



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Achte Kammer)

24. Februar 2016\*

„Gemeinschaftsmarke — Anmeldung einer dreidimensionalen Gemeinschaftsmarke — Form einer Konturflasche ohne Riffelung — Absolutes Eintragungshindernis — Fehlende Unterscheidungskraft — Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 — Keine durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft — Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009“

In der Rechtssache T-411/14

**The Coca-Cola Company** mit Sitz in Atlanta, Georgia (USA), Prozessbevollmächtigte: D. Stone, A. Dykes, Solicitors, und S. Malynicz, Barrister,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 27. März 2014 (Sache R 540/2013-2) in einem Verfahren der Anmeldung eines dreidimensionalen Zeichens in Form einer Konturflasche als Gemeinschaftsmarke

erlässt

DAS GERICHT (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten D. Gratsias, der Richterin M. Kancheva und des Richters C. Wetter (Berichterstatter),

Kanzler: I. Dragan, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 10. Juni 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

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

auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2015

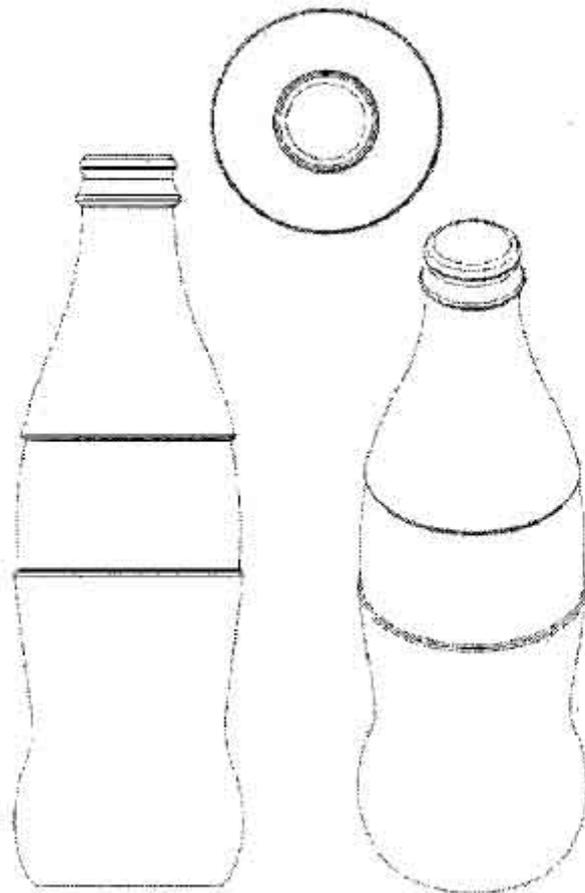
folgendes

\* Verfahrenssprache: Englisch.

## Urteil

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Am 29. Dezember 2011 meldete die Klägerin, The Coca-Cola Company, nach der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.
- 2 Dabei handelt es sich um folgendes dreidimensionale Zeichen:



- 3 Die Marke wurde für folgende Waren der Klassen 6, 21 und 32 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 6: „Unedle Metalle und deren Legierungen; Baumaterialien aus Metall; Schlosserwaren und Kleisenwaren; Waren aus Metall, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Flaschen aus Metall“;
  - Klasse 21: „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Glas- und Plastikflaschen“;

- Klasse 32: „Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer sowie andere Getränke ohne Alkohol; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“.
- 4 Am 23. Januar 2012 teilte die Prüferin der Klägerin mit, dass sie deren Anmeldung aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 für einen Teil der betreffenden Waren, nämlich für folgende, zurückweisen müsse:
- Klasse 6: „Waren aus Metall, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Flaschen aus Metall“;
  - Klasse 21: „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Glas- und Plastikflaschen“;
  - Klasse 32: „Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer sowie andere Getränke ohne Alkohol; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“.
- 5 Am 23. März 2012 teilte die Klägerin dem HABM mit, dass sie an ihrer Anmeldung für alle beanspruchten Waren festhalte. Dabei machte sie geltend, dass das angemeldete Zeichen Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 erlangt habe. Am 19. Oktober 2012 trug die Klägerin ihre Argumente gegen den ursprünglichen Standpunkt der Prüferin vor, nachdem ihr zuvor die ihr zur Zusammenstellung und zur Vorlage aller Unterlagen zur Untermauerung ihres Vorbringens gesetzte Frist verlängert worden war.
- 6 Am 23. Januar 2013 wies die Prüferin die Anmeldung zurück. Sie war nach Prüfung der von der Klägerin vorgetragenen Argumente und der vorgelegten Beweismittel der Auffassung, dass der angemeldeten Marke für die betreffenden Waren die Unterscheidungskraft fehle. Die Prüferin stellte zunächst fest, dass die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke unter die absoluten Eintragungshindernisse des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 falle, und wies dann auch die auf Art. 7 Abs. 3 der Verordnung gestützte Anmeldung der Klägerin zurück.
- 7 Am 20. März 2013 legte die Klägerin gegen die Entscheidung der Prüferin beim HABM Beschwerde ein.
- 8 Mit Entscheidung vom 27. März 2014 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Zweite Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass dem angemeldeten Zeichen für die beanspruchten Waren die Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 fehle.
- 9 Nach Auffassung der Beschwerdekammer sind die betreffenden Waren für den täglichen Konsum bestimmt und sprechen hauptsächlich die breite Öffentlichkeit an. Berücksichtige man, dass die fraglichen Waren in Massenproduktion hergestellt würden, sei der Durchschnittsverbraucher dieser Waren nicht besonders aufmerksam und habe „wahrscheinlich eine ungenaue Erinnerung an die Markenwaren“.
- 10 Was die Unterscheidungskraft betrifft, beschrieb die Beschwerdekammer die angemeldete Marke zunächst. Danach verglich sie sie mit Abbildungen aus der Mitteilung über Eintragungshindernisse der Prüferin und kam zu dem Ergebnis, dass die Prüferin zutreffend davon ausgegangen sei, dass der Anmeldemarke in Bezug auf die betreffenden Waren jegliche Unterscheidungskraft fehle.

