URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

20. Oktober 2011 *

In den verbundenen Rechtssachen C-344/10 P und C-345/10 P

betreffend Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 7. Juli 2010,

Freixenet SA mit Sitz in Sant Sadurní d'Anoia (Spanien), Prozessbevollmächtigte: F. de Visscher, E. Cornu und D. Moreau, avocats,

Rechtsmittelführerin,

anderer Verfahrensbeteiligter:

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

Beklagter im ersten Rechtszug,

erlässt

* Verfahrenssprache: Französisch.

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten K. Lenaerts, des Richters J. Malenovský, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter G. Arestis (Berichterstatter) und T. von Danwitz,

Generalanwältin: E. Sharpston,
Kanzler: K. Malacek, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2011,

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

folgendes

Urteil

1 Mit ihren Rechtsmitteln beantragt die Freixenet SA (im Folgenden: Freixenet) die Aufhebung der Urteile des Gerichts der Europäischen Union vom 27. April 2010, Freixenet/HABM (mattierte weiße Flasche) (T-109/08) und Freixenet/HABM (mattierte mattschwarze Flasche) (T-110/08) (im Folgenden zusammen: angefochtene Urteile), mit denen das Gericht ihre Klagen gegen die Entscheidungen der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster

und Modelle) (HABM) vom 30. Oktober 2007 (Sache R 97/2001-1) und vom 20. November 2007 (Sache R 104/2001-1) über die Anmeldung von Zeichen, die eine mattierte weiße Flasche und eine mattierte mattschwarze Flasche darstellen, als Gemeinschaftsmarken (im Folgenden: streitige Entscheidungen) abgewiesen hat.

Rechtlicher Rahmen

2 Die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1) aufgehoben, die am 13. April 2009 in Kraft trat. Wegen des Zeitraums, in den der Sachverhalt fällt, gilt für die vorliegenden Rechtsstreitigkeiten jedoch weiterhin die Verordnung Nr. 40/94.

3 Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen.

4 Nach Art. 7 Abs. 3 dieser Verordnung steht das in Abs. 1 Buchst. b dieses Artikels vorgesehene absolute Eintragungshindernis der Eintragung einer Marke nicht entgegen, wenn die Marke für die Waren, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.

5 Nach Art. 38 Abs. 3 kann die Anmeldung nur zurückgewiesen werden, wenn dem Anmelder zuvor Gelegenheit gegeben worden ist, die Anmeldung zurückzunehmen, zu ändern oder eine Stellungnahme einzureichen.

6 Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 bestimmt:

„Die Entscheidungen des [HABM] sind mit Gründen zu versehen. Sie dürfen nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten."

Vorgeschichte der Rechtsstreitigkeiten

7 Am 1. April 1996 meldete Freixenet beim HABM zwei Gemeinschaftsmarken an, bei denen es sich um die streitigen Darstellungen handelt. In den Anmeldungen gab Freixenet an, dass die angemeldeten Marken in die Kategorie „andere" fielen und aus der Gestaltungsform einer Ware bestünden. In der Anmeldung, die dem Urteil T-109/08 zugrunde lag, beanspruchte Freixenet die Farbe „mattgold" und beschrieb die Marke als eine „mattierte weiße Flasche, die, wenn sie mit Wein gefüllt ist, ein mattgoldenes Aussehen annimmt, als sei sie mit Raureif überzogen". In der Anmeldung, die dem Urteil T-110/08 zugrunde lag, beanspruchte Freixenet die Farbe „mattschwarz" und beschrieb die Marke als eine „mattierte mattschwarze Flasche". Den Anmeldungen war ferner eine Erklärung von Freixenet beigefügt, nach der „die Marke nicht auf die Erlangung eines privaten und ausschließlichen Schutzes für die Form der Flasche [ziele], sondern für den speziellen Aspekt ihrer Oberfläche".

8 Die Marken wurden für „Schaumweine" in Klasse 33 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.

9 Mit Entscheidungen vom 29. November 2000 wies der Prüfer des HABM die Anmeldungen mit der Begründung zurück, dass die Marken keine Unterscheidungskraft hätten und dass die von Freixenet vorgelegten Nachweise nicht den Schluss erlaubten, dass die Marken infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 erworben hätten.

10 Mit Entscheidungen vom 11. Februar 2004 in den Sachen R 97/2001-4 und R 104/2001-4 wies die Vierte Beschwerdekammer des HABM die von Freixenet erhobenen Beschwerden gegen die Entscheidungen des Prüfers zurück.

11 Mit den Urteilen vom 4. Oktober 2006, Freixenet/HABM (Form einer mattierten weißen Flasche) (T-190/04) und Freixenet/HABM (Form einer mattierten mattschwarzen Flasche) (T-188/04), hob das Gericht diese Entscheidungen mit der Begründung auf, dass die Beschwerdekammer gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 und den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte verstoßen habe.

12 Mit Entscheidungen vom 12. Dezember 2006 wies das Präsidium der Beschwerdekammern des HABM die beiden Sachen der Ersten Beschwerdekammer zu.

13 Mit Schreiben vom 18. Juni 2007 übermittelte die Erste Beschwerdekammer des HABM mit Rücksicht darauf, dass durch das Gericht bemängelt worden war, dass die Vierte Beschwerdekammer des HABM ihre Entscheidungen auf Nachweise gestützt habe, die sie Freixenet nicht vorher zur Kenntnis gebracht habe, dieser die Abbildungen der Flaschen, die in den vom Gericht aufgehobenen Entscheidungen der Vierten Beschwerdekammer angeführt worden waren, und die Adressen von Internetseiten, die in den Entscheidungen des Prüfers vom 29. November 2000 angeführt worden waren.

14 Mit Schreiben vom 9. August 2007 nahm Freixenet zu diesen Informationen Stellung.

15 Mit den streitigen Entscheidungen wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die bei ihr erhobenen Beschwerden zurück.

Verfahren vor dem Gericht und angefochtene Urteile

16 Mit Klageschriften, die am 28. Februar 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingingen, erhob Freixenet zwei Klagen, mit denen sie beantragte, die streitigen Entscheidungen aufzuheben und festzustellen, dass die Gemeinschaftsmarkenanmeldungen, die die streitigen Darstellungen zum Gegenstand haben, den Voraussetzungen für die Veröffentlichung gemäß Art. 40 der Verordnung Nr. 40/94 genügen.

17 Freixenet stützte ihre Klagen auf drei Klagegründe, mit denen sie jeweils einen Verstoß gegen Art. 73, gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 rügte.

18 Mit den angefochtenen Urteilen hat das Gericht diese drei Klagegründe zurückgewiesen und die Klagen in vollem Umfang abgewiesen.

19 Zu dem ersten Teil des ersten Klagegrundes, mit dem eine Verletzung der Begründungspflicht gemäß Art. 73 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wurde, hat das Gericht in Randnr. 20 der angefochtenen Urteile ausgeführt, dass die Beschwerdekammer

ihren Schluss, dass die Anmeldemarken keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung hätten, nicht durch präzise Verweise auf Aktenstücke habe untermauern müssen, soweit sie sich ausdrücklich auf die allgemeine praktische Erfahrung mit der Vermarktung von Massenkonsumgütern bezogen habe. Demgemäß hat das Gericht in Randnr. 21 der Urteile diesen ersten Teil des ersten Klagegrundes zurückgewiesen.

20 Im Rahmen desselben Teils dieses Klagegrundes hat das Gericht in Randnr. 22 der angefochtenen Urteile auch darauf hingewiesen, dass die Beschwerdekammer ihre Auffassung, wonach die alltägliche Erfahrung bestätige, dass die eigentliche Schaumweinmarke durch das Etikett wiedergegeben werde, auf die Erwägung gestützt habe, dass „[d]er beste Beweis hierfür die Abbildungen [sind], die die Vierte Kammer in ihrer Entscheidung erwähnte und die [Freixenet] übersandt wurden, sowie die Abbildungen, die [Freixenet] im Zuge ihrer Recherchen