Beschwerdekammer nicht verpflichtet ist, solche Beispiele anzuführen. Zum einen ist die Beschwerdekammer nämlich, wenn sie sich auf Tatsachen stützt, die sich aus der allgemeinen praktischen Erfahrung mit der Vermarktung der in Rede stehenden Waren ergeben und die jeder kennen kann, nicht verpflichtet, konkrete Beispiele anzuführen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, Rn. 54). Zum anderen ist zwar die Tatsache, dass eine Marke im Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung der betreffenden Waren oder Dienstleistungen verwendet werden kann, ein im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 relevantes Kriterium, doch ist es nicht dasjenige Kriterium, das für die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung maßgebend ist (vgl. Urteil vom 28. September 2010, Rosenruist/HABM [Darstellung zweier Kurven auf einer Hosentasche], T-388/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2010:410, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

140 Das Vorbringen der Klägerin, dass sie das einzige Unternehmen sei, das das in Rede stehende Zeichen verwende, ist nicht geeignet, nachzuweisen, dass eine deutliche Abweichung dieses Zeichens von den Normen und der Branchenüblichkeit vorliegt.

141 Die Klägerin hat vorliegend nichts vorgetragen, was die Feststellung der Beschwerdekammer, dass im Wesentlichen in Anbetracht der Banalität des in Rede stehenden Zeichens und der sehr großen Zahl verschiedener als Oberflächenmuster verwendeter Dessins keine deutliche Abweichung des Gesamteindrucks des in Rede stehenden Zeichens von den Normen und der Branchenüblichkeit bestehe, in Frage stellen könnte.

142 Die Klägerin hebt hervor, dass sie im Verwaltungsverfahren mehrere Hundert Produktabbildungen vorgelegt habe, auf denen kein Muster zu erkennen sei, das entweder mit dem in Rede stehenden Zeichen identisch oder diesem ähnlich sei.

143 Hierzu geht aus der Akte des EUIPO hervor, dass die Klägerin im Verwaltungsverfahren Ergebnisse (Bilder) von Recherchen vorgelegt hat, die sie in der Suchmaschine *Google* für folgende Schlagwörter durchgeführt hatte: „shoes“ (Schuhe) und „shoes logos“ (Schuhlogos). Für andere Waren als Schuhe hat die Klägerin im Verwaltungsverfahren keine Beispiele geliefert.

144 Es ist festzustellen, dass es unter den von der Klägerin vorgelegten Schuhbildern fast keine Bilder gibt, auf denen Laufsohlen von Schuhen abgebildet sind. Diese Bilder sind daher nicht geeignet, Aufschluss über die Oberflächenmuster zu geben, die im Verkehr auf Laufsohlen von Schuhen verwendet werden.

Da ein Oberflächenmuster insbesondere reliefartig auf der Laufsohle eines Schuhs angebracht werden kann, um seine Haftung zu verbessern (vgl. oben, Rn. 70), sind die von der Klägerin vorgelegten Bilder nicht geeignet, das Vorliegen einer deutlichen Abweichung des in Rede stehenden Zeichens von den Normen und Üblichkeiten der Schuhbranche zu belegen.

145 In der Klageschrift hat die Klägerin auch einige Bilder von Schuhinnensohlen vorgelegt. Ohne dass über die Zulässigkeit dieser Beweismittel, die erstmals vor dem Gericht vorgelegt worden sind, entschieden werden muss, ist festzustellen, dass diese Bilder jedenfalls nicht geeignet sind, das Vorliegen einer deutlichen Abweichung des in Rede stehenden Zeichens von den Normen und der Branchenüblichkeit zu belegen. Sämtliche Bilder zeigen nämlich die Oberseite der Innensohlen. Die Beschwerdekammer hat jedoch zutreffend festgestellt, dass Innensohlen ein Oberflächenmuster haben könnten, um insbesondere die Haftung der Innensohle am Schuh zu verbessern. Bilder, die nicht die Unterseite der Innensohlen zeigen, sind daher nicht geeignet, das Vorliegen einer deutlichen Abweichung des in Rede stehenden Zeichens von den Normen und der Branchenüblichkeit zu belegen.

146 Für die anderen in Rede stehenden Waren hat die Klägerin keine Bilder zum Nachweis der Normen und der Branchenüblichkeit vorgelegt. Sie beschränkt sich auf allgemeine Behauptungen, wonach Oberflächenmuster bei diesen Waren nicht üblich seien oder die auf dem Markt vorhandenen Oberflächenmuster dem in Rede stehenden Zeichen nicht ähnlich seien.

147 Diese Behauptungen sind nicht geeignet, das Vorliegen einer deutlichen Abweichung des Zeichens von den Normen und der Branchenüblichkeit zu belegen.

148 Zum Vorbringen der Klägerin, wonach im Bereich der Klasse 25 Logos und geometrische Muster regelmäßig als Herkunftshinweis dienten, ist zunächst festzustellen, dass keines der von der Klägerin in den Rn. 14 und 15 der Erwiderung angeführten Beispiele eine sich wiederholende Sequenz von Bestandteilen betrifft, die die Merkmale eines Oberflächenmusters aufweist.

149 Zudem geht aus der Rechtsprechung hervor, dass, wenn das Erscheinungsbild von Waren einer bestimmten Branche oder eines Elements dieser Waren als Herstellerhinweis dient, dies nur deshalb so ist, weil das Erscheinungsbild einer ausreichenden Zahl dieser Waren oder ihrer Elemente erheblich von der Branchennorm oder -üblichkeit abweicht. Dies bedeutet keineswegs, dass das Erscheinungsbild einer Ware oder eines Elements einer Ware dieser Branche, das, was diese anbelangt, nicht erheblich von der Norm abweicht, dazu geeignet wäre, die maßgeblichen Verkehrskreise auf die Herkunft dieser Ware hinzuweisen (Beschluss vom 13. September 2011, Wilfer/HABM, C-546/10 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:574, Rn. 56).

150 Des Weiteren bedeutet der Umstand, dass bestimmte Zeichen von den Verbrauchern als Marke erkannt werden, nicht zwangsläufig, dass sie originäre Unterscheidungskraft haben. Eine Marke kann nämlich durch Benutzung über einen gewissen Zeitraum Unterscheidungskraft erlangen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. September 2010, Darstellung zweier Kurven auf einer Hosentasche, T-388/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2010:410, Rn. 33).

151 Die Erwägungen in den vorstehenden Rn. 149 und 150 gelten auch in Bezug auf das Vorbringen der Klägerin, wonach die Verbraucher bei Schuhen daran gewöhnt seien, dass der Hersteller seine Waren an bestimmten Stellen stets mit derselben Marke kennzeichne.

152 Was schließlich das Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung betrifft, wonach sie Anspruch auf Eintragung der Marke habe, wenn diese unterscheidungskräftig sei, genügt die Feststellung, dass die Prüfung der Anmeldung einer Marke oder des Antrags auf Erstreckung des Schutzes einer internationalen Marke auf die Union trotzdem streng und vollständig sein muss, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken und einen ungerechtfertigten Schutz in der Union zu

verhindern. Es besteht daher keine Vermutung für die Eintragungsfähigkeit einer Marke (Urteil vom 11. Juni 2009, Baldesberger/HABM [Form einer Pinzette], T-78/08, nicht veröffentlicht, EU:T:2009:199, Rn. 36).

153 Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass in Anbetracht der Banalität des in Rede stehenden Zeichens und der sehr großen Zahl verschiedener als Oberflächenmuster verwendeter Dessins die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, dass es keine deutliche Abweichung des in Rede stehenden Zeichens von der Norm oder der Branchenüblichkeit gegeben habe. Sie hat daher zu Recht festgestellt, dass die maßgeblichen Verkehrskreise das Zeichen als einfaches zu dekorativen oder technischen Zwecken angebrachtes Oberflächenmuster und nicht als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft wahrnähmen.

154 Nach alledem ist die angefochtene Entscheidung in Bezug auf folgende Waren aufzuheben: „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“, „chirurgisches Nahtmaterial; Nahtmaterial für operative Zwecke“ (Klasse 10) sowie „Häute und Felle“ (Klasse 18) (vgl. oben, Rn. 128).

155 Bezüglich der übrigen von der internationalen Marke erfassten Waren ist der einzige von der Klägerin geltend gemachte Klagegrund hingegen zurückzuweisen und die Klage daher abzuweisen.

Kosten

156 Nach Art. 134 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts trägt in einem Fall, in dem jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, jede Partei ihre eigenen Kosten. Das Gericht kann jedoch entscheiden, dass eine Partei außer ihren eigenen Kosten einen Teil der Kosten der Gegenpartei trägt, wenn dies in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt erscheint.

157 Da die angefochtene Entscheidung für eine begrenzte Zahl von Waren aufgehoben wird, erscheint es im vorliegenden Fall gerechtfertigt, zu entscheiden, dass die Klägerin neben ihren eigenen Kosten die Hälfte der Kosten des EUIPO trägt. Das EUIPO trägt die Hälfte seiner eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Amts der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) vom 15. Mai 2014 (Sache R 1952/2013-1) wird in Bezug auf folgende Waren aufgehoben: „künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne“, „chirurgisches Nahtmaterial; Nahtmaterial für operative Zwecke“ sowie „Häute und Felle“.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Die Birkenstock Sales GmbH trägt neben ihren eigenen Kosten die Hälfte der Kosten des EUIPO. Das EUIPO trägt die Hälfte seiner eigenen Kosten.**

Dittrich Schwarcz Tomljenović

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 9. November 2016.

Der Kanzler
E. Coulon

Der Präsident