- 11 Die Beschwerdekammer vertrat die Ansicht, die Summe der Merkmale des fraglichen Gefäßes verleihe der angemeldeten Marke keine Unterscheidungskraft, da sie für die Formen der betreffenden Waren der Klassen 6 und 21 und für die Aufmachung der betreffenden Waren der Klasse 32 üblich seien. Daher bestätigte sie das Ergebnis der Prüferin, dass die fragliche Form sich nicht erheblich von den Grundformen dieser Waren und ihrer Aufmachung unterscheide.
- 12 Die Beschwerdekammer nahm im Hinblick auf den Vortrag der Klägerin, dass die Anmeldemarke als die „Konturflasche ohne Riffelung“ anzusehen sei, die von den maßgeblichen Verkehrskreisen mit ihrer berühmten emblematischen Flasche (im Folgenden: Konturflasche mit Riffelung) in Verbindung gebracht werde, da nach Auffassung dieser Verkehrskreise die Anmeldemarke deren Weiterentwicklung darstelle, einen Vergleich zwischen diesen beiden Flaschen vor.
- 13 Die Beschwerdekammer kam im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass die beiden Flaschen zwar Ähnlichkeiten aufwiesen, aber einen unterschiedlichen Gesamteindruck hervorriefen. Insoweit legte sie besonderes Augenmerk auf die Riffelung als einen blickfangmäßigen Bestandteil der Konturflasche mit Riffelung. Daher wies sie das Vorbringen zurück, dass die Anmeldemarke als natürliche Weiterentwicklung der Konturflasche mit Riffelung anzusehen sei. Die angemeldete Marke müsse unter Berücksichtigung der Wahrnehmung dieses Zeichens durch die maßgeblichen Verkehrskreise beurteilt werden, ohne davon auszugehen, dass diese einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang zwischen diesem Zeichen und der Konturflasche mit Riffelung herstellten, für die die Klägerin weltweit anerkannt sei.
- 14 Angesichts dessen kam die Beschwerdekammer durch Untersuchung der Eigenschaften der angemeldeten Marke zu dem Schluss, dass diese nicht hinreichend von der Norm und der betreffenden Branchenüblichkeit abweiche, um es den maßgeblichen Verkehrskreisen zu ermöglichen, die betriebliche Herkunft der Waren unmittelbar und direkt zu erkennen. Im Ergebnis sei die angemeldete Marke daher nicht unterscheidungskräftig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009.
- 15 Zu Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 führte die Beschwerdekammer aus, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass die angemeldete Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.
- 16 Die Beschwerdekammer äußerte erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der von der Klägerin vorgelegten Umfragen und insbesondere ihrer Quelle, weil diese nicht von dem in den Umfragen angegebenen anerkannten Marktforschungsinstitut durchgeführt worden seien, sondern von einem ehemaligen Direktor dieses Instituts, der unabhängiger Berater für Marktforschung geworden sei. Außerdem enthielten die Umfragen Suggestivfragen, und die jeweiligen Prozentsätze ließen sich nicht richtig summieren (bei der Addition bestimmter Prozentsätze übersteige das Ergebnis 100 %). Abgesehen von diesen Zweifeln seien die Umfragen zudem in weniger als der Hälfte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und erst nach dem Zeitpunkt der Einreichung der Markenmeldung durchgeführt worden.
- 17 Zu den von der Klägerin angegebenen Umsätzen und Verkaufszahlen stellte die Beschwerdekammer fest, dass diese sich auch bei Berücksichtigung der Zeugenaussage der Marketingberaterin der Tochtergesellschaft der Klägerin in Frankreich auf alle Tätigkeiten der Klägerin und nicht auf die Anmeldemarke bezögen.
- 18 Nahezu das gesamte Werbematerial betreffe nicht die Anmeldemarke, sondern die anderen Flaschen oder Dosen der Klägerin und insbesondere ihre berühmte Konturflasche mit Riffelung.

- 19 Auch das Vorbringen der Klägerin, dass die angemeldete Marke infolge ihrer Benutzung als Teil einer anderen Marke Unterscheidungskraft erlangt habe, wies die Beschwerdekammer zurück. Der vorliegende Fall unterscheide sich von den von der Klägerin insoweit angeführten Rechtssachen. Außerdem sei die Wahrnehmung des maßgeblichen Verbrauchers bei Formen nicht zwangsläufig dieselbe wie bei Wortbestandteilen.
- 20 Nach Auffassung der Beschwerdekammer ist es unter Berücksichtigung der Merkmale des angemeldeten Zeichens, der Art der betreffenden Waren und der in den vorgelegten Beweismitteln dargestellten Marketingstrategie nicht unerheblich, dass vorliegend die Konturflasche ohne Riffelung mit einem Etikett verkauft werden konnte. Insoweit könne zwar eine auf eine Marke ausgerichtete Marketingstrategie der Erlangung von Unterscheidungskraft nicht entgegenstehen, die vorgelegten Beweismittel zeigten aber, wie die fraglichen Waren unter der angemeldeten Marke im Hinblick auf die maßgeblichen Verkehrskreise vermarktet worden seien. Diese die Marketingstrategie betreffenden Erwägungen könnten bei der Beurteilung der Wahrnehmung der angemeldeten Marke durch das Publikum nicht unberücksichtigt bleiben.
- 21 Zwar habe die Klägerin erheblich in die Werbung investiert und die vorgelegten Verkaufszahlen seien sehr hoch, aber in Bezug auf die tatsächliche Wahrnehmung der angemeldeten Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise seien die Beweismittel insgesamt weder ausreichend noch überzeugend.
- 22 Was andere Waren als Getränke ohne Alkohol betreffe, lägen nahezu keine Beweise für die Erlangung von Unterscheidungskraft durch Benutzung vor. Zum Kauf von „Glas- und Plastikflaschen“ und „Küchengeräten“ sei gar kein Beweis vorgelegt worden.
- 23 Außerdem war die Beschwerdekammer der Auffassung, die Unterlagen der Klägerin betreffend den chronologischen Überblick für die Getränke ohne Alkohol zeigten Abbildungen der Konturflasche mit Riffelung, und die meisten von ihnen enthielten dem Anschein nach Abbildungen, die außerhalb der Union (insbesondere in den USA) oder an unbekanntem Orten aufgenommen worden seien, oder es handele sich um Texte, die außerhalb der Union oder an unbekanntem Orten geschrieben worden seien. Daher könnten diese Unterlagen nicht belegen, dass die angemeldete Marke in der Union Unterscheidungskraft erlangt habe.

### **Anträge der Parteien**

- 24 Die Klägerin beantragt,
- die angefochtene Entscheidung aufzuheben;
  - dem HABM die Kosten aufzuerlegen.
- 25 Das HABM beantragt,
- die Klage insgesamt abzuweisen;
  - der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

### **Rechtliche Würdigung**

- 26 Die Klägerin stützt ihre Klage auf zwei Klagegründe. Mit dem ersten rügt sie einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 und mit dem zweiten einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 dieser Verordnung.

*Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009*

- 27 Die Klägerin wirft der Beschwerdekammer vor, sie habe die Norm und die Branchenüblichkeit nicht entsprechend der Rechtsprechung des Gerichts berücksichtigt. Wenn insoweit der Markt der betreffenden Waren vom Wettbewerb geprägt sei und zahlreiche Wirtschaftsteilnehmer umfasse, könne dies für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer einen erheblichen Anreiz darstellen, die Verpackung ihrer Waren so zu gestalten, dass diese sich von denen anderer Wirtschaftsteilnehmer unterschieden und die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf sich zögen, damit diesem die besondere Form im Hinblick auf einen späteren Erwerb in Erinnerung bleibe.
- 28 Dies sei im Getränkektor der Fall. Zwar könnten die Flaschen aufgrund eines langen zylindrischen Abschnitts und eines Halses einfach zweckmäßig sein, aber eine Vielzahl von Flaschenformen sei so entworfen, dass sie die Aufmerksamkeit des Verbrauchers anzögen und die Waren eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers kennzeichneten. Die Verbraucher seien also daran gewöhnt, dass Formen, die sich von der gewöhnlichen Form einer Flasche unterschieden, als Marken eingetragen seien. Dies sei vorliegend der Fall.
- 29 Die Beschwerdekammer habe außerdem dadurch einen Fehler begangen, dass sie keine Gesamtbeurteilung der Anmeldemarke und der Art und Weise, in der ihre verschiedenen Bestandteile miteinander kombiniert seien, vorgenommen und sie dann mit den auf dem Markt üblichen Formen verglichen habe.
- 30 Zudem unterscheide sich die angemeldete Marke zum einen von den Beispielen, die die Prüferin im Internet gefunden habe und die überdies nur Irland betreffen, und zum anderen ziehe sie die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf sich und ermögliche ihm, sich an sie zu erinnern.
- 31 Die Klägerin ist weiter der Auffassung, die Beschwerdekammer habe in Rn. 35 der angefochtenen Entscheidung denselben Fehler begangen, der auch im Urteil vom 20. Oktober 2011, Freixenet/HABM (C-344/10 P und C-345/10 P, Slg, EU:C:2011:680, Rn. 49), festgestellt worden sei. Sie habe nämlich unzutreffend angenommen, dass die Form der Ware, sobald sie auch unter einer unterscheidungskräftigen Wortmarke – vorliegend einem Etikett – vertrieben werde, zwangsläufig ihre Unterscheidungskraft verliere. Dieser Ansatz laufe auf die Annahme hinaus, dass keine Form unterscheidungskräftig sein könne, weil es auf dem Markt keine Form ohne eine Wortmarke oder eine andere Markenart gebe.
- 32 Das HABM tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.
- 33 Gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen.
- 34 Nach ständiger Rechtsprechung bedeutet Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne dieser Bestimmung, dass die Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 31 angeführt, EU:C:2011:680, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 35 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf ihre Wahrnehmung durch die maßgeblichen Verkehrskreise, die aus den Verbrauchern dieser Waren oder Dienstleistungen bestehen, zu beurteilen (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 31 angeführt, EU:C:2011:680, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 36 Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als die für andere Kategorien von Marken geltenden (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 31 angeführt, EU:C:2011:680, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 37 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 notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn Wort- oder Grafikbestandteile fehlen, 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 (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 31 angeführt, EU:C:2011:680, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 38 Insbesondere ist die Aufmachung eines flüssigen Produkts ein zwingendes Vertriebsanfordernis, dem der Durchschnittsverbraucher in erster Linie eine bloße Portionierungsfunktion beimisst. Eine dreidimensionale Marke, die aus einer solchen Aufmachung besteht, hat nur dann Unterscheidungskraft, wenn sie es dem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betroffenen Ware ermöglicht, diese von der Ware anderer Unternehmen zu unterscheiden, ohne eine Untersuchung oder einen Vergleich vorzunehmen und ohne eine besondere Aufmerksamkeit an den Tag zu legen (Urteile vom 12. Februar 2004, Henkel, C-218/01, Slg, EU:C:2004:88, Rn. 53, und vom 29. April 2004, Eurocermex/HABM [Form einer Bierflasche], T-399/02, Slg, EU:T:2004:120, Rn. 24).
- 39 Unter solchen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 31 angeführt, EU:C:2011:680, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 40 Nach alledem ist zu prüfen, ob die angemeldete Marke erheblich von der Norm oder der Üblichkeit in der betreffenden Branche abweicht.
- 41 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die zutreffende Feststellung der Beschwerdekammer, es handele sich bei den von der Anmeldemarke beanspruchten Waren um Güter für den täglichen Konsum, die sich an die breite Öffentlichkeit richteten, nicht beanstandet wird. Außerdem ist, wie die Beschwerdekammer ebenfalls unbestritten ausgeführt hat, davon auszugehen, dass im Hinblick auf die Bestimmung der fraglichen Waren für den täglichen Konsum der Grad der Aufmerksamkeit der maßgeblichen Verkehrskreise als durchschnittlich anzusehen ist.
- 42 Insoweit setzt sich die Anmeldemarke entsprechend der von der Klägerin gegebenen Beschreibung wie folgt zusammen: flacher unterer Teil, der eine Wölbung nach außen aufweist, um einen aufgeblähten Eindruck zu vermitteln; dann ein konischer Abschnitt, der sich nach innen verjüngt und sich bis zur ersten horizontalen Linie nach außen dehnt, um so eine trapezförmige Gestalt zu bilden; gefolgt von einem gewölbten, leicht eingelassenen Mittelteil, der gerade erscheint, obwohl die Seiten sich leicht biegen, um ein weiches Profil zu verleihen; schließlich ein oberes Ende, das sich aufwärts wie ein Trichter verjüngt, mit einem leichten Wulst am Flaschenkopf.
- 43 Folglich handelt es sich bei der Anmeldemarke um ein aus verschiedenen Merkmalen bestehendes komplexes Zeichen.

- 44 Somit ist die angemeldete Marke für die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft als Ganzes zu betrachten. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die einzelnen verwendeten Gestaltungselemente, aus denen sich die Marke zusammensetzt, nacheinander geprüft werden (Urteile vom 5. März 2003, Unilever/HABM [Ovoide Tabletten], T-194/01, Slg, EU:T:2003:53, Rn. 54, und Form einer Bierflasche, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2004:120, Rn. 25).
- 45 Zunächst ist in Bezug auf den unteren Teil der Anmeldemarke davon auszugehen, dass dieser Flaschenabschnitt keine Merkmale aufweist, anhand deren sie von anderen auf dem Markt verfügbaren Flaschen unterschieden werden könnte. Bekanntlich kann der untere Teil von Flaschen sehr unterschiedlich geformt sein. Im Allgemeinen kann der durchschnittliche Verbraucher anhand solcher Unterschiede jedoch nicht auf die betriebliche Herkunft der betroffenen Waren schließen.
- 46 Weiter ist zum Mittelteil der angemeldeten Marke auszuführen, dass auch dieser keine Besonderheiten im Verhältnis zu anderen auf dem Markt verfügbaren Formen aufweist. Wie die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt hat, dient dieser Teil der Anmeldemarke im normalen Geschäftsverkehr dazu, dort ein Etikett anzubringen mit dem Markennamen, an den Verbraucher gerichteten Angaben zu den Inhaltsstoffen, dem Fassungsvermögen der Flasche und den Namen des Herstellers und des Vertriebshändlers. Die Tatsache, dass dieser Teil leicht gebogen ist, bedeutet nicht, dass er der Anmeldemarke Unterscheidungskraft verleiht, anhand deren die Verbraucher auf ihre betriebliche Herkunft schließen könnten.
- 47 Schließlich ist zu dem aus einer Trichterform mit einem leichten Wulst am Flaschenkopf bestehenden oberen Ende der Anmeldemarke festzustellen, dass bekanntermaßen die auf dem Markt verfügbaren Flaschen mehr oder weniger ähnliche Eigenschaften wie die Anmeldemarke aufweisen. Im Allgemeinen ist das obere Ende einer Flasche nämlich trichterförmig mit einem Flaschenkopf. Folglich kann also, selbst bei Annahme einer gewissen Originalität für diesen Bestandteil nicht davon ausgegangen werden, dass er erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht.
- 48 Folglich besteht die angemeldete Marke aus einer Kombination von Bestandteilen, die allesamt im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich für die von der Anmeldung erfassten Waren verwendet werden können, und die daher in Bezug auf diese Waren keine Unterscheidungskraft haben (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil Form einer Bierflasche, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2004:120, Rn. 30).
- 49 Nach der Rechtsprechung lässt die Tatsache, dass eine komplexe Marke nur aus Bestandteilen zusammengesetzt ist, die in Bezug auf die betreffenden Waren keine Unterscheidungskraft haben, im Allgemeinen darauf schließen, dass der Marke als Ganzes Unterscheidungskraft fehlt. Dieser Schluss kann nur dann widerlegt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte, wie etwa die Art, in der die verschiedenen Bestandteile zusammengesetzt sind, darauf hindeuten, dass die zusammengesetzte Marke, insgesamt betrachtet, mehr ist als die Summe der Bestandteile, aus denen sie zusammengesetzt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Form einer Bierflasche, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2004:120, Rn. 31).
- 50 Im vorliegenden Fall liegen solche Anhaltspunkte nicht vor. Die angemeldete Marke wird durch ihre Form mit gewölbtem Umriss geprägt. Jedoch stellt diese Form nicht mehr als die Summe aller Bestandteile dar, aus denen sich die Anmeldemarke zusammensetzt, d. h., es handelt sich um eine Flasche wie die meisten Flaschen auf dem Markt. Eine solche Form kann in der Tat im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich für die mit der Anmeldung beanspruchten Waren verwendet werden. Folglich ist die Art und Weise, in der die Bestandteile der vorliegenden zusammengesetzten Marke kombiniert sind, auch nicht geeignet, der Marke Unterscheidungskraft zu verleihen (vgl. in diesem Sinne Urteil Form einer Bierflasche, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2004:120, Rn. 32).

- 51 Die Anmeldemarke stellt somit nur eine Abwandlung der Form und der Aufmachung der betroffenen Waren dar, die es dem durchschnittlichen Verbraucher nicht ermöglicht, die fraglichen Waren von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17. Dezember 2008, *Somm/HABM* [Schatten spendende Abdeckung], T-351/07, EU:T:2008:591, Rn. 27, und vom 16. September 2009, *Alber/HABM* [Handgriff], T-391/07, EU:T:2009:336, Rn. 60).
- 52 Somit hat die Beschwerdekammer mit der Annahme, dass der durchschnittliche Verbraucher in der Union die Anmeldemarke in ihrer Gesamtheit nur als eine Variante der Form und der Aufmachung der Waren wahrnehme, für die diese Marke angemeldet worden sei, keinen Fehler begangen.
- 53 Dem steht auch das Vorbringen nicht entgegen, dass die Beschwerdekammer keine Gesamtbeurteilung der Anmeldemarke vorgenommen habe. Insbesondere aus Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung geht nämlich hervor, dass die Beschwerdekammer die angemeldete Marke im Hinblick auf „die Summe der Merkmale des fraglichen Gefäßes“ der Klägerin beurteilt hat. In Rn. 35 der angefochtenen Entscheidung hat sie ferner darauf hingewiesen, dass „[d]ie Gesamtbetrachtung der von der [Klägerin] angeführten Merkmale ... keinen Gesamteindruck [erzeugt], der dem angemeldeten Zeichen Unterscheidungskraft verleihen könnte“.
- 54 Zum Vorbringen, die Beschwerdekammer habe unberücksichtigt gelassen, dass der maßgebliche Sektor durch einen starken Wettbewerb geprägt sei und dass allgemein bekannt sei, dass die Akteure auf einem solchen Markt bemüht seien, ihre Waren durch deren Aufmachung zu unterscheiden, ist festzustellen, dass diese Umstände für sich allein nicht ausreichen, um der Anmeldemarke Unterscheidungskraft zu verleihen. Zudem hat die Beschwerdekammer im Rahmen der von ihr vorgenommenen Gesamtbeurteilung der Anmeldemarke die Marktbedingungen sehr wohl berücksichtigt. Insbesondere aus Rn. 28 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass die Beschwerdekammer wegen des geringen Grades der Gestaltungsfreiheit beim Entwurf von Flaschen davon ausging, dass minimale Abweichungen von den üblichen Formen nicht als Marken eintragungsfähig seien, da das Publikum diese nicht als Herkunftshinweis ansehen werde.
- 55 Zu dem von der Klägerin gerügten rein vorsorglichen Hinweis der Beschwerdekammer in Rn. 35 der angefochtenen Entscheidung darauf, dass der Endverbraucher seine Aufmerksamkeit im Allgemeinen mehr auf das Etikett der Ware oder deren Aufmachung und den Namen, das Bild oder die Gestaltung darauf als einfach auf die Verpackungsgestaltung als solche richte, ist schließlich festzustellen, dass diese Rüge jedenfalls nicht geeignet ist, die Richtigkeit der Beurteilung der Beschwerdekammer in Zweifel zu ziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. April 2013, *Boehringer Ingelheim International/HABM* [RELY-ABLE], T-640/11, EU:T:2013:225, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Beschwerdekammer hat die Anmeldemarke im Rahmen der Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 nämlich unter Berücksichtigung aller ihrer relevanten Merkmale geprüft und ihr Ergebnis rechtlich hinreichend auf die Anmeldemarke, also auf die bloße Form der Konturflasche, abgestellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2014, *Langguth Erben/HABM* [Form einer Flasche für ein alkoholisches Getränk], T-66/13, EU:T:2014:681, Rn. 66 und 67).
- 56 Der erste Klagegrund ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

*Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009*

- 57 Die Klägerin macht geltend, die Anmeldemarke habe jedenfalls durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt. Die Erlangung der Unterscheidungskraft der Marke habe sie vor den Stellen des HABM durch Vorlage einer Vielzahl von Beweismitteln bewiesen.

- 58 Im Verwaltungsverfahren vor dem HABM hatte die Klägerin u. a. folgende Beweismittel vorgelegt:
- einen chronologischen Überblick über die Art und Weise der Benutzung der Anmeldemarke einschließlich des Zusammenhangs und der Grundlagen, auf denen diese Marke innerhalb der Union benutzt wurde;
  - auf Umfragen gestützte Angaben sowie die Umfragen selbst, die in zehn Mitgliedstaaten der Union durchgeführt wurden, um nachzuweisen, dass die Mehrheit der Befragten die Anmeldemarke mit der Klägerin und ihren Coca-Cola-Getränken in Verbindung bringe;
  - Beweismittel wie den Verhaltenskodex des Marktforschungsinstituts, um nachzuweisen, dass die oben erwähnten Angaben auf der Grundlage ordnungsgemäßer und unabhängiger Umfragen unter rund 5 000 für die maßgeblichen Verkehrskreise repräsentativen Personen in zehn Mitgliedstaaten gewonnen wurden;
  - Verkaufszahlen nebst einer Tabelle mit deren Verteilung auf die Mitgliedstaaten der Union und eine ehrenwörtliche Erklärung der Marketingberaterin von Coca-Cola (Europa), um nachzuweisen, dass die Klägerin in den Jahren 2009 bis 2011 in der Union eine Vielzahl von Konturflaschen mit und ohne Riffelung verkauft hat;
  - Tabellen mit den zwischen 2009 und 2011 für Werbung und Kommunikation getätigten Ausgaben, um nachzuweisen, dass die Klägerin ihre Getränke Coca-Cola, Coca-Cola Light und Coca-Cola Zero in der gesamten Union vertrieben hat;
  - Beweismittel in Form von Fotos, Artikeln und Auszügen aus dem Internet, um die Benutzung der Anmeldemarke im Rahmen der kommerziellen Kommunikation, von Veröffentlichungen im Internet, der „Pop Art“ sowie in Veröffentlichungen Dritter und in anderen Medien nachzuweisen.
- 59 Die Klägerin hält erstens die Zweifel der Beschwerdekammer an der Quelle, der Zuverlässigkeit und der Unabhängigkeit der Umfragen für unbegründet. Außerdem habe die Beschwerdekammer die Umfragen im Hinblick auf die darin enthaltenen Erläuterungen falsch ausgelegt. Aufgrund dieser Fehler habe die Beschwerdekammer die ihr übermittelten Daten und die Art und Weise der Durchführung der Umfragen trotz der darin sowie in der dem HABM vorgelegten Begründung enthaltenen Erläuterungen nicht verstanden.
- 60 Zweitens habe die Beschwerdekammer einen Rechtsfehler begangen, da sie nicht anerkannt habe, dass die Anmeldemarke infolge ihrer Benutzung als Teil einer eingetragenen Marke oder in Verbindung mit dieser Unterscheidungskraft erlangt habe. Die Anmeldemarke sei als Teil der Form ihrer Konturflasche mit Riffelung intensiv benutzt worden. Die Klägerin beruft sich insoweit auf das Urteil vom 7. Juli 2005, Nestlé (C-353/03, Slg, EU:C:2005:432), in dem der Gerichtshof festgestellt habe, dass sich die Unterscheidungskraft einer Marke nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 sowohl aus der Benutzung eines Teils einer eingetragenen Marke als deren Bestandteil als auch aus der Benutzung einer anderen Marke in Verbindung mit einer eingetragenen Marke ergeben könne.
- 61 Es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass die Konturflasche mit Riffelung intensiv benutzt worden sei. Die Konturflasche mit oder ohne Riffelung sei über viele Jahre in sehr großen Mengen verkauft worden. Zudem sei die Konturflasche mit oder ohne Riffelung Gegenstand einer erheblichen Verkaufsförderung gewesen.
- 62 Einiges spreche dafür, dass die Anmeldemarke als Teil der Konturflasche mit Riffelung Unterscheidungskraft erlangt habe. Erstens sei klar ersichtlich, dass die Form, aus der die Anmeldemarke (d. h. die für sich allein betrachtete Anmeldemarke) bestehe, zweidimensional sei. Die Beweismittel zeigten eine zweidimensionale Seitenansicht der Anmeldemarke, die auf in den Verkaufsstellen aufgestellten Ständern, auf Werbeträgern oder auf Waren wie Flaschen oder Dosen

abgebildet sei. Keine markenrechtliche Bestimmung der Union stehe dem entgegen, dass dreidimensionale Marken durch die Benutzung zweidimensionaler Marken Unterscheidungskraft erlangen könnten.

- 63 Zweitens habe es im Rahmen von Sondereditionen Flaschen gegeben, bei denen die Riffelung verborgen gewesen sei, was den Gesamteindruck einer Konturflasche ohne Riffelung ergebe. Diese Waren existierten in dreidimensionalen und in zweidimensionalen Ausführungen. Diese Flaschen seien zwar für besondere Anlässe entworfen worden, doch habe es viele davon gegeben und diese Flaschen seien in großem Umfang beworben worden.
- 64 Drittens weist die Klägerin auf die Art und Weise hin, in der die Anmeldemarke von Dritten in unterschiedlichen Formen des kulturellen Ausdrucks benutzt worden sei. Wenn das Publikum die Anmeldemarke nicht als unterscheidungskräftig für The Coca-Cola-Company ansehe, dürfe man sich wohl fragen, welches Ziel bestimmte Künstler dann mit ihren Arbeiten verfolgten, da ihre Kunstwerke offensichtlich auf die Flasche von Coca-Cola Bezug nähmen.
- 65 Das HABM tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.
- 66 Nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 stehen die absoluten Eintragungshindernisse gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b bis d dieser Verordnung der Eintragung einer Marke nicht entgegen, wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Die Tatsache, dass das Zeichen, das die betreffende Marke bildet, von den maßgeblichen Verkehrskreisen tatsächlich als Angabe der betrieblichen Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung wahrgenommen wird, ist nämlich im Fall des Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 das Ergebnis einer wirtschaftlichen Anstrengung des Anmelders der Marke. Dieser Umstand erlaubt es, die Erwägungen des Allgemeininteresses hintanzustellen, die Art. 7 Abs. 1 Buchst. b bis d der Verordnung zugrunde liegen und die verlangen, dass die von diesen Bestimmungen erfassten Marken von allen frei verwendet werden können, um einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil für einen einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zu vermeiden (Urteile vom 21. April 2010, Schunk/HABM [Abbildung eines Teils eines Spannfutters], T-7/09, EU:T:2010:153, Rn. 38, und vom 22. März 2013, Bottega Veneta International/HABM [Form einer Handtasche], T-409/10, EU:T:2013:148, Rn. 74).
- 67 Nach der Rechtsprechung muss für die Zulassung einer Marke zur Eintragung nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 die durch ihre Benutzung erlangte Unterscheidungskraft in dem Teil der Union nachgewiesen werden, in dem die Marke nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b bis d der Verordnung nicht unterscheidungskräftig wäre. Ferner muss die Unterscheidungskraft durch Benutzung vor dem Anmeldetag erworben worden sein (vgl. Urteile Abbildung eines Teils eines Spannfutters, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2010:153, Rn. 40, und Form einer Handtasche, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2013:148, Rn. 76).
- 68 Bei Marken, die – wie im vorliegenden Fall – keine Wortmarken sind, ist zudem zu vermuten, dass die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft in der gesamten Union gleich ausfällt, es sei denn, es lägen konkrete gegenteilige Anhaltspunkte vor. Da im vorliegenden Fall aus der Prüfung des ersten Klagegrundes und aus den Akten nicht hervorgeht, dass dies der Fall wäre, ist davon auszugehen, dass das absolute Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 für die angemeldete Marke in der gesamten Union besteht. Daher muss diese Marke in der ganzen Union infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt haben, um nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung eingetragen werden zu können (vgl. Urteil vom 12. September 2007, Glaverbel/HABM [Maserung einer Glasoberfläche], T-141/06, EU:T:2007:273, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 69 Außerdem ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Erlangung von Unterscheidungskraft durch die Benutzung der Marke es erfordert, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem

- bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Jedoch können die Umstände, unter denen die Voraussetzung der Erlangung von Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt anzusehen ist, nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie z. B. bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (Urteile Abbildung eines Teils eines Spannfutters, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2010:153, Rn. 39, und Form einer Handtasche, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2013:148, Rn. 75).
- 70 Zudem sind für die Beurteilung, ob eine Marke im Einzelfall Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben hat, Gesichtspunkte wie der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden zu berücksichtigen. Ist anhand dieser Gesichtspunkte festzustellen, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, so ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Voraussetzung, die Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 für die Eintragung der Marke aufstellt, erfüllt ist (Urteile Abbildung eines Teils eines Spannfutters, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2010:153, Rn. 41, und Form einer Handtasche, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2013:148, Rn. 77).
- 71 Nach der Rechtsprechung ist die Unterscheidungskraft einer Marke einschließlich der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet worden ist, sowie im Hinblick auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der betreffenden Kategorie von Waren oder Dienstleistungen zu beurteilen (Urteile Abbildung eines Teils eines Spannfutters, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2010:153, Rn. 42, und Form einer Handtasche, oben in Rn. 66 angeführt, EU:T:2013:148, Rn. 78).
- 72 Schließlich kann nach der Rechtsprechung der Nachweis der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft nicht allein durch Angaben zu Verkaufsmengen und die Vorlage von Werbematerial erbracht werden. Ebenso wenig genügt allein die Tatsache, dass das Zeichen seit einiger Zeit in der Union benutzt wurde, für den Nachweis, dass das von den fraglichen Waren angesprochene Publikum das Zeichen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft auffasst (vgl. in diesem Sinne Urteil Maserung einer Glasoberfläche, oben in Rn. 68 angeführt, EU:T:2007:273, Rn. 41 und 42).
- 73 Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer vorliegend durch die Feststellung, dass die Anmeldemarke durch ihre Benutzung keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 erlangt habe, einen Fehler begangen hat.
- 74 Vorab ist festzustellen, dass die von der Beschwerdekammer an der Zuverlässigkeit der Umfragen geäußerten Zweifel unbegründet sind. Wie aus den Akten hervorgeht, haben die befragten Personen lediglich ein Bild mit einer der fraglichen Flaschen und – anders als von der Beschwerdekammer angenommen – keine Bilder mit zwei Flaschen gesehen. Auch ist die Beschwerdekammer zu dem fehlerhaften Ergebnis gelangt, dass die angegebenen Prozentsätze nicht korrekt seien. Die von der Beschwerdekammer geäußerten Zweifel im Hinblick auf die für die Durchführung der Umfragen verantwortliche Person sind ebenfalls als unbegründet anzusehen. Dies alles wird im Übrigen vom HABM nicht bestritten.
- 75 Aus der angefochtenen Entscheidung geht jedoch hervor, dass die Beschwerdekammer trotz der von ihr zu Unrecht festgestellten, oben in Rn. 16 dargestellten Mängel der Umfragen diese als Beweismittel nicht zurückgewiesen, sondern sie vielmehr geprüft hat, um zu ermitteln, ob durch sie die Erlangung von Unterscheidungskraft der Anmeldemarke in den zehn Mitgliedstaaten, in denen Umfragen durchgeführt wurden, belegt ist. Aus den Rn. 51 und 52 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass nach den Feststellungen der Beschwerdekammer die Umfragen weniger als die

- Hälfte der Mitgliedstaaten abdecken, und dass sie die Umfragen zusammen mit den anderen von der Klägerin vorgelegten Beweismitteln gewürdigt hat. Folglich sind die von der Beschwerdekammer im Zusammenhang mit der Zuverlässigkeit der Umfragen begangenen Fehler nicht geeignet, die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beeinträchtigen.
- 76 Sodann ist festzustellen, dass – wie die Klägerin geltend macht – eine dreidimensionale Marke gegebenenfalls selbst dann Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangen kann, wenn sie in Verbindung mit einer Wort- oder einer Bildmarke benutzt wird. Es genügt, dass infolge dieser Benutzung die angesprochenen Verkehrskreise die nur durch die angemeldete Marke gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung tatsächlich als von einem bestimmten Unternehmen stammend wahrnehmen (Urteil Nestlé, oben in Rn. 60 angeführt, EU:C:2005:432, Rn. 30). Das Gericht weist insoweit darauf hin, dass die Anmeldemarke, anders als die im Urteil Nestlé (oben in Rn. 60 angeführt, EU:C:2005:432) in Rede stehende Marke, nicht deutlich von der Marke unterschieden werden kann, von der sie ein Teil sein soll. Vorliegend kann anhand der von der Klägerin vorgelegten Beweise und insbesondere des Werbematerials nicht eindeutig bestimmt werden, ob es sich bei der dort abgebildeten Flasche um die Konturflasche mit Riffelung oder um die Anmeldemarke handelt. Dasselbe gilt für die Beweismittel mit Abbildungen von Konturflaschen ohne Riffelung. Die Anmeldemarke wird nämlich nicht in Verbindung mit der Marke benutzt, von der sie ein Teil sein soll, sondern nimmt diese auf oder aber wird selbst von dieser aufgenommen, weil sich die Umriss sowohl der Anmeldemarke als auch der Marke, von der sie ein Teil sein soll, überlagern. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob anhand der Beweismittel nachgewiesen werden kann, dass aus Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise die Anmeldemarke als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren wahrgenommen werden kann.
- 77 Zum Gebiet, für das die Benutzung nachzuweisen ist, sei daran erinnert, dass die Gemeinschaftsmarke nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 einheitlich ist, was bedeutet, dass sie einheitliche Wirkung für die gesamte Union hat. Aus der Einheitlichkeit der Gemeinschaftsmarke ergibt sich, dass ein Zeichen in der gesamten Union Unterscheidungskraft besitzen muss, um zur Eintragung zugelassen zu werden. So ist eine Marke nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b in Verbindung mit Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 von der Eintragung auszuschließen, wenn sie in einem Teil der Union keine Unterscheidungskraft besitzt, wobei der in Art. 7 Abs. 2 genannte Teil der Union gegebenenfalls auch ein einziger Mitgliedstaat sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, Slg, EU:C:2006:422, Rn. 81 bis 83, und vom 29. September 2010, CNH Global/HABM [Kombination der Farben Rot, Schwarz und Grau für einen Traktor], T-378/07, Slg, EU:T:2010:413, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 78 Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009, der die Eintragung von Zeichen ermöglicht, die durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt haben, ist im Licht dieser Anforderung zu verstehen. Nach der oben in Rn. 66 angeführten Rechtsprechung ist der Nachweis erforderlich, dass die Marke durch Benutzung in dem gesamten Gebiet Unterscheidungskraft erworben hat, in dem ihr diese Eigenschaft sonst nicht zukäme. Jedoch ginge es zu weit, zu verlangen, dass der Nachweis einer durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft im Sinne der oben in den Rn. 66 bis 68 angeführten Rechtsprechung für jeden Mitgliedstaat einzeln erbracht werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Mai 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/HABM, C-98/11 P, Slg, EU:C:2012:307, Rn. 62).
- 79 Somit ist im Hinblick auf die oben in den Rn. 66 bis 68 angeführte Rechtsprechung zu prüfen, ob die Klägerin nachweisen konnte, dass das fragliche Zeichen vor Einreichung der Anmeldung in der gesamten Union bei einem wesentlichen Teil der maßgeblichen Verkehrskreise durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hatte. Die Klägerin hatte insoweit Gelegenheit, dem HABM verschiedene Beweismittel – insbesondere die oben in Rn. 58 angegebenen – vorzulegen.
- 80 Erstens ist in Bezug auf die von der Klägerin angeführten Umfragen festzustellen, dass die Beschwerdekammer in Rn. 51 der angefochtenen Entscheidung zu Recht zu dem Schluss gekommen ist, dass anhand dieser Umfragen nicht nachgewiesen werden könne, dass die Anmeldemarke in der

gesamten Union bei einem wesentlichen Teil der maßgeblichen Verkehrskreise Unterscheidungskraft erlangt habe. Die Umfragen wurden nämlich in zehn Mitgliedstaaten der Union durchgeführt, und zwar in Dänemark, in Deutschland, in Estland, in Griechenland, in Spanien, in Frankreich, in Italien, in Polen, in Portugal und im Vereinigten Königreich, während die Union zum Zeitpunkt der Einreichung der Anmeldung 27 Mitgliedstaaten hatte. Zwar kommen die in Rede stehenden Umfragen zu dem Ergebnis, dass die angemeldete Marke in den entsprechenden zehn Mitgliedstaaten Unterscheidungskraft erlangt habe, wobei der jeweils erzielte Wiedererkennungswert zwischen 48 % (Polen) und 79 % (Spanien) liegt, aber für die übrigen 17 Mitgliedstaaten erbringen sie diesen Nachweis nicht. Das Ergebnis dieser Umfragen kann nämlich nicht auf die übrigen 17 Mitgliedstaaten hochgerechnet werden, in denen keine Umfragen durchgeführt wurden. Insoweit ist insbesondere in Bezug auf die Länder, die der Union nach 2004 beigetreten sind, festzustellen, dass die Umfragen praktisch keine Informationen zur Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise in diesen Mitgliedstaaten enthalten. Zwar wurden in Polen und Estland Umfragen durchgeführt, doch können die Ergebnisse dieser beiden Länder nicht auf die anderen Mitgliedstaaten, die der Union nach 2004 beigetreten sind, hochgerechnet werden. Im Übrigen hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass bestimmte Märkte der von den Umfragen erfassten Mitgliedstaaten mit anderen Märkten vergleichbar und die Ergebnisse dieser Umfragen im Wege der Extrapolation auf diese Länder anwendbar wären; entsprechende Vermutungen anzustellen, ist nicht Aufgabe des Gerichts.

- 81 Nach alledem ist festzustellen, dass die Umfragen für sich genommen nicht hinreichend belegen, dass die Anmeldemarke in der gesamten Union bei einem wesentlichen Teil der maßgeblichen Verkehrskreise durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hätte.
- 82 Was zweitens die für Werbung und Kommunikation getätigten Ausgaben betrifft, geht aus der Rechtsprechung hervor, dass der Umfang des Werbeaufwands des Unternehmens für eine Marke bei der Beurteilung der Frage, ob sie infolge Benutzung Unterscheidungskraft erlangen konnte, berücksichtigt werden kann. Vorliegend ist jedoch festzustellen, dass die insoweit vorgelegten Zahlen nicht die Anmeldemarke im Besonderen betreffen. Gemäß der ehrenwörtlichen Erklärung der Marketingberaterin der Tochtergesellschaft der Klägerin in Frankreich betreffen die vorgelegten Zahlen lediglich die Getränke Coca-Cola, Coca-Cola Light und Coca-Cola Zero, geben aber nicht an, um welche Aufmachung es sich dabei handelt. Also kann aus diesen Angaben nicht auf die Wahrnehmung der Anmeldemarke durch die maßgeblichen Verkehrskreise geschlossen werden.
- 83 Drittens ist in Bezug auf die Verkaufszahlen und das Werbematerial zunächst festzustellen, dass diese nur Sekundärbeweise darstellen, die gegebenenfalls die direkten Beweise für die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft, wie sie durch die von der Klägerin vorgelegten Umfragen erbracht worden sind, verstärken können.
- 84 Die Verkaufszahlen und das Werbematerial als solche zeigen nämlich nicht, dass das Zielpublikum der betreffenden Waren die Anmeldemarke als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrnimmt. Betreffend die Mitgliedstaaten, für die keine Umfrage vorgelegt wurde, kann deshalb der Beweis für eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft grundsätzlich nicht allein durch Mitteilung von Verkaufszahlen und die Vorlage des Werbematerials erbracht werden. Dies gilt insbesondere unter den Umständen des vorliegenden Falles, da sich zeigt, dass die mitgeteilten Verkaufszahlen nicht zuverlässig sind.
- 85 Selbst wenn insoweit außer Zweifel steht, dass die Klägerin ausweislich der Verkaufszahlen in der Union große Mengen an Getränken verkauft hat, sind diese Beweismittel, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, inkohärent. So ist etwa festzustellen, dass die Verkaufszahlen für die Länder Belgien und Luxemburg, die zusammen rund 12 Mio. Einwohner haben, fast dieselben wie die für Deutschland sind, obwohl die Einwohnerzahl dieses Landes sich auf rund 80 Mio. beläuft. Ebenso sind die Verkaufszahlen für Litauen – mit einer Bevölkerung von rund 3 Mio. – doppelt so hoch wie die Verkaufszahlen für Polen, obwohl dessen Einwohnerzahl rund

38 Mio. beträgt. Außerdem hat sich die Verkaufszahl für Lettland im Jahr 2010 gegenüber 2009 verdoppelt. Die Klägerin konnte diese von ihr in der mündlichen Verhandlung bestätigte Inkohärenz nicht erklären. Zusammenfassend ist festzustellen, dass diese Beweismittel ohne Beweiswert sind.

- 86 Zudem kann aus den von der Klägerin vorgelegten Informationen – selbst im Licht der ehrenwörtlichen Erklärung der Marketingberaterin der Tochtergesellschaft der Klägerin in Frankreich – nicht geschlossen werden, dass die Verkaufszahlen speziell die Anmelde­marke betreffen. In dieser ehrenwörtlichen Erklärung heißt es nämlich, die Verkaufszahlen beträfen die „Konturflaschen“, ohne dass angegeben würde, ob es sich um die Anmelde­marke, die Konturflasche mit Riffelung oder um beide handelt. Daher ist es nicht möglich, daraus eine wie auch immer geartete Schlussfolgerung hinsichtlich der Wahrnehmung der Anmelde­marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise zu ziehen.
- 87 Folglich ist die Beschwerdekammer in Rn. 57 der angefochtenen Entscheidung zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Beweismittel in Bezug auf die tatsächliche Wahrnehmung der angemeldeten Marke weder ausreichend noch überzeugend seien.
- 88 Zu den Beweismitteln in Form von Fotos, Artikeln und Auszügen aus dem Internet, um die Benutzung der Anmelde­marke im Rahmen der kommerziellen Kommunikation, von Veröffentlichungen im Internet, der „Pop Art“ sowie in Veröffentlichungen Dritter und in anderen Medien nachzuweisen, hat die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt, dass nahezu keines von diesen die Anmelde­marke betraf. Anhand dieser Beweismittel kann nämlich nicht eindeutig bestimmt werden, ob es sich bei der darin abgebildeten Flasche um eine Darstellung der Konturflasche mit Riffelung oder um die Anmelde­marke handelt. Auch die Unterlagen der Klägerin betreffend den chronologischen Überblick für die Getränke ohne Alkohol zeigen nur Abbildungen der Konturflasche mit Riffelung. Zudem ist die Feststellung der Beschwerdekammer zu bestätigen, dass die meisten dieser Unterlagen Abbildungen enthalten, die außerhalb der Union (insbesondere in den USA) oder an unbekannt­en Orten aufgenommen wurden. Somit kann auch anhand dieser Unterlagen nicht die Erlangung von Unterscheidungskraft in der Union belegt werden.
- 89 Zudem hat die Klägerin hinsichtlich der beanspruchten Waren, bei denen es sich nicht um Getränke ohne Alkohol handelt, also hinsichtlich aller anderen Waren der Klasse 32 und der Waren der Klassen 6 und 21 der Nizza-Klassifikation, praktisch keinen Beweis für die Erlangung von Unterscheidungskraft erbracht; dies hat die Klägerin übrigens auch in der mündlichen Verhandlung bestätigt.
- 90 Nach alledem kann bei einzelner Prüfung durch keines der Beweismittel nachgewiesen werden, dass die Anmelde­marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hätte. Ebenso wenig ist dies durch eine Prüfung der Beweismittel in ihrer Gesamtheit möglich. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Umfragen nur einen Teil der Union abdecken und dass diese Unzulänglichkeit angesichts der Ungenauigkeiten und Inkohärenz der anderen von der Klägerin im Verwaltungsverfahren vor dem HABM vorgelegten Beweismittel nicht ausgeglichen werden kann.
- 91 Folglich ist die Klage insgesamt abzuweisen, da keiner der von der Klägerin geltend gemachten Klagegründe durchgreift.

### **Kosten**

- 92 Gemäß Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.
- 93 Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Achte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. The Coca-Cola Company trägt die Kosten.**

Gratsias

Kancheva

Wetter

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. Februar 2016.

Unterschriften