Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

17. Januar 2018*

„Unionsmarke – Verfallsverfahren – Unionsbildmarke, die ein Kreuz auf der Seite eines Sportschuhs darstellt – Positionsmarke – Ernsthafte Benutzung der Marke – Art. 15 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 (jetzt Art. 18 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung [EU] 2017/1001)“

In der Rechtssache T-68/16,

Deichmann SE mit Sitz in Essen (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin C. Onken,

Klägerin,

gegen

Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO), vertreten durch D. Gája als Bevollmächtigten,

Beklagter,

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

Munich, SL mit Sitz in Capellades (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte J. Güell Serra und M. del Mar Guix Vilanova,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des EUIPO vom 4. Dezember 2015 (Sache R 2345/2014-4) zu einem Verfallsverfahren zwischen Deichmann und Munich

erlässt

DAS GERICHT (Vierte Kammer),

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kanninen sowie der Richter J. Schwarcz (Berichterstatter) und C. Iliopoulos,

Kanzler: X. Lopez Bancalari, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 15. Februar 2016 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 11. April 2016 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des EUIPO,

* Verfahrenssprache: Englisch.

aufgrund der am 29. Juli 2016 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 2017

folgendes

Urteil

Sachverhalt

1 Am 6. November 2002 meldete die Streithelferin, die Munich, SL, nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Unionsmarke [ABl. 2009, L 78, S. 1] in geänderter Fassung, wiederum 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 Bildmarke war wie folgt dargestellt:



3 Die Waren, für die die Marke angemeldet wurde, gehörten 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 an und entsprachen der Beschreibung „Sportschuhe“.

4 Die Marke wurde am 24. März 2004 unter der Nummer 2923852 eingetragen.

5 Im Rahmen einer Verletzungsklage der Streithelferin vor dem Landgericht Düsseldorf (Deutschland) gegen die Klägerin, die Deichmann SE, erhob Letztere am 29. Juni 2010 eine Widerklage gemäß Art. 100 Abs. 1, Art. 51 Abs. 1 Buchst. a und Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 128 Abs. 1, Art. 58 Abs. 1 Buchst. a und Art. 59 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung 2017/1001). Das Landgericht Düsseldorf teilte dem EUIPO die Erhebung der Widerklage ordnungsgemäß mit, und das Amt vermerkte diese Tatsache gemäß Art. 100 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 128 Abs. 4 der Verordnung 2017/1001) im Register für Unionsmarken. Am 26. Oktober 2010 setzte das Landgericht Düsseldorf die Verletzungsklage gemäß Art. 100 Abs. 7 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 128 Abs. 7 der Verordnung 2017/1001) aus und forderte die Klägerin auf, innerhalb einer Frist von drei Monaten beim EUIPO die Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit zu beantragen.

6 Am 26. Januar 2011 beantragte die Klägerin beim EUIPO gemäß Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 die Erklärung des Verfalls der fraglichen Marke mit der Begründung, dass die betreffende Marke insbesondere innerhalb der fünf Jahre vor der Erhebung der Widerklage für die Waren, für die sie eingetragen sei, nicht ernsthaft in der Union genutzt worden sei (Sache 5141 C,

Gegenstand der vorliegenden Klage). Außerdem beantragte die Klägerin am selben Tag beim EUIPO wegen absoluter Nichtigkeitsgründe gemäß Art. 52 Abs. 1 Buchst. a derselben Verordnung die Erklärung der Nichtigkeit der betreffenden Marke (Sache 5143 C).

7 Am 31. Januar 2011 forderte das EUIPO die Streithelferin auf, die Beweise für die Benutzung der streitigen Marke vorzulegen. Am 28. April 2011 legte die Streithelferin eine Reihe von Benutzungsnachweisen vor. Es handelte sich in einer ersten Anlage um Rechnungen vom 26. Januar 2006 bis zum 26. Januar 2011 der Berneda SA, einem mit der Streithelferin verbundenen Unternehmen, dem diese die Benutzung der betreffenden Marke gestattet hatte. Diese Rechnungen waren an Kunden in verschiedenen Mitgliedstaaten gerichtet und nahmen auf Nummern bestimmter Schuhmodelle Bezug. Die Streithelferin hatte für jeden Mitgliedstaat Tabellen beigefügt, die einen Bezug zwischen den Nummern der verkauften Schuhmodelle und den in einem zweiten Anhang enthaltenen entsprechenden Katalogeinträgen herstellten. Dieser Anhang enthielt allgemeine und Saisonkataloge von 2006 bis 2011, die Fotografien von Schuhen darstellten, deren Modellnummern denjenigen der Rechnungen entsprachen, die im ersten Anhang enthalten waren. Die Streithelferin gab an, sie habe verstanden, dass der maßgebliche Zeitraum die fünf Jahre vor dem Antrag auf Erklärung des Verfalls beim EUIPO seien. Sollte das EUIPO jedoch annehmen, dass der maßgebliche Zeitraum die fünf Jahre vor dem Datum der Erhebung der Widerklage vor dem Landgericht Düsseldorf seien, könne sie ergänzende Unterlagen vorlegen, die eine Benutzung der fraglichen Marke im Zeitraum vom 29. Juni 2005 bis zum 26. Januar 2006 belegten. Am 29. April 2011 legte sie außerdem für bestimmte zusätzliche Rechnungen des Unternehmens Berneda, die den Zeitraum vom 25. August 2009 bis zum 26. Januar 2011 betrafen, eine sechsseitige Tabelle mit wechselseitigen Bezugnahmen zwischen jeder Rechnung und jedem verkauften Schuhmodell und den in den Katalogen im oben genannten zweiten Anhang enthaltenen Modellnummern vor.

8 Am 25. Juni 2014 erklärte die Streithelferin, dass sie sich „vorsorglich“ auch auf Unterlagen berufe, die sie im Rahmen eines anderen Verfahrens, auf das sie Bezug nahm, dem EUIPO vorgelegt habe.

9 Mit Entscheidung vom 7. August 2014 gab die Nichtigkeitsabteilung dem Antrag auf Erklärung des Verfalls statt, sprach den Verfall der streitigen Marke ab dem 26. Januar 2011 aus und verurteilte die Streithelferin zur Tragung der Kosten. Im Wesentlichen führte sie aus, die vorgelegten Beweise hätten den Nachweis einer ernsthaften Benutzung der genannten Marke im maßgeglichen Zeitraum – den sie, ohne dies zu begründen, für den Zeitraum von fünf Jahren vor der Einreichung des Antrags auf Erklärung des Verfalls beim EUIPO hielt – nicht erbracht. Insbesondere war die Nichtigkeitsabteilung der Ansicht, dass die vorgelegten Beweise Benutzungssituationen von Formen betrafen, die sich von der streitigen Marke durch Merkmale unterschieden, die ihre Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 18 Abs. 1 der Verordnung 2017/1001) änderten.

10 Am 10. September 2014 legte die Streithelferin gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung Beschwerde ein.

11 Mit Entscheidung vom 4. Dezember 2015 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Vierte Beschwerdekammer des EUIPO die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung auf und wies den Antrag auf Erklärung des Verfalls zurück. Sie stellte fest, dass die Benutzungsnachweise die Benutzung der streitigen Marke für „Sportschuhe“ der Klasse 25, im maßgeblichen Zeitraum, den sie als den Zeitraum von fünf Jahren vor der Einreichung der Widerklage definierte, d. h. im Zeitraum vom 29. Juni 2005 bis zum 28. Juni 2010 (im Folgenden: maßgeblicher Zeitraum), nachwiesen.

12 Was insbesondere den Typ der fraglichen Marke betraf, nahm die Beschwerdekammer, nachdem sie festgestellt hatte, dass diese in der oben in Rn. 2 abgebildeten grafischen Darstellung bestehe, und nachdem sie sie detailliert beschrieben hatte, an, dass, „[s]oweit die grafische Darstellung die Marke definiert, … die Frage, ob es sich um eine Positionsmarke oder um eine Bildmarke handelt, nicht relevant [ist]“. Tatsächlich nähern sich die Positionsmarken nach Ansicht der Beschwerdekammer den

Bildmarken und den dreidimensionalen Marken an, soweit sie die Anbringung bildlicher und dreidimensionaler Elemente an der Oberfläche einer Ware vorsehen. Der für die Reichweite des Markenschutzes entscheidende Faktor sei nicht die Qualifizierung des betreffenden Zeichens als Bildzeichen, dreidimensionales oder Positionszeichen, sondern die Art, wie die Marke in Bezug auf die betreffenden Waren von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen werde. Diese Wahrnehmungsweise der Marke könne nur von der Art des Zeichens, wie es eingetragen worden sei, beeinflusst werden. Nach Ansicht der Beschwerdekammer strebt die streitige Marke „den Schutz eines Motivs in Form eines speziellen Kreuzes an, das an einer bestimmten Stelle der Oberfläche der bezeichneten Ware, nämlich eines Sportschuhs, platziert [ist]“. Die streitige Marke könne von der Form eines Teils dieser Ware, nämlich des oberen Teils eines Sportschuhs, nicht getrennt werden.

13 Dann prüfte die Beschwerdekammer die von der Streithelferin vorgelegten Beweise, die insbesondere in einer großen Zahl von Rechnungen und Warenkatalogen bestanden, und kam zu dem Schluss, dass diese insgesamt eine ernsthafte Benutzung der streitigen Marke, d. h. ihre tatsächliche wirtschaftliche Verwertung, beweisen, was den Umfang, die Dauer, die geografische Reichweite und die Art der Benutzung betreffe. Der Schlussfolgerung der Nichtigkeitsabteilung, nach der die Abbildungen in den zahlreichen von der Streithelferin vorgelegten Katalogen verschiedene Arten von Sportschuhen darstellten, an denen verschiedene gekreuzte Linien angebracht seien, die die Unterscheidungskraft der streitigen Marke veränderten, könne sie nicht zustimmen. Die Unterschiede zwischen der Marke, wie sie benutzt werde, und der streitigen Marke seien vielmehr „zu vernachlässigen, kaum oder sogar überhaupt nicht zu sehen“. Die Beschwerdekammer war der Ansicht, dass sie unter den Umständen des vorliegenden Falles für die Feststellung der ernsthaften Benutzung der streitigen Marke auch farbige Elemente berücksichtigen könne, obwohl die Marke in Schwarz-Weiß angemeldet worden sei.

14 Schließlich nahm die Beschwerdekammer zur Bestätigung ihrer Schlussfolgerungen auf bestimmte zusätzliche Elemente Bezug, wie ein Urteil des Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (Gemeinschaftsmarkengericht von Alicante, Spanien) vom 31. Juli 2007, „das beweist, dass die [fragliche] Marke im Bereich der Sportschuhe in Spanien als stark und renommiert angesehen wird“, oder andere Beweismittel, die sich auf einen Zeitraum nach dem 28. Juni 2010 beziehen und ihr zufolge eine „allgemeine Tendenz einer konstanten und ununterbrochenen Benutzung“ belegen, wie sie für den maßgeblichen Zeitraum bewiesen sei.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

15 Die Klägerin beantragt:

– die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

– dem EUIPO und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

16 Das EUIPO beantragt:

– die Klage abzuweisen;

– der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

17 Die Streithelferin beantragt:

– die Klage abzuweisen;

– die angefochtene Entscheidung zu bestätigen;

– der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

18 Die Klägerin führt drei Klagegründe an. Mit dem ersten Klagegrund rügt sie eine Verletzung von Art. 51 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009, da die Beschwerdekammer den Gegenstand der fraglichen Marke falsch beurteilt habe, indem sie angenommen habe, dass die Frage, ob es sich um eine Bildmarke oder um eine Positionsmarke handele, unerheblich sei. Mit dem zweiten Klagegrund macht sie eine Verletzung von Art. 51 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 dieser Verordnung geltend, da die Beschwerdekammer sich für die Feststellung, ob die fragliche Marke in ihrer eingetragenen Form oder in einer Form benutzt worden sei, die ihre Unterscheidungskraft nicht ändere, darauf beschränkt habe, nur einen Teil von ihr, nämlich zwei sich kreuzende Streifen, mit den Streifen auf den angeblich von der Streithelferin vermarkteten Sportschuhen zu vergleichen. Der dritte Klagegrund betrifft eine Verletzung von Art. 51 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009, da sich die angefochtene Entscheidung auf Schuhmodelle beziehe, deren Vermarktung durch die Streithelferin nicht nachgewiesen sei.

19 Es ist festzustellen, dass die Klägerin mit diesen Klagegründen im Wesentlichen geltend macht, dass sich die Beschwerdekammer über den Gegenstand der fraglichen Marke geirrt habe, und dass sie behauptet, dass diese nicht in der Form, in der sie eingetragen worden sei, verwendet worden sei, nämlich ihres Erachtens als Darstellung der Konturen eines Sportschuhs ohne Sohle mit zwei gekreuzten Streifen auf der Seite.

20 Wegen der Behauptungen der Klägerin im Rahmen ihres zweiten und ihres dritten Klagegrundes werden diese beiden Klagegründe gemeinsam geprüft werden, nachdem der erste Klagegrund geprüft worden ist.

21 Soweit im Übrigen die Streithelferin insbesondere die Bestätigung der angefochtenen Entscheidung beantragt, ist festzustellen, dass in Anbetracht der Tatsache, dass eine „Bestätigung der angefochtenen Entscheidung“ einer Abweisung der Klage entspricht, der zweite Antrag der Klägerin letztlich auf eine Klageabweisung gerichtet ist und somit ihrem ersten Klageantrag entspricht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Februar 2016, Kicktipp/HABM – Italiana Calzature [kicktipp], T-135/14, EU:T:2016:69, Rn. 19 [nicht veröffentlicht] und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zum ersten Klagegrund

22 Die Klägerin trägt vor, die fragliche Marke sei nicht in der Markenkategorie „sonstige“ angemeldet worden und könne nicht als „Positionsmarke“, sondern nur als Bildmarke angesehen werden. Sie werde durch ihre grafische Darstellung, wie sie sich aus der Eintragungsurkunde ergebe, definiert, ohne dass die „Wahrnehmung der Öffentlichkeit“ insoweit eine entscheidende Rolle spiele. Es handele sich nicht um „irgendeinen gewöhnlichen Sportschuh“ oder um einen Schuh „mit Sohlen“. Dass die Konturen der Abbildung eines Schuhs, die die fragliche Marke bildeten, als gestrichelte Linien dargestellt seien, habe keine besondere Bedeutung. Ebenso sei die Bezugnahme der Streithelferin auf die Tatsache, dass der Zeitrang der unter der Nr. 1658216 eingetragenen spanischen „Positionsmarke“ für die fragliche Marke vom EUIPO anerkannt worden sei, für die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits folgenlos. In ihrem Antrag auf mündliche Verhandlung vom 5. September 2016 hat die Klägerin auf eine Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des EUIPO vom 6. Juli 2016 (Sache R 408/2015-4) Bezug genommen. Sie hat behauptet, dass diese Sache der vorliegenden Sache entspreche und dass die Marke, die zwei parallele Linien, die mehrfach ihre Richtung änderten, auf der Seite eines Sportschuhs darstelle, als Bildmarke und nicht als „Positionsmarke“ angesehen worden sei. In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin geltend gemacht, dass ihre Bezugnahme auf die genannte Entscheidung zulässig sei, weil diese in der Verfahrenssprache, nämlich auf Englisch, auf der Internetseite des EUIPO veröffentlicht sei.

23 Das EUIPO und die Streithelferin treten den Ausführungen der Klägerin entgegen. In der mündlichen Verhandlung hat die Streithelferin außerdem geltend gemacht, dass die Bezugnahme der Klägerin auf die Entscheidung der Beschwerdekammer vom 6. Juli 2016 unzulässig sei, weil diese zum einen nicht vollständig in der Verfahrenssprache dargestellt worden sei und weil die Klägerin zum anderen nicht ausreichend begründet habe, warum diese Entscheidung im vorliegenden Fall zu berücksichtigen sei.

24 Nach dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 wird die Unionsmarke auf Antrag beim Amt oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren für verfallen erklärt, wenn die Marke innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren in der Union für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, nicht ernsthaft benutzt worden ist und keine berechtigten Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen.

25 Gemäß Regel 22 Abs. 3 und 4 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. 10 Abs. 3 und 4 der Delegierten Verordnung [EU] 2017/1430 der Kommission vom 18. Mai 2017 zur Ergänzung der Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates über die Unionsmarke und zur Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 2868/95 der Kommission und der Verordnung [EG] Nr. 216/96 der Kommission [ABl. 2017, L 205, S. 1]), die gemäß Regel 40 Abs. 5 derselben Verordnung (jetzt Art. 19 Abs. 1 der Verordnung 2017/1430) auf Verfahren zur Erklärung des Verfalls entsprechend anwendbar ist, besteht der Nachweis der Benutzung aus Angaben über Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Marke und beschränkt sich nach Möglichkeit auf die Vorlage von Beweisstücken wie Verpackungen, Etiketten, Preislisten, Kataloge, Rechnungen, Fotografien, Zeitungsanzeigen und auf die in Art. 78 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 97 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung 2017/1001) genannten schriftlichen Erklärungen.

26 Bei der Auslegung des Begriffs der ernsthaften Benutzung ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzeszweck der Voraussetzung der ernsthaften Benutzung der Marke weder in der Bewertung des wirtschaftlichen Erfolgs noch in der Kontrolle der wirtschaftlichen Strategie eines Unternehmens oder darin besteht, den Markenschutz nur wirtschaftlich umfangreichen Benutzungen vorzubehalten (vgl. Urteil vom 27. September 2007, La Mer Technology/HABM – Laboratoires Goëmar [LA MER], T-418/03, nicht veröffentlicht, EU:T:2007:299, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Wie der Rechtsprechung zu entnehmen ist, wird eine Marke ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion – die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, zu garantieren – benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen. Ferner wird mit der Bedingung einer ernsthaften Benutzung der Marke verlangt, dass die Marke, so wie sie in dem fraglichen Gebiet geschützt ist, öffentlich und nach außen benutzt wird (vgl. Urteil vom 6. Oktober 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/HABM – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 Die Frage, ob die Benutzung der Marke ernsthaft ist, ist anhand sämtlicher Umstände zu prüfen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird; dazu gehören insbesondere Verwendungen, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen werden, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu behalten oder zu gewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke (vgl. Urteil vom 10. September 2008, Boston Scientific/HABM – Terumo [CAPIO], T-325/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2008:338, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29 Die ernsthafte Benutzung einer Marke lässt sich außerdem nicht mit Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen nachweisen, sondern sie muss auf konkreten und objektiven Umständen beruhen, die eine tatsächliche und ausreichende Benutzung der Marke auf dem betreffenden Markt belegen

(vgl. Urteil vom 23. September 2009, Cohausz/HABM – Izquierdo Faces [acopat], T-409/07, nicht veröffentlicht, EU:T:2009:354, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung). Es ist eine umfassende Beurteilung unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren vorzunehmen, die eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den zu berücksichtigenden Faktoren impliziert (vgl. Urteil vom 18. Januar 2011, Advance Magazine Publishers/HABM – Capela & Irmãos [VOGUE], T-382/08, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:9, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

30 Es ist daran zu erinnern, dass es nicht möglich ist, von vornherein und abstrakt zu bestimmen, ab welcher mengenmäßigen Grenze eine Benutzung als ernsthaft anzusehen ist, und dass ein Mindestmaß der Benutzung, das das EUIPO oder auf eine entsprechende Klage hin das Gericht daran hindern würde, sämtliche Umstände des ihnen unterbreiteten Streitfalls zu würdigen, nicht festgesetzt werden kann. Daher kann eine selbst geringfügige Benutzung, wenn sie wirtschaftlich tatsächlich gerechtfertigt ist, als ausreichend angesehen werden, um das Vorliegen der Ernsthaftigkeit zu belegen (Urteil vom 11. Mai 2006, Sunrider/HABM, C-416/04 P, EU:C:2006:310, Rn. 72).

31 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass gemäß den Bestimmungen von 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) der Nachweis der ernsthaften Benutzung einer älteren nationalen oder Unionsmarke auch den Nachweis der Benutzung der älteren Marke in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, die die Unterscheidungskraft der Marke nicht beeinflussen, einschließt.

32 Was die Qualifizierung einer Marke als „Positionsmarke“ anbelangt, ist festzustellen, dass weder die Verordnung Nr. 207/2009 noch die Verordnung Nr. 2868/95 solche Marken als besondere Markenkategorien erwähnen. Da jedoch Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 4 der Verordnung 2017/1001) keine abschließende Aufzählung der Zeichen enthält, die Unionsmarken sein können, ist dieser Umstand für die Eintragungsfähigkeit von „Positionsmarken“ ohne Bedeutung (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juni 2010, X Technology Swiss/HABM [Orange Einfärbung des Zehenbereichs einer Socke], T-547/08, EU:T:2010:235, Rn. 19).

33 Es ist ferner festzustellen, dass „Positionsmarken“ den Kategorien der Bildmarken und dreidimensionalen Marken nahestehen, da sie die Anbringung von Bild- oder dreidimensionalen Elementen auf der Produktoberfläche zum Gegenstand haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juni 2010, Orange Einfärbung des Zehenbereichs einer Socke, T-547/08, EU:T:2010:235, Rn. 20). Aus derselben Rechtsprechung ergibt sich, dass für die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft die Einstufung einer „Positionsmarke“ als eine Bildmarke, eine dreidimensionale Marke oder eine eigene Kategorie von Marken ohne Bedeutung ist (Urteil vom 15. Juni 2010, Orange Einfärbung des Zehenbereichs einer Socke, T-547/08, EU:T:2010:235, Rn. 21).

34 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung die Möglichkeit anerkennt, dass Bildmarken in Wirklichkeit „Positionsmarken“ sind (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. April 2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, Rn. 13, und vom 28. September 2010, Rosenruist/HABM [Darstellung von zwei Kurven auf einer Tasche], T-388/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2010:410, Rn. 2 und 17).

35 Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass die Streithelferin auf dem von ihr eingereichten Anmeldeformular ausdrücklich angegeben hat, dass sie eine Bildmarke anmelde, indem sie das hierfür vorgesehene Kästchen angekreuzt hat, und nicht diejenigen, die für „Wortmarken“, „dreidimensionale“ oder „sonstige“ Marken vorgesehen sind. Außerdem wurde weder vorgetragen noch ergibt es sich aus der Akte, dass die Anmeldeformulare für Unionsmarken zur Zeit der Anmeldung der fraglichen Marke ein besonderes Kästchen für sogenannte „Positionsmarken“ vorsahen. Zudem steht fest, dass die fragliche Marke nur für die Waren „Sportschuhe“ angemeldet wurde. Es ist möglich, einen gewissen Zusammenhang zwischen der fraglichen Marke und dem Erscheinungsbild der von ihr erfassten Waren nachzuweisen, da die Marke durch eine besondere grafische Gestaltung in Form eines Kreuzes auf der Seite eines Sportschuhs dargestellt ist, wobei dessen genaue Konturen für die

Marke nicht beansprucht werden, da sie gestrichelt erscheinen. Es ist weiter festzustellen, dass das fragliche Kreuz einen farblichen Kontrast zum Sportschuh selbst bildet und unterhalb der Schuhbänder platziert ist.

36 Entgegen der Ansicht der Klägerin kann allein aus dem Umstand, dass bei der Anmeldung der fraglichen Marke das Kästchen „Bildmarke“ angekreuzt worden ist, nicht geschlossen werden, dass diese Marke nicht zugleich als „Positionsmarke“ angesehen werden kann. In dieser letzten Hinsicht ist insbesondere die Tatsache zu berücksichtigen, dass ihre grafische Darstellung das Element, dessen Schutz beantragt wird, klar und in durchgezogenen Linien bezeichnet und gestrichelt die Konturen der fraglichen Waren, auf denen es angebracht ist. Außerdem ist festzustellen, dass es zum hier maßgeblichen Zeitpunkt kein formelles Erfordernis gab, dem Formular einer Markenanmeldung eine verbale Beschreibung beizufügen, damit die Marke als „Positionsmarke“ angesehen werden kann. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass die fragliche Marke, auch wenn sie als Marke dieses Typs anzusehen ist, zugleich eine Bildmarke bleibt.

37 In der mündlichen Verhandlung hat sich die Klägerin außerdem auf die Prüfungsrichtlinien für Unionsmarken des EUIPO berufen, um geltend zu machen, dass es bei „Positionsmarken“ notwendig sei, eine Beschreibung der Marke beizufügen, der die Position der Marke auf der fraglichen Ware zu entnehmen ist, und ausdrücklich anzugeben, dass es sich um eine „Positionsmarke“ handelt. Insoweit ist jedoch festzustellen, ohne dass überhaupt geprüft zu werden braucht, ob sich diese Bezugnahme auf die zum Zeitpunkt der Anmeldung der fraglichen Marke geltende Fassung der EUIPO-Richtlinien bezog, dass derartige Richtlinien nach der Rechtsprechung keine für die Auslegung der Bestimmungen des Unionsrechts verbindlichen Rechtsakte darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Dezember 2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, Rn. 48).

38 Der Vollständigkeit halber ist als zusätzliches Indiz für die Annahme, dass es sich bei der fraglichen Marke um eine „Positionsmarke“ handelt, hinzuzufügen, dass, wie das EUIPO und die Streithelferin vor dem Gericht zu Recht geltend gemacht haben, die Streithelferin auf der Grundlage der spanischen Marke mit der Nummer 1658216, die am 27. September 1991 angemeldet und am 5. Juni 1992 eingetragen worden ist, deren grafische Darstellung mit derjenigen der fraglichen Marke übereinstimmte und die darüber hinaus eine Beschreibung enthielt, der zu entnehmen war, dass die Marke in der Darstellung eines Kreuzes auf der Seite eines Sportschuhs bestand, eine Priorität beansprucht hatte.

39 Außerdem ist die Behauptung der Klägerin zu prüfen, die Beschwerdekammer habe die fragliche Marke in der Weise interpretiert, dass sie Elemente umfasse, die nicht Teil von ihr seien und die „willkürlich“ hinzugefügt würden, wie etwa Sohlen, was den Voraussetzungen widerspreche, die sich insbesondere aus den Rn. 48 bis 55 des Urteils vom 12. Dezember 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), ergäben und die die grafische Darstellung einer Marke beträfen.

40 Insoweit genügt die Feststellung, dass vorliegend unmittelbar und mit hinreichender Genauigkeit aus der grafischen Darstellung der fraglichen Marke abgeleitet werden kann, dass Schutz nur für ein Kreuz, bestehend aus zwei übereinanderliegenden schwarzen Linien, die in durchgezogenen Strichen dargestellt sind, beansprucht wurde. Dagegen sind die „gestrichelten“ Linien, die die Konturen des Sportschuhs und seiner Schuhbänder bilden, als Hinweis auf die Platzierung des Kreuzes zu verstehen. Das gilt unabhängig von der Art der an diesen Schuhen befestigten Sohlen, ob diese normal oder gewellt sind, wie die Beschwerdekammer zutreffend in Rn. 20 ihrer angefochtenen Entscheidung festgestellt hat.

41 Gestrichelte Linien werden nämlich regelmäßig in vergleichbaren Situationen in dieser Weise verwendet, d. h. in Bezug auf verschiedene Waren, an denen eine Marke angebracht ist, ohne zwangsläufig im Detail alle Konturen oder anderen Eigenschaften dieser Waren anzugeben (Urteile vom 7. Februar 2007, Kustom Musical Amplification/HABM [Form einer Gitarre], T-317/05, EU:T:2007:39, entsprechend vom 14. Juni 2011, Sphere Time/HABM – Punch [An einem

Schlüsselband befestigte Uhr], T-68/10, EU:T:2011:269, Rn. 62 bis 64, vom 26. Februar 2014, Sartorius Lab Instruments/HABM [Gelber Bogen am unteren Rand einer Anzeigeeinheit], T-331/12, EU:T:2014:87, und vom 14. März 2014, Lardini/HABM [Anbringung einer Blume an einem Kragen], T-131/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:129; vgl. ebenfalls in diesem Sinne Urteil vom 4. Dezember 2015, K-Swiss/HABM [Darstellung paralleler Streifen auf einem Schuh], T-3/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:937, und entsprechend 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).

42 Im vorliegenden Fall hatte die Verwendung gestrichelter Linien eindeutig das Ziel, das Verständnis der Tatsache zu erleichtern, dass die fragliche Marke nur den Schutz des in durchgezogenen Strichen dargestellten Kreuzes, und zwar in einer bestimmten Position auf den Sportschuhen, bezweckte. Im Übrigen ergibt sich aus dem Urteil vom 12. November 2013, Gamesa Eólica/HABM – Enercon (Grünabstufung) (T-245/12, nicht veröffentlicht, EU:T:2013:588, Rn. 38), dass keine Regel dazu verpflichtet, die Konturen des Zeichens mit gestrichelten Linien darzustellen, um gegebenenfalls anzugeben, dass diese Konturen vom Schutz nicht umfasst sind. Die Tatsache, dass im vorliegenden Fall gestrichelte Linien verwendet worden sind, kann so verstanden werden, dass damit eine bessere Abgrenzung der fraglichen Marke ermöglicht wurde.

43 Daraus kann geschlossen werden, dass die fragliche Marke zwar eine Darstellung eines Kreuzes in Form von zwei übereinanderliegenden schwarzen Linien in durchgezogenen Strichen schützen soll, dieser Schutz aber nicht abstrakt, sondern für die Anbringung der fraglichen grafischen Darstellung auf der Seite eines Sportschuhs beansprucht wird, wie es sich aus dem Anmeldeformular ergibt, mit einem Farbkontrast in Bezug auf den Schuh selbst. Die Form des Schuhs als solche wird, ebenso wenig wie die Art der verwendeten Sohlen, von der Marke erfasst.

44 Unter diesen Umständen konnte die Beschwerdekammer entgegen der Ansicht der Klägerin zu Recht annehmen, dass, „[s]oweit die grafische Darstellung die Marke definiert, die Frage, ob es sich um eine Positionsmarke oder um eine Bildmarke handelt, nicht relevant [ist]“ (siehe oben, Rn. 12). Die Beschwerdekammer ist außerdem zu Recht von der Annahme ausgegangen, dass die fragliche Marke nicht von der Form eines Teils der Ware, für die sie geschützt war, nämlich dem oberen Teil eines Sportschuhs, getrennt werden könne und dass der entscheidende Faktor für die Reichweite des Schutzes die Art und Weise sei, wie sie allein auf der Grundlage des Zeichens, wie es eingetragen sei, wahrgenommen werde.

45 Im Übrigen ist festzustellen, dass dieser Schlussfolgerung der Hinweis der Klägerin auf die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des EUIPO vom 6. Juli 2016 (Sache R 408/2015-4) nicht entgegensteht. Denn sie betrifft tatsächliche und rechtliche Umstände, die von denjenigen der vorliegenden Sache abweichen.

46 Insoweit sind die Kritik der Streithelferin am Fehlen einer Übersetzung der genannten Entscheidung in die Verfahrenssprache sowie ihre Behauptung, dass der Hinweis der Klägerin auf diese Entscheidung unzulässig sei, als unbegründet zurückzuweisen. Zum einen hat die Klägerin nämlich den relevanten Teil in ihrem Antrag auf mündliche Verhandlung vom 5. September 2016 direkt ins Englische übersetzt. Zum anderen ist diese Entscheidung vollständig in englischer Sprache auf der Internetseite des EUIPO veröffentlicht. Auf eine Frage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung hat die Streithelferin übrigens bestätigt, dass sie den Wortlaut dieser Entscheidung zur Kenntnis genommen hat.

47 Sodann ist festzustellen, dass, anders als im vorliegenden Fall, in der Sache, die zu der Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des EUIPO vom 6. Juli 2016 geführt hat, die von der Markenanmeldung erfassten Waren nicht auf „Sportschuhe“ beschränkt waren, sondern auch andere Waren der Klasse 25, wie „Bekleidungsstücke, … Kopfbedeckungen, Gürtel oder Handschuhe“, umfassten. Die Frage, ob die Marke, die in einer Art grafischer Darstellung zweier paralleler Linien, die mehrfach ihre Richtung ändern, auf der Seite eines Sportschuhs bestand, stellte sich deshalb auf

andere Art und Weise als im vorliegenden Fall, in dem festgestellt worden ist, dass die fragliche Marke von der Form eines Teils der Ware, nämlich des oberen Teils eines Sportschuhs, nicht getrennt werden kann (siehe oben, Rn. 12 und 44).

48 Unter diesen Umständen erlaubt der Hinweis der Klägerin auf Rn. 17 der Entscheidung in der Sache R 408/2015-4, wo festgestellt wurde, dass es sich um eine Bildmarke und nicht um eine „Positionsmarke“ handele, keine Analogie zum vorliegenden Fall. Außerdem hat die Beschwerdekammer des EUIPO in Rn. 18 dieser Entscheidung jedenfalls erklärt, dass die Frage, ob die angemeldete Marke als „Positionsmarke“ anzusehen sei, für ihre Analyse nicht relevant sei.

49 In Anbetracht des Vorstehenden ist zu schließen, dass die Beschwerdekammer vorliegend keinen Fehler begangen hat, indem sie geprüft hat, ob die Sportschuhe, deren Verkäufe durch verschiedene Nachweise der ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke nachgewiesen waren, eine grafische Darstellung umfassten, die in einem Motiv in Form eines speziellen Kreuzes auf einem bestimmten Teil der Oberfläche der bezeichneten Ware bestand und die gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 als identisch mit oder als dem sich aus der Darstellung der fraglichen Marke ergebenden grafischen Element entsprechend angesehen werden konnte.

50 Der erste Klagegrund ist zurückzuweisen.

Zum zweiten und zum dritten Klagegrund

51 Mit ihrem zweiten Klagegrund macht die Klägerin geltend, die Beschwerdekammer hätte prüfen müssen, ob die fragliche Marke, die in der Gesamtabbildung eines Sportschuhs mit gekreuzten Streifen bestehe, auf Schuhen oder in Verbindung mit Schuhen benutzt worden sei. Ihrer Ansicht nach erscheint diese Marke nicht auf den Schuhen in den vorgelegten Beweisstücken. Da die fragliche Marke eine Bildmarke sei, könne die Vermarktung von Schuhen, die so ähnlich aussähen, die Benutzung dieser Marke nicht nachweisen. Denn die durchschnittlichen Verbraucher seien nicht daran gewöhnt, von der Form einer Ware auf ihre Herkunft zu schließen. Außerdem hätten sich die von der Streithelferin tatsächlich verkauften Schuhe jedenfalls erheblich von dem Schuh unterschieden, der von der fraglichen Marke dargestellt werde. Die Klägerin macht außerdem geltend, dass die fragliche Marke keine oder nur eine sehr geringe Unterscheidungskraft besitze, so dass jeder Unterschied in der Benutzung der Marke diese Unterscheidungskraft verändere.

52 Mit ihrem dritten Klagegrund macht die Klägerin geltend, dass nicht nachgewiesen sei, dass die Schuhmodelle REAGEE, TECNO und AVANT, auf die die Beschwerdekammer in ihrer angefochtenen Entscheidung Bezug genommen habe, vermarktet worden seien, und zwar selbst ungeachtet dessen, dass die betreffenden Modelle in einem oder mehreren der von der Streithelferin vorgelegten Kataloge abgebildet gewesen seien. Kein Verkauf sei nachgewiesen. Die einfache Abbildung in einem Katalog, dessen Verbreitung nicht nachgewiesen sei, genüge nicht als Nachweis für eine ernsthafte Benutzung einer Marke. Insbesondere erscheine das Modell MARCELO nur in einem Katalog von 2006, was höchstens beweise, dass die letzten Verkäufe dieses Modells im Januar 2007 stattgefunden hätten. Deshalb seien die Schlussfolgerungen der Beschwerdekammer, nach denen die genannten Beweise ausreichende Hinweise für den Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke darstellten, fehlerhaft.

53 Das EUIPO und die Streithelferin treten den Behauptungen der Klägerin entgegen.

54 In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die dem EUIPO von der Streithelferin vorgelegten Beweise insgesamt dazu geeignet sind, gemäß der oben in den Rn. 24 bis 30 angeführten Rechtsprechung eine ernsthafte Benutzung der fraglichen Marke zu beweisen.

55 Zunächst ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer in den Rn. 17 und 18 der angefochtenen Entscheidung als maßgeblichen Zeitraum unter Berücksichtigung des Wortlauts der Anträge der Klägerin zunächst im Rahmen der Widerklage und dann vor dem EUIPO zu Recht die fünf Jahre angesehen hat, die der Erhebung der Widerklage vorausgehen, d. h. den Zeitraum vom 29. Juni 2005 bis zum 28. Juni 2010.

56 Insoweit hat die Beschwerdekammer zu Recht angenommen, ohne dass dies übrigens im vorliegenden Fall bestritten worden wäre, dass der Antrag auf Erklärung des Verfalls vor dem EUIPO eine unmittelbare Folge der Widerklage der Klägerin im Rahmen der gegen sie gerichteten Verletzungsklage der Streithelferin vor dem Landgericht Düsseldorf gewesen sei und dass jede Benutzung der fraglichen Marke, nachdem der Streithelferin die Widerklage zugestellt worden sei, „mit der größten Zurückhaltung“ zu beurteilen sei. Die Kammer hat außerdem in Rn. 18 der angefochtenen Entscheidung zu Recht angenommen, dass die zum Beweis der ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke nach dem maßgeblichen Zeitraum vorgelegten Beweisstücke unter bestimmten Voraussetzungen Beweiskraft haben könnten, insbesondere soweit sie frühere Beweise stützen und eine über die Zeit konstante Benutzungstendenz und -art belegen könnten.

57 Außerdem hat die Beschwerdekammer entgegen den Behauptungen der Klägerin in den Rn. 19 bis 30 der angefochtenen Entscheidung zu Recht angenommen, dass die der Nichtigkeitsabteilung vorgelegten Beweise zum Nachweis der ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke ausreichten.

58 So ist erstens festzustellen, dass die unter den ersten drei Buchstaben von Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung genannten Beweise der Verkäufe durch die Streithelferin oder mit ihr verbundene Unternehmen, denen sie die Benutzung der fraglichen Marke gestattet hatte, von Sportschuhen der Modelle MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION und GALES, deren Abbildungen in Rn. 24 dieser Entscheidung dargestellt sind und deren konkrete Referenzen die Beschwerdekammer in der Verwaltungsakte des EUIPO angegeben hat, so wie dies dem Gericht mitgeteilt worden war, bereits die Schlussfolgerung zulassen, dass die Benutzung der Marke ein ausreichend großes und vielfältiges Gebiet abdeckte, nämlich das Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten der Union, insbesondere das Gebiet Spaniens (einschließlich mehrerer Städte wie Madrid, Barcelona Córdoba, Granada, Tarragona, Cádiz, Valencia, La Coruña und Gerona), Italiens, Portugals, Dänemarks, der Slowakei, Frankreichs und Ungarns (aus den Rechnungen ergibt sich auch für diese Länder, dass die Verkäufe in mehreren verschiedenen Städten stattfanden).

59 Zweitens stellt das Gericht fest, dass die zu diesen Sportschuhmodellen vorgelegten Rechnungen mehrere Jahre des maßgeblichen Zeitraums umfassen und diesen auch überschreiten, wie die Beschwerdekammer in Rn. 30 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat. So betreffen die Nachweise für die Schuhe des Modells MARCELO die Jahre 2006/2007, während sie für das Modell MUNDIAL REVOLUTION Benutzungen der fraglichen Marke in den Jahren 2007 bis 2011 betreffen. In gleicher Weise betreffen die Kataloge über die Modelle GALES die Jahre 2006 bis 2011.

60 Daraus ergibt sich eine über die Zeit ausreichend konstante Benutzung. Entgegen den Behauptungen der Klägerin beweisen diese Rechnungen nämlich eine tatsächliche, konstante und ununterbrochene Benutzung. Soweit außerdem die Klägerin den 26. Januar 2006 und nicht den 29. Juni 2005 (siehe oben, Rn. 7) als Beginn des maßgeblichen Zeitraums angenommen hat, so dass kein Nachweis den Beginn des maßgeblichen Zeitraums, d. h. den Zeitraum vom 29. Juni 2005 bis zum 26. Januar 2006, betrifft, ist dieser Umstand unerheblich, wie die Beschwerdekammer zu Recht angenommen hat. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es nämlich, dass eine Marke zumindest während eines Teils des maßgeglichen Zeitraums ernsthaft benutzt worden ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Dezember 2008, Deichmann-Schuhe/HABM – Design for Woman [DEITECH], T-86/07, nicht veröffentlicht, EU:T:2008:577, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

61 Was drittens den Umfang der Benutzung angelangt, hat die Beschwerdekammer in Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung zu Recht angenommen, dass die Nachweise in ihrer Gesamtheit eine reale wirtschaftliche Nutzung der Marke belegten, die nicht nur symbolisch sei, sondern auch nach Umfang und Konstanz ausreiche, um Marktanteile für die von der Marke geschützten Waren zu behalten oder zu gewinnen.

62 Insoweit sind die in Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung angegebenen Zahlen, deren Richtigkeit von der Klägerin vor dem Gericht nicht bestritten worden ist, den in Verbindung mit den Katalogen gelesenen Rechnungen zu entnehmen. Daraus ergibt sich, dass die Streithelferin zwischen 2006 und 2011 konstant eine erhebliche Zahl von Sportschuhen mit Kreuzen auf der Seite vermarktet hat, die nicht oder nur geringfügig von der fraglichen Marke abwichen, nämlich die Modelle MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION und GALES. Was konkret das erste Modell anbelangt, das in einem Katalog erscheint, betreffen die Verkäufe mehrere Dutzend Schuhe für einen Gesamtbetrag von Tausenden von Euro. Das zweite Modell erscheint in mehreren Katalogen und wurde mehrere Hundert Mal zu einem Gesamtpreis von mehreren Tausend Euro verkauft. Schließlich erscheint auch das dritte Modell in mehreren Katalogen. Diese Sportschuhe, deren Abbildung in Rn. 24 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben ist, haben auf der Seite des Schuhs ein gestaltetes Kreuz, das einen offensichtlichen Kontrast zu der übrigen Farbe des Schuhs bildet. Aufgrund der Position des Kreuzes sowie seiner anderen Eigenschaften ist zu schließen, dass alle drei Modelle eine Benutzung der fraglichen Marke belegen.

63 Zwar können die oben genannten Verkaufszahlen als nicht besonders hoch erscheinen. Sie belegen jedoch, wie in Rn. 28 der angefochtenen Entscheidung angegeben und im Einklang mit der oben in den Rn. 26 bis 30 angeführten Rechtsprechung, gemeinsam mit den Katalogen eine tatsächliche Benutzung. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass es weder dem EUIPO noch im Rahmen eines Rechtsmittels dem Gericht zukommt, den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens zu bewerten, seine wirtschaftliche Strategie zu kontrollieren oder den Markenschutz nur wirtschaftlich umfangreichen Benutzungen vorzubehalten.

64 Drittens ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer zu Recht angenommen hat, dass die von der Streithelferin vorgelegten Beweise in ihrer Gesamtheit den Nachweis der Benutzung einer identischen Marke oder einer Marke, die der eingetragenen ausreichend ähnlich ist, erbringen, ohne dass ihre Unterscheidungskraft verändert worden wäre. Es ist klarzustellen, dass es weder darum geht, zu prüfen, ob ein Etikett mit der fraglichen Marke an den fraglichen Waren angebracht worden ist, noch darum, die verkauften Schuhe mit dieser Marke einschließlich der gestrichelt angegebenen Elemente zu vergleichen.

65 Insoweit ist festzustellen, dass die Unterschiede zwischen der fraglichen Marke und den von der Streithelferin auf den Sportschuhen benutzten Varianten zu vernachlässigen sind. Entgegen den Behauptungen der Klägerin befindet sich nämlich das aus zwei übereinanderliegenden Streifen bestehende Kreuz an derselben Stelle und in derselben Position wie in der grafischen Darstellung der fraglichen Marke, nämlich auf der Außenseite des Schuhs, ausgehend von der Sohle oder dem unteren Bereich in Richtung der Schuhbänder. Mehrere als Beweis vorgelegte Fotografien beweisen eine entsprechende Benutzung der fraglichen Marke mit einer Linie des Kreuzes, die länger ist als die andere. Außerdem entsprechen die Breite der Linien sowie ihre Neigung bei einer großen Zahl der dem EUIPO als Beweis vorgelegten Schuhe im Wesentlichen dem, was sich aus der grafischen Darstellung der fraglichen Marke ergibt.

66 Auf einigen der als Beweis vorgelegten anderen Schuhe sind die verwendeten grafischen Gestaltungen nahezu identisch, auch wenn die Proportionen und die verwendete Farbe des Kreuzes variieren können. Diese Elemente ändern jedoch, wie die Beschwerdekammer zu Recht angenommen hat, nicht die unterscheidenden Merkmale der fraglichen Marke, die in Schwarz-Weiß eingetragen ist, da die Farbe nicht als einer der wesentlichen Faktoren angesehen werden kann, die dieser Marke ihre Unterscheidungskraft verleihen. Insbesondere kann vorliegend die Benutzung verschiedener Farben

berücksichtigt werden, solange der Kontrast zwischen der Grundfarbe und den Linien, die das Kreuz bilden, respektiert wird. In diesem Sinne steht die Tatsache, dass einige der fraglichen Schuhe sich als „Negativbild“ mit einem Kreuz in Weiß, in Gelb oder in einer anderen blassen Farbe darstellen, der Feststellung nicht entgegen, dass eine solche Benutzung, solange das Kreuz in seiner Position und in seinen Dimensionen der fraglichen Marke entspricht, für die Zwecke der Prüfung des vorliegenden Falls relevant bleibt.

67 Die Tatsache, dass einige Schuhe auch andere grafische Elemente enthalten, an die sich die Verbraucher erinnern könnten und die möglicherweise eine autonome Unterscheidungskraft haben, wie etwa eine Sohle oder ein gefärbter und vom Rest des Schuhs getrennter hinterer Teil eines Schuhs, Stollen, ein Absatz, der sich durch seine Farbe vom Rest des Schuhs unterscheidet, eine „Krokodillederoptik“, eine „rote Abdeckung über den Schuhbändern“ oder bei einigen Schuhen zusätzliche verbale Elemente, steht der Feststellung der ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke nicht entgegen.

68 Aus der Rechtsprechung ergibt sich nämlich, dass die Voraussetzung einer „ernsthaften Benutzung“ einer Marke im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 erfüllt sein kann, wenn die Marke nur in Verbindung mit anderen Elementen, die neben ihr stehen oder sie sogar überlagern, benutzt wird, sofern die Marke weiterhin als Hinweis auf die Herkunft der betreffenden Ware wahrgenommen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juli 2013, Specsavers International Healthcare u. a., C-252/12, EU:C:2013:497, Rn. 19 bis 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

69 Außerdem ist hinzuzufügen, dass sich im vorliegenden Fall aus den Nachweisen ergibt, dass das auf verschiedenen Schuhen verwendete und aus zwei sich überlagernden Streifen bestehende Kreuz klar und unabhängig von der möglichen Anwesenheit der anderen von der Klägerin genannten Elemente wahrnehmbar ist. Die Beschwerdekammer hat in Rn. 25 der angefochtenen Entscheidung zu Recht angenommen, dass die Darstellung dieses Motivs, abgesehen von zu vernachlässigenden, kaum sichtbaren oder sogar unsichtbaren Unterschieden wie der genauen Länge der Striche des Kreuzes, der Breite der Linien oder dem genauen Winkel ihrer Neigung, mit der Darstellung der fraglichen Marke nahezu identisch ist. Ebenso hat das EUIPO vor dem Gericht zu Recht geltend gemacht, dass die Klägerin, abgesehen von der Aufzählung einiger zusätzlicher Elemente an den auf den Fotos dargestellten Schuhen, kein Argument zur Erklärung, wie diese Elemente die Unterscheidungskraft der fraglichen Marke ändern würden, vorgetragen hat. Wie das EUIPO vorträgt, stehen diese zusätzlichen Elemente nicht in Wechselwirkung mit dem Kreuz, das das von der fraglichen Marke geschützte unterscheidende Element darstellt.

70 Was viertens die Kritik der Klägerin im Rahmen des dritten Klagegrundes an der angeblichen Unzulänglichkeit der Beweise für bestimmte Schuhmodelle, nämliche die Modelle REAGEE, TECNO und AVANT, betrifft, ist festzustellen, dass die Klägerin nicht die Tatsache bestreitet, dass diese Schuhmodelle, auf die auch die Beschwerdekammer in Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen hat, in einem oder mehreren der von der Streithelferin vorgelegten Kataloge dargestellt worden sind. Sie macht lediglich geltend, dass nichts darauf hinweise, dass die Verkäufe tatsächlich stattgefunden hätten.

71 Insoweit ist jedoch festzustellen, dass die Darstellung der Waren in den Katalogen als zusätzliches Indiz für die ernsthafte Benutzung einer Marke berücksichtigt werden kann, da es sich um eine Benutzung der fraglichen Marke öffentlich und nach außen oder zumindest um eine Vorbereitung einer solchen Benutzung handelt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Oktober 2004, VITAKRAFT, T-356/02, EU:T:2004:292, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 4. Juli 2014, Construcción, Promociones e Instalaciones/HABM – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales [CPI COPISA INDUSTRIAL], T-345/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:614, Rn. 21). Folglich können die Nachweise für die Modelle REAGEE, TECNO und AVANT, ohne für sich allein als ausschlaggebend angesehen werden zu können, gleichwohl zur Bestätigung der oben in den Rn. 57 bis 63 bereits geprüften Tatsachen herangezogen werden.

72 Darüber hinaus ist, was das Sportschuhmodell MARCELO betrifft, bereits festgestellt worden, dass die Tatsache, dass die Nachweise den Zeitraum 2006/2007 betrafen, d. h. einen relativ kurzen Zeitraum, nicht impliziert, dass es sich um irrelevante Elemente handelt. Wie die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, sind sie vielmehr gemäß Rn. 30 des Urteils vom 10. September 2008, Boston Scientific/HABM – Terumo (CAPIO) (T-325/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2008:338), oben in Rn. 28 angeführt, im Rahmen einer Gesamtschau zur Feststellung der ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke zu berücksichtigen.

73 Was fünftens die von der Klägerin behauptete schwache Unterscheidungskraft der fraglichen Marke anbelangt, genügt der Hinweis, dass es – anders als in der Rechtssache, die zu dem Beschluss vom 26. April 2012, Deichmann/HABM (C-307/11 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2012:254, Rn. 52), geführt hat, den die Klägerin in der mündlichen Verhandlung zitiert hat und der ein anderes grafisches Element, nämlich die Darstellung eines „mit gestrichelten Linien umsäumten Winkels“ betraf – vorliegend keine Elemente gab, die beweisen, dass die fragliche Marke geringe Unterscheidungskraft hat. Insbesondere wurde, anders als in der genannten Rechtssache, nicht nachgewiesen, dass die fragliche Marke eine einfache und banale Form darstellt, die nicht wesentlich von den im Schuhsektor allgemein gebräuchlichen Formen abweicht, oder dass sie ausschließlich als dekoratives oder verstärkendes Element für die bezeichneten Waren wahrgenommen wird.

74 Außerdem ist bereits festgestellt worden, dass die fragliche Marke häufig in einer Form benutzt worden ist, die mit der eingetragenen Form identisch oder dieser sehr ähnlich ist, wodurch eine tatsächliche Benutzung dieser Marke nachgewiesen ist, selbst wenn man annähme, dass ihre Unterscheidungskraft eher schwach ist. Für den Fall, dass die Behauptung der Klägerin als ein Bestreiten jeglicher Unterscheidungskraft der fraglichen Marke zu verstehen wäre, genügt die Feststellung, dass diese Behauptung im Rahmen eines Verfahrens zur Erklärung des Verfalls, in dem die Rechtsgültigkeit einer Marke nicht in Frage gestellt werden kann, unerheblich ist.

75 Im Übrigen ist die Unterscheidungskraft der fraglichen Marke auch vom Juzgado de marca comunitaria d’Alicante (Gemeinschaftsmarkengericht von Alicante) in einem Urteil vom 31. Juli 2007, Munich SL, Berneda SL und Bernher SL/Umbro SL und Umbro Int. Ltd, festgestellt worden, auf das sowohl die Beschwerdekammer in Rn. 29 der angefochtenen Entscheidung als auch die Streithelferin in Rn. 13 ihres Streithilfeschriftsatzes Bezug genommen haben und in dem festgestellt wurde, dass die fragliche Marke in Spanien als stark oder als im Bereich der Sportschuhe sehr unterscheidungskräftig angesehen werden könne.

76 Damit sind auch der zweite und der dritte Klagegrund und somit das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

Kosten

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

78 Da die Klägerin mit ihren Anträgen unterlegen ist, sind ihr gemäß den Anträgen des EUIPO und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Deichmann SE trägt die Kosten des Amts der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) und von Munich, SL.

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 17. Januar 2018.

Unterschriften