

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zehnte Kammer)

29. Juli 2019(*)

„Rechtsmittel – Unionsmarke – Verordnung (EG) Nr. 207/2009 – Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a – Absolutes Eintragungshindernis – Nichtigkeitsverfahren – Kombination zweier Farben als solcher – Fehlen einer systematischen Anordnung, in der die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind“

In der Rechtssache C-124/18 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, eingelegt am 15. Februar 2018,

Red Bull GmbH mit Sitz in Fuschl am See (Österreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt A. Renck und S. Petivlasova, abogada,

Rechtsmittelführerin,

andere Parteien des Verfahrens:

Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO), vertreten durch A. Folliard-Monguiral und D. Botis als Bevollmächtigte,

Beklagter im ersten Rechtszug,

Marques mit Sitz in Leicester (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigte: R. Mallinson, Solicitor, und Rechtsanwalt T. Müller,

Optimum Mark sp. z o.o. mit Sitz in Warschau (Polen), Prozessbevollmächtigte: R. Skubisz, J. Dudzik und M. Mazurek, adwokaci, sowie E. Jaroszyńska-Kozłowska, advocate,

Streithelferinnen im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zehnte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. Lycourgos sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter) und M. Ilešič,

Generalanwalt: G. Pitruzzella,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Red Bull GmbH die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 30. November 2017, Red Bull/EUIPO – Optimum mark (Kombination von blauer und silberner Farbe) (T-101/15 und T-102/15, im Folgenden: angefochtenes Urteil, EU:T:2017:852), mit dem das Gericht ihre Klagen auf Aufhebung zweier Entscheidungen der Ersten Beschwerdekammer des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) vom 2. Dezember 2014 (Sache R 2036/2013-1 und Sache R 2037/2013-1) zu zwei Nichtigkeitsverfahren zwischen der Optimum Mark sp. z o.o. und Red Bull abgewiesen hat.

Rechtlicher Rahmen

Verordnung (EG) Nr. 40/94

2 Art. 4 („Markenformen“) der Verordnung (EG) Nr. 40/94 vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) lautet:

„Gemeinschaftsmarken können alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

3 Art. 7 („Absolute Eintragungshindernisse“) der Verordnung Nr. 40/94 bestimmt:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind

- a) Zeichen, die nicht unter Artikel 4 fallen,
- b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

...

(3) Die Vorschriften des Absatzes 1 Buchstaben b), c) und d) finden keine Anwendung, wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.“

4 In Art. 15 („Benutzung der Gemeinschaftsmarke“) der Verordnung Nr. 40/94 heißt es:

„(1) Hat der Inhaber die Gemeinschaftsmarke für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, innerhalb von fünf Jahren, gerechnet von der Eintragung an, nicht ernsthaft in der Gemeinschaft benutzt, oder hat er eine solche Benutzung während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren ausgesetzt, so unterliegt die Gemeinschaftsmarke den in dieser Verordnung vorgesehenen Sanktionen, es sei denn, dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen.

(2) Folgendes gilt ebenfalls als Benutzung im Sinne des Absatzes 1:

- a) Benutzung der Gemeinschaftsmarke in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst wird;

...“

5 Art. 51 („Absolute Nichtigkeitsgründe“) der Verordnung Nr. 40/94 sieht vor:

„(1) Die Gemeinschaftsmarke wird auf Antrag beim [EUIPO] oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren für nichtig erklärt,

- a) wenn sie den Vorschriften des Artikels 5 oder des Artikels 7 zuwider eingetragen worden ist;
- b) wenn der Anmelder bei der Anmeldung der Marke bösgläubig war.

(2) Ist die Gemeinschaftsmarke entgegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b), c) oder d) eingetragen worden, kann sie nicht für nichtig erklärt werden, wenn sie durch Benutzung im Verkehr Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, erlangt hat.

...“

Verordnung (EG) Nr. 207/2009

6 Die Verordnung Nr. 40/94 wurde durch die am 13. April 2009 in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die [Unionsmarke] (ABl. 2009, L 78, S. 1) aufgehoben und ersetzt.

7 Art. 4, Art. 7, Art. 15 Abs. 1 und Art. 52 der Verordnung Nr. 207/2009 entsprechen im Wesentlichen Art. 4, Art. 7, Art. 15 Abs. 1 und 2 sowie Art. 51 der Verordnung Nr. 40/94.

Vorgeschichte des Rechtsstreits

8 Die in den Rn. 1 bis 26 des angefochtenen Urteils geschilderte Vorgeschichte des Rechtsstreits kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wie folgt zusammengefasst werden.

9 Was die Rechtssache T-101/15 betrifft, so meldete Red Bull am 15. Januar 2002 die nachfolgend wiedergegebene Kombination zweier Farben als solcher an:



10 Mit Mitteilung vom 30. Juni 2003 übermittelte die Rechtsmittelführerin zusätzliche Unterlagen zum Nachweis der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft dieser Marke. Am 11. Oktober 2004 legte die Rechtsmittelführerin die nachfolgende Beschreibung dieser Marke vor: „Der beantragte Schutz umfasst die Farben Blau (RAL 5002) und Silber (RAL 9006) an sich. Das Verhältnis der beiden Farben ist ungefähr 50 %-50 %.“

11 Die Marke wurde für folgende Waren der Klasse 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: „Energiegetränke“.

12 Die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 10/2005 vom 7. März 2005 veröffentlicht. Die Marke wurde am 25. Juli 2005 unter der Nr. 002534774 mit dem Hinweis auf ihre durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft und mit der in Rn. 10 des vorliegenden Urteils angeführten Beschreibung eingetragen.

13 Am 20. September 2013 stellte Optimum Mark beim EUIPO einen Antrag auf Nichtigklärung der Marke.

14 Optimum Mark stützt ihren Antrag zum einen darauf, dass die Marke nicht den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 genüge, da ihre grafische Darstellung nicht systematisch so angeordnet sei, dass die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden seien, und zum anderen darauf, dass die Beschreibung der Marke, wonach das Verhältnis der beiden die Marke bildenden Farben „ungefähr 50 %-50 %“ betrage, zahlreiche Kombinationen zulasse, auf die sich die Verbraucher nicht mit Gewissheit für weitere Käufe beziehen könnten.

15 Was die Rechtssache T-102/15 betrifft, so meldete die Rechtsmittelführerin am 1. Oktober 2010 beim EUIPO eine zweite Unionsmarke an. Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um die in Rn. 9 des vorliegenden Urteils wiedergegebene Kombination von Farben als solchen. Sie wurde für die in Rn. 11 des vorliegenden Urteils genannten Waren angemeldet.

- 16 Die Anmeldung der Unionsmarke wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 48/2010 vom 29. November 2010 veröffentlicht.
- 17 Am 22. Dezember 2010 erließ der Prüfer eine Mitteilung über die Nichteinhaltung der formalen Erfordernisse und forderte die Rechtsmittelführerin daher auf, „die Verhältnisse für die Verwendung der beiden Farben (beispielsweise in gleichem Verhältnis) und die Art und Weise, wie sie in Erscheinung treten werden“, klarzustellen.
- 18 Am 10. Februar 2011 teilte die Rechtsmittelführerin dem Prüfer mit, dass sie „[g]emäß [seiner] Mitteilung vom 22. Dezember 2010 ... das EUIPO davon in Kenntnis [setze], dass die beiden Farben in gleichem Verhältnis und nebeneinandergestellt verwendet werden“.
- 19 Die zweite Marke wurde am 8. März 2011 aufgrund von durch Benutzung erlangter Unterscheidungskraft mit Angabe der Farben „Blau (Pantone 2747 C), Silber (Pantone 877 C)“ und der nachfolgenden Beschreibung eingetragen: „Die beiden Farben werden in gleichem Verhältnis und nebeneinandergestellt verwendet“.
- 20 Am 27. September 2011 stellte Optimum Mark beim EUIPO einen Antrag auf Nichtigklärung der zweiten Marke, da zum einen diese Marke nicht den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 genüge und zum anderen der Begriff „nebeneinandergestellt“ mehrere Bedeutungen haben könne, weshalb die Beschreibung der Marke keine Angabe zur Art der Anordnung, nach der die beiden Farben auf den Waren zu verwenden seien, enthalte und daher nicht klar, eindeutig und in sich abgeschlossen sei.
- 21 Mit zwei Entscheidungen vom 9. Oktober 2013 erklärte die Nichtigkeitsabteilung des EUIPO die beiden fraglichen Marken (im Folgenden: streitige Marken) für nichtig, weil sie insbesondere nicht hinreichend eindeutig seien. Die streitigen Marken ließen nämlich zahlreiche unterschiedliche Kombinationen zu, die es dem Verbraucher nicht erlaubten, eine bestimmte Kombination zu erkennen und in Erinnerung zu behalten, auf die er sich mit Gewissheit für weitere Käufe beziehen könne.
- 22 Gegen diese beiden Entscheidungen legte Red Bull Beschwerden bei der Beschwerdekammer des EUIPO ein.
- 23 Mit zwei Entscheidungen vom 2. Dezember 2014 (im Folgenden: streitige Entscheidungen) wies die Erste Beschwerdekammer des EUIPO die Beschwerden zurück und begründete dies im Wesentlichen damit, dass die grafische Darstellung der streitigen Marken, die zusammen mit der diesen beigefügten Beschreibung geprüft worden sei, nicht den Anforderungen hinsichtlich Eindeutigkeit und Dauerhaftigkeit entspreche, die im Urteil vom 24. Juni 2004, *Heidelberger Bauchemie* (C-49/02, EU:C:2004:384), aufgestellt worden seien, wonach die in einer Farbkombination bestehenden Marken systematisch so angeordnet sein müssten, dass die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden seien. Die streitigen Marken ließen nämlich die Anordnung zweier Farben nach zahlreichen unterschiedlichen Kombinationen zu, die einen sehr unterschiedlichen Gesamteindruck vermittelten.

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

- 24 Mit Klageschriften, die am 26. Februar 2015 bei der Kanzlei des Gerichts eingingen, erhob die Rechtsmittelführerin zwei Klagen auf Aufhebung der streitigen Entscheidungen.
- 25 Ihre Klagen stützte Red Bull auf zwei Klagegründe, nämlich erstens auf einen Verstoß gegen Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 sowie einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung sowie zweitens einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.
- 26 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klagen in vollem Umfang abgewiesen.

Anträge der Parteien vor dem Gerichtshof

27 Die Rechtsmittelführerin, unterstützt durch Marques, beantragt,

- das angefochtene Urteil aufzuheben,
- die streitigen Entscheidungen aufzuheben und
- dem EUIPO die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

28 Das EUIPO beantragt,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen und
- Red Bull die Kosten aufzuerlegen.

29 Optimum Mark beantragt,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen und
- Red Bull die Kosten aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

30 Die Rechtsmittelführerin stützt ihr Rechtsmittel auf fünf Gründe, nämlich erstens auf einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009, zweitens auf einen Verstoß gegen Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009, drittens auf einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes, viertens auf einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und schließlich fünftens auf einen Verstoß gegen Art. 134 Abs. 1 und Art. 135 der Verfahrensordnung des Gerichts.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

31 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund, der als Erstes zu prüfen ist, rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe das Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), falsch ausgelegt und gegen Art. 4 sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 verstoßen, indem es entschieden habe, dass Marken, die in einer Farbkombination bestünden, stets Angaben über die räumliche Anordnung der Farben enthalten müssten, und damit angenommen habe, dass im vorliegenden Fall die grafische Darstellung der streitigen Marken mangels einer solchen Anordnung nicht hinreichend eindeutig sei.

32 Mit dem ersten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin geltend, das Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), insbesondere Rn. 34, sei – entgegen den Feststellungen des Gerichts in den Rn. 55, 64, 96, 114 und 119 des angefochtenen Urteils – im besonderen Kontext der jenem Urteil zugrunde liegenden Rechtssache auszulegen. Dort sei es um eine in einer Farbkombination bestehende Marke gegangen, nach deren Beschreibung die Farben „in jeglichen denkbaren Formen“ verwendet werden sollten. Durch die Annahme, dass das bloße Nebeneinanderstellen von Farben nicht ausreiche, um eine eindeutige und beständige grafische Darstellung zu bilden, habe das Gericht im vorliegenden Fall gegen die Regel, dass eine Marke – gemäß dem Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070) – in ihrer angemeldeten Form zu beurteilen sei, verstoßen und somit die Besonderheit von in einer Farbkombination bestehenden Marken missachtet, die darin bestehe, dass keine Konturen dargestellt würden.

33 Mit dem zweiten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes beanstandet die Rechtsmittelführerin insofern die Rn. 78 und 89 des angefochtenen Urteils, als das Gericht darin ausgeführt habe, dass Marken, die in einer Farbkombination bestünden, eine Beschreibung der grafischen Darstellung enthalten müssten, obwohl sich die Parteien stets frei für oder gegen eine solche Beschreibung hätten entscheiden können.

Jedenfalls enthielten die streitigen Marken jeweils eine Beschreibung, die der grafischen Darstellung nicht widersprochen und somit nicht die Nichtigkeitsklärung der Marken gerechtfertigt habe.

- 34 Mit dem dritten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe in den Rn. 65, 66, 69, 71, 72 und 90 des angefochtenen Urteils für die Feststellung, dass die grafische Darstellung der streitigen Marken eine Vielzahl von Anordnungen zulasse, die tatsächliche Benutzung der streitigen Marken berücksichtigt und auf diese Weise die Beurteilung der grafischen Darstellung und jene der Unterscheidungskraft des fraglichen Zeichens durcheinandergebracht, obwohl der Inhaber einer Marke nach Art. 7 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 das Recht habe, diese Marke in verschiedenen Formen zu benutzen, und daher in einer Farbkombination bestehende Marken nicht auf eine einzige bildliche Anordnung, die der tatsächlich benutzten entspreche, reduziert werden könnten.
- 35 Das EUIPO und Optimum Mark beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittelgrundes.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 36 Zum ersten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass ein Zeichen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Verordnungen Nr. 40/94 und Nr. 207/2009 nur dann als Marke eingetragen werden kann, wenn der Anmelder es in Form einer grafischen Darstellung gemäß dem Erfordernis des Art. 4 dieser Verordnungen so einreicht, dass Gegenstand und Reichweite des begehrten Schutzes klar und eindeutig bestimmt sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. März 2019, Hartwall, C-578/17, EU:C:2019:261, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 37 Wird der Anmeldung eine verbale Beschreibung des Zeichens beigelegt, so muss diese zur Klarstellung von Gegenstand und Reichweite des beantragten markenrechtlichen Schutzes beitragen und darf weder im Widerspruch zu der grafischen Darstellung einer Marke stehen noch Zweifel in Bezug auf Gegenstand und Reichweite dieser grafischen Darstellung wecken (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. März 2019, Hartwall, C-578/17, EU:C:2019:261, Rn. 39 und 40).
- 38 Außerdem hat der Gerichtshof in Rn. 33 des Urteils vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), entschieden, dass eine grafische Darstellung von zwei oder mehr abstrakt und konturlos beanspruchten Farben systematisch so angeordnet sein muss, dass die betreffenden Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind. In Rn. 34 des genannten Urteils hat er festgestellt, dass die bloße form- und konturlose Zusammenstellung zweier oder mehrerer Farben oder die Nennung zweier oder mehrerer Farben „in jeglichen denkbaren Formen“ nicht die nach Art. 4 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009) erforderlichen Merkmale der Eindeutigkeit und Beständigkeit aufweist. Wie der Gerichtshof in Rn. 35 des genannten Urteils erläutert hat, ließen solche Darstellungen nämlich zahlreiche unterschiedliche Kombinationen zu, die es dem Verbraucher nicht erlaubten, eine bestimmte Kombination zu erkennen und in Erinnerung zu behalten, auf die er sich mit Gewissheit für weitere Käufe beziehen könnte, und es auch den zuständigen Behörden und den Wirtschaftsteilnehmern nicht ermöglichten, den Umfang der geschützten Rechte des Markeninhabers zu kennen.
- 39 Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Anmeldungen von Red Bull jeweils eine Kombination der Farben Blau und Silber als solche betreffen.
- 40 Die beiden Zeichen, deren markenrechtlicher Schutz beantragt wurde, wurden grafisch in Form zweier vertikaler paralleler Streifen dargestellt, die aneinander anschließen und gleich groß sind, wobei der eine blau und der andere silbern ist.
- 41 Diesen grafischen Darstellungen waren zudem zwei Beschreibungen beigelegt: Nach der ersten beträgt das Verhältnis der beiden Farben „ungefähr 50 %–50 %“, nach der zweiten werden die beiden Farben nebeneinandergestellt und in gleichem Verhältnis verwendet.
- 42 Das Gericht hat in Rn. 89 des angefochtenen Urteils in Übereinstimmung mit der Auffassung der Beschwerdekammer festgestellt, dass die bloße Angabe des Verhältnisses zwischen den beiden Farben Blau und Silber die Anordnung dieser beiden Farben nach zahlreichen unterschiedlichen Kombinationen zulasse und demnach keine systematische Anordnung darstelle, in der diese in vorher

festgelegter und beständiger Weise verbunden seien, und ist zu der Schlussfolgerung gelangt, dass die im vorliegenden Fall vorgelegte grafische Darstellung, der eine Beschreibung beigelegt gewesen sei, in der nur das Verhältnis zwischen den beiden Farben angegeben worden sei, nicht als hinreichend eindeutig angesehen werden können und die angegriffene Marke unter Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 eingetragen worden sei.

- 43 Zur ersten Anmeldung hat das Gericht in Rn. 90 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass der Begriff „ungefähr“ in der Beschreibung nur die Ungenauigkeit der grafischen Darstellung, die verschiedene Anordnungen der beiden in Rede stehenden Farben zulasse, verstärke.
- 44 Hinsichtlich der zweiten Anmeldung hatte die Rechtsmittelführerin zwar angegeben, dass „die beiden Farben in gleichem Verhältnis und nebeneinandergestellt verwendet werden“, jedoch hat das Gericht in Rn. 62 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass dieses Nebeneinanderstellen verschiedene Formen annehmen könne, die zu verschiedenen Bildern oder Schemata führten, die alle ein gleiches Verhältnis einhielten.
- 45 Hierzu hat das Gericht in Rn. 65 des angefochtenen Urteils u. a. festgestellt, dass die unzureichende Eindeutigkeit der beiden grafischen Darstellungen zusammen mit ihrer Beschreibung dadurch bestätigt werde, dass die Rechtsmittelführerin ihren Anmeldungen, die auf der Grundlage der durch die Benutzung der streitigen Marken erlangten Unterscheidungskraft eingereicht worden seien, Beweise beigelegt habe, die diese Marken in einer im Vergleich zu dem vertikalen Nebeneinanderstellen der beiden Farben, wie es in der grafischen Darstellung dieser Anmeldungen gezeigt werde, sehr unterschiedlichen Art und Weise wiedergäben.
- 46 Auch wenn die fraglichen grafischen Darstellungen eindeutiger sein sollten als die dem Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), zugrunde liegenden, könnte die Rechtsmittelführerin nicht erfolgreich geltend machen, dass das Gericht durch seine Sachverhaltsbeurteilung, wonach es an einer systematischen Anordnung dergestalt, dass die betreffenden Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden seien, gefehlt habe, die sich aus diesem Urteil ergebenden Grundsätze falsch angewandt habe.
- 47 Insbesondere ist das Gericht in dem angefochtenen Urteil ohne Rechtsfehler zu der Schlussfolgerung gelangt, dass die Eintragung einer Marke, die eine Vielzahl von Wiedergaben zulässt, die weder vorher festgelegt noch beständig sind, mit Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 und dem Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), unvereinbar ist.
- 48 Dass eine in einer Farbkombination bestehende Marke systematisch so angeordnet sein muss, dass die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind, kann zudem – entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin – insofern keineswegs dazu führen, dass diese Art von Marke in eine Bildmarke umgewandelt wird, als dies nicht bedeutet, dass die Farben durch Konturen begrenzt sind.
- 49 Schließlich kann die Rechtsmittelführerin ihre Behauptung, das Gericht habe zu Unrecht entschieden, dass die grafische Darstellung der streitigen Marken nicht hinreichend eindeutig sei, nicht auf das Urteil vom 10. Juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070), stützen.
- 50 Die Rechtssache, in der das genannte Urteil ergangen ist, betraf nämlich eine Marke, die sich auf eine grafische Darstellung bezog, die aus „einer Gesamtheit aus Linien, Konturen und Formen“ bestand, was bei den streitigen Marken nicht der Fall ist, so dass das Ergebnis des genannten Urteils nicht auf die vorliegende Rechtssache übertragen werden kann.
- 51 Folglich ist der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.
- 52 Zum zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass das Vorbringen, das Gericht habe in den Rn. 78 und 89 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt, dass der grafischen Darstellung einer in einer Farbkombination bestehenden Marke stets eine Beschreibung über die Anordnung der Farben beigelegt werden müsse, als ins Leere gehend zurückzuweisen ist.
- 53 Es steht nämlich fest, dass den streitigen Marken jeweils eine Beschreibung beigelegt war.

- 54 Selbst wenn der Gerichtshof diesem Argument folgen würde, hätte es daher im vorliegenden Fall keine Auswirkungen auf die Beurteilung des Rechtsmittels.
- 55 Zum dritten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass nach Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 Unionsmarken alle Zeichen sein können, die sich grafisch darstellen lassen, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.
- 56 Um als Unionsmarke eingetragen zu werden, muss ein Zeichen daher Unterscheidungskraft haben, so dass die Waren oder Dienstleistungen des betreffenden Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen unterschieden werden können.
- 57 Im vorliegenden Fall wurden die streitigen Marken aufgrund einer durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft eingetragen.
- 58 In dieser Situation konnten das EUIPO und danach das Gericht berechtigterweise prüfen, ob die streitigen Marken den Anforderungen von Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 entsprachen, und im Rahmen dieser Prüfung die verschiedenen Erscheinungsformen dieser Benutzung, insbesondere die tatsächliche Benutzung dieser Marken, berücksichtigen.
- 59 Nach alledem ist der dritte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes als unbegründet und somit der zweite Rechtsmittelgrund insgesamt zurückzuweisen.

Zum ersten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

- 60 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 verstoßen.
- 61 Die Rechtsmittelführerin beanstandet die Rn. 85, 96 und 114 des angefochtenen Urteils insofern, als das Gericht zu Unrecht die „naturgemäß geringere Genauigkeit der Farbmarken *per se*“, ihre eingeschränkte Fähigkeit, irgendeine präzise Bedeutung zu vermitteln, und Wettbewerbsüberlegungen berücksichtigt habe, als es festgestellt habe, dass eine in einer Farbkombination bestehende Marke eine systematische Anordnung dieser Farben aufweisen müsse.
- 62 Nach Ansicht der Rechtsmittelführerin haben diese Erwägungen nichts mit der Beurteilung der grafischen Darstellung einer Marke zu tun, so dass das Gericht dadurch in einer Farbkombination bestehende Marken im Vergleich zu anderen Arten von Marken ungleich und unverhältnismäßig behandelt und auf bloße farbige Bild-, Muster- oder Positionsmarken reduziert habe.
- 63 Das EUIPO und Optimum Mark beantragen die Zurückweisung dieses Rechtsmittelgrundes.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 64 Es ist festzustellen, dass das Gericht in den Rn. 85 bis 87 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen darauf hingewiesen hat, dass in einer Farbkombination bestehende Marken eine systematische Anordnung aufweisen müssen, in der die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden werden.
- 65 Indem das Gericht insoweit auf das „Erfordernis der Verfügbarkeit der Farben“ im Geschäftsleben Bezug genommen hat, hat es die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs korrekt angewandt, wonach bei der Prüfung der Eintragung eines in einer Farbkombination bestehenden Zeichens besonderes Augenmerk darauf zu richten ist, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Mai 2003, Libertel, C-104/01, EU:C:2003:244, Rn. 54 bis 56, und vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, Rn. 41).

- 66 Wie aus den vorstehenden Randnummern hervorgeht, ist die Anforderung, dass die Anmeldung einer in einer Farbkombination bestehenden Marke eine systematische Anordnung vorsehen muss, in der die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden werden, zudem erforderlich, um den Erfordernissen von Klarheit und Eindeutigkeit zu genügen, die eine Marke erfüllen muss.
- 67 Folglich hat das Gericht durch den Hinweis auf diese Anforderung weder gegen den Verhältnismäßigkeits- noch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.
- 68 Somit ist der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

Zum dritten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

- 69 Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen.
- 70 Mit dem ersten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin geltend, nach dem Urteil vom 19. Juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361), das sich mit der Frage der Klarheit und Eindeutigkeit bei der Angabe der Waren und Dienstleistungen für die Markeneintragung befasst habe, sei im Urteil vom 16. Februar 2017, Brandconcern/EUIPO und Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122), und dann im Urteil vom 11. Oktober 2017, EUIPO/Cactus (C-501/15 P, EU:C:2017:750), darauf geachtet worden, dass die Ergebnisse des ersten Urteils, die der ständigen Praxis des EUIPO zuwiderliefen, die vor diesem Urteil eingetragenen Marken nicht rückwirkend beeinflussten und somit der Grundsatz des Vertrauensschutzes gewahrt werde.
- 71 Da das EUIPO die streitigen Marken vor dem Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), als gültig angesehen habe, dürften die sich aus diesem Urteil ergebenden Anforderungen nur für nach diesem Urteil eingetragene Marken gelten.
- 72 Mit dem zweiten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes beanstandet die Rechtsmittelführerin die Rn. 100 sowie 129 bis 144 des angefochtenen Urteils insofern, als es das Gericht versäumt habe, insgesamt zu beurteilen, ob die Haltung des EUIPO ihr gegenüber nicht ein berechtigtes Vertrauen auf die Gültigkeit der streitigen Marken geweckt habe, deren Unterscheidungskraft durch ihre Verwendung begründet worden sei.
- 73 In diesem Zusammenhang macht die Rechtsmittelführerin geltend, das Gericht habe die Auffassung vertreten, dass es kein berechtigtes Vertrauen auf der Grundlage von nicht rechtskonformen Zusicherungen des EUIPO geben könne, obwohl seinerzeit nur das Urteil vom 24. Juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), Farbkombinationen „in jeglichen denkbaren Formen“ betroffen habe und die einzigen der Rechtsmittelführerin zur Verfügung stehenden Leitlinien die ständigen Richtlinien des EUIPO gewesen seien, denen zufolge die streitigen Marken als gültig angesehen worden seien. Falsch entschieden habe das Gericht darüber hinaus insofern, als es in Rn. 100 des angefochtenen Urteils nur auf eine EUIPO-Richtlinie aus der Zeit nach dem Jahr 2016 Bezug genommen habe, wo doch die früheren Richtlinien Hinweise enthalten hätten, auf deren Grundlage man die streitigen Marken als gültig ansehen könne, und insofern, als es in den Rn. 141 und 142 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass sich die Rechtsmittelführerin nicht auf Urteile der Unionsgerichte berufen könne, die ausschließlich auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 gestützt seien. Die Rechtsmittelführerin beanstandet ferner die Rn. 126, 134, 135 und 138 des angefochtenen Urteils insofern, als das Gericht darin die Praxis des EUIPO in Bezug auf in einer Farbkombination bestehende Marken für rechtswidrig gehalten habe.
- 74 Das EUIPO beantragt, diesen Rechtsmittelgrund als unzulässig zurückzuweisen. Was den ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes betreffe, habe sich die Rechtsmittelführerin während des Verfahrens vor dem Gericht nicht auf das Urteil vom 16. Februar 2017, Brandconcern/EUIPO und Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122), gestützt. Was den zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes betreffend den Grundsatz des Vertrauensschutzes anbelange, so stellten die von der Rechtsmittelführerin vorgebrachten Argumente bloße Behauptungen dar.

75 Optimum Mark hält diesen Rechtsmittelgrund für unbegründet.

Würdigung durch den Gerichtshof

– *Zur Zulässigkeit des Rechtsmittelgrundes*

76 Zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass sich das Vorbringen der Rechtsmittelführerin in Rn. 85 ihrer beim Gericht eingereichten Klageschrift im Wesentlichen auf die Rechtsprechung stützt, die sich aus dem Urteil vom 16. Februar 2017, *Brandconcern/EUIPO und Scooters India* (C-577/14 P, EU:C:2017:122), ergibt. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass sich die Rechtsmittelführerin auf einen neuen Aspekt stützt, der dem Gericht nicht zur Würdigung vorgelegt wurde.

77 Was den zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes betrifft, so sollen alle von der Rechtsmittelführerin vorgebrachten Argumente belegen, dass sie berechtigt sei, sich auf einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berufen, was an sich kein Unzulässigkeitsgrund ist.

78 Dieser Rechtsmittelgrund ist daher in seiner Gesamtheit zulässig.

– *Zur Begründetheit*

79 Was den zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes, der als Erstes zu prüfen ist, anbelangt, so kann sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes jeder berufen, bei dem die Verwaltung begründete Erwartungen geweckt hat. Niemand kann eine Verletzung dieses Grundsatzes geltend machen, der keine präzisen, nicht an Bedingungen geknüpften und übereinstimmenden Zusicherungen von einer zuständigen Unionsbehörde erhalten hat (Urteile vom 22. September 2011, *Bell & Ross/HABM*, C-426/10 P, EU:C:2011:612, Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 14. Juni 2016, *Marchiani/Parlament*, C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn. 77).

80 Im vorliegenden Fall vermag die Rechtsmittelführerin mit keinem ihrer Argumente nachzuweisen, dass das EUIPO gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen hätte und in weiterer Folge das Gericht einen Rechtsfehler begangen hätte.

81 Indem sie lediglich eine „Kombination von Faktoren“ angeführt hat, deren Gesamtbewertung ihr die Berufung auf einen solchen Grundsatz ermöglichen soll, hat sich die Rechtsmittelführerin nämlich in Wirklichkeit nicht auf eine aktive Handlung des EUIPO gestützt, aus der sie präzise, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Zusicherungen dahin gehend ableiten könnte, dass die streitigen Marken nicht für nichtig erklärt werden könnten.

82 Hierzu ist erstens festzustellen, dass sich die Rechtsmittelführerin auf keine konkrete Stelle einer EUIPO-Richtlinie stützt, mit der das EUIPO die Öffentlichkeit darüber informiert hätte, dass es nicht erforderlich sei, dass eine in einer Farbkombination bestehende Marke eine systematische Anordnung aufweise, in der die Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden würden. Zweitens kann – wie das Gericht in Rn. 132 des angefochtenen Urteils festgestellt hat – die Tatsache, dass der Prüfer des EUIPO zusätzliche Angaben über die streitigen Marken verlangt hat, nicht als eine präzise und nicht an Bedingungen geknüpfte Zusicherung des EUIPO gegenüber der Rechtsmittelführerin dahin gehend angesehen werden, dass die grafischen Darstellungen dieser Marken hinreichend eindeutig seien. Das Verhalten des Prüfers deutete im Gegenteil eher darauf hin, dass diese Zeichen nach Ansicht des EUIPO – gemessen an Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 – nicht hinreichend eindeutig waren. Drittens konnte die Tatsache, dass das EUIPO die streitigen Marken zunächst eingetragen hat, das EUIPO nicht für die Zukunft binden, da die Eintragung einer Marke – wie das Gericht in Rn. 133 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen festgestellt hat – nicht ausschließen kann, dass diese Marke für nichtig erklärt wird, wenn die Eintragung unter Missachtung eines der in Art. 7 der Verordnung Nr. 207/2009 vorgesehenen absoluten Eintragungshindernisse erfolgt ist. Eine gegenteilige Auslegung hätte zur Folge, dass Art. 52 der Verordnung Nr. 207/2009 jede Bedeutung verlöre.

- 83 Daher ist das Gericht ohne Rechtsfehler zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das EUIPO der Rechtsmittelführerin keine präzisen, nicht an Bedingungen geknüpften und übereinstimmenden Zusicherungen dahin gehend gegeben hatte, dass die von ihr vorgelegten Beschreibungen den Anforderungen des Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 entsprochen hätten.
- 84 Somit hat das Gericht in Rn. 134 des angefochtenen Urteils nur ergänzend ausgeführt, dass, selbst wenn unterstellt werde, dass die vom Prüfer des EUIPO übermittelten Auskünfte als präzise und nicht an Bedingungen geknüpfte Zusicherungen qualifiziert werden könnten, solche Zusicherungen kein berechtigtes Vertrauen begründen könnten, da sie nicht den geltenden Bestimmungen entsprächen. Daraus folgt, dass die Rüge der Rechtsmittelführerin gegen dieses nur ergänzend vorgebrachte Argument ins Leere geht.
- 85 Entgegen der Behauptung der Rechtsmittelführerin ist dem Gericht auch kein Rechtsfehler unterlaufen, als es in Rn. 142 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Tatsache, dass der Unionsrichter über die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 entschieden hat, nicht unbedingt bedeutet, dass die Marke als mit Art. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 in Einklang stehend gilt. Die Prüfung der Unterscheidungskraft durch das EUIPO oder den Unionsrichter bedeutet nämlich nicht, dass die Erfordernisse von Klarheit und Eindeutigkeit einer Marke bereits erfüllt sind.
- 86 Da diese Aspekte für sich genommen ausreichen, um festzustellen, dass sich die Rechtsmittelführerin nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen konnte, ist das Argument, dass das Gericht auf die EUIPO-Richtlinie aus der Zeit nach dem Jahr 2016 Bezug genommen habe, als ins Leere gehend zurückzuweisen.
- 87 Unter diesen Umständen ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.
- 88 Zum ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes genügt die Feststellung, dass das Urteil vom 16. Februar 2017, Brandconcern/EUIPO und Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122), und das Urteil vom 11. Oktober 2017, EUIPO/Cactus (C-501/15 P, EU:C:2017:750), nicht auf die vorliegende Rechtssache übertragbar sind, da – wie vom EUIPO betont – zum einen die diesen Urteilen zugrunde liegenden Rechtssachen keinen absoluten Nichtigkeitsgrund betrafen und zum anderen die genannten Urteile ergangen sind, nachdem mit dem Urteil vom 19. Juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361), eine Praxis des EUIPO für ungültig erklärt worden war, die zuvor in einer seiner Mitteilungen dargelegt worden war.
- 89 Die vorliegende Rechtssache betrifft jedoch einen Fall absoluter Nichtigkeit, und zu ihr ist es – wie in Rn. 81 des vorliegenden Urteils ausgeführt – gekommen, ohne dass sich die Parteien an präzise und übereinstimmende Angaben in einer Mitteilung des EUIPO gehalten hätten.
- 90 Somit sind der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes und folglich dieser Rechtsmittelgrund insgesamt als unbegründet zurückzuweisen.

Zum vierten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

- 91 Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin, das angefochtene Urteil verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil nicht geprüft worden sei, ob die streitigen Entscheidungen unverhältnismäßig seien, und ihr nicht gestattet worden sei, die Beschreibung der streitigen Marken zu präzisieren, um deren Nichtigkeitsklärung zu verhindern.
- 92 Die Rechtsmittelführerin räumt ein, dass es die Art. 43 und 48 der Verordnung Nr. 207/2009 grundsätzlich nicht zuließen, eine Marke und ihren Gegenstand nach ihrer Eintragung zu ändern. Im Fall der streitigen Marken seien die entsprechenden Beschreibungen jedoch nach ihrer Anmeldung hinzugefügt worden. Daher könnte dieser Mangel gemäß den Rn. 37 und 38 des Urteils vom 6. Mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244), durch Ergänzung der erforderlichen Angaben geheilt

werden, was in der Praxis durch die Mitteilung Nr. 6/03 des Präsidenten des EUIPO vom 10. November 2003 erlaubt worden sei.

- 93 Das EUIPO und Optimum Mark beantragen die Zurückweisung dieses Rechtsmittelgrundes.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 94 Nach ständiger Rechtsprechung ist ein erstmals im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens vor dem Gerichtshof vorgebrachtes Angriffs- oder Verteidigungsmittel als unzulässig zurückzuweisen. Wäre es nämlich einer Partei erlaubt, vor dem Gerichtshof erstmals ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorzubringen, das sie vor dem Gericht nicht vorgebracht hat, könnte sie den Gerichtshof, dessen Befugnisse im Rechtsmittelverfahren beschränkt sind, letztlich mit einem weiter reichenden Rechtsstreit befassen, als ihn das Gericht zu entscheiden hatte. Im Rahmen eines Rechtsmittels kann der Gerichtshof daher nur überprüfen, wie das Gericht die vor ihm erörterten Angriffs- und Verteidigungsmittel gewürdigt hat (Beschluss vom 13. November 2018, Toontrack Music/EUIPO, C-48/18 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:895, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 95 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Rechtsmittelführerin ihren Rechtsmittelgrund zwar auf einen angeblichen Verstoß des Gerichts gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stützt, in ihrer beim Gericht eingereichten Klageschrift jedoch begehrt hatte, die streitigen Marken im Hinblick auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes – und nicht den der Verhältnismäßigkeit – ergänzen zu können.

- 96 Da der vierte Rechtsmittelgrund somit ein neues Angriffsmittel darstellt, ist er als unzulässig zurückzuweisen.

Zum fünften Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

- 97 Mit ihrem fünften Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe dadurch, dass es ihr sämtliche Kosten auferlegt habe, gegen die Art. 134 und 135 seiner Verfahrensordnung verstoßen.

- 98 Die Rechtsmittelführerin stützt ihren Rechtsmittelgrund darauf, dass das Gericht angesichts dessen, dass es sich um eine außergewöhnliche Rechtssache handle, die Kosten aus Billigkeitsgründen dem EUIPO hätte auferlegen müssen.

- 99 Das EUIPO und Optimum Mark beantragen die Zurückweisung dieses Rechtsmittelgrundes.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 100 Nach Art. 58 Abs. 2 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist „[e]in Rechtsmittel nur gegen die Kostenentscheidung oder gegen die Kostenfestsetzung ... unzulässig“. Anträge, mit denen die Fehlerhaftigkeit der Kostenentscheidung des Gerichts geltend gemacht wird, sind gemäß dieser Bestimmung als unzulässig zurückzuweisen, wenn alle anderen Rechtsmittelgründe zurückgewiesen worden sind (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 15. Oktober 2012, Internationaler Hilfsfonds/Kommission, C-554/11 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2012:629, Rn. 38 und 39).

- 101 Im vorliegenden Fall ist der fünfte Rechtsmittelgrund – nachdem die ersten vier Rechtsmittelgründe zurückgewiesen worden sind – gemäß der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung als unzulässig zurückzuweisen.

- 102 Nach alledem ist das Rechtsmittel als teils unbegründet und teils unzulässig zurückzuweisen.

Kosten

- 103 Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der nach deren Art. 184 Abs. 1 auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Rechtsmittelführerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des EUIPO und von Optimum Mark die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zehnte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Red Bull GmbH trägt die Kosten.**

Unterschriften

* Verfahrenssprache: Englisch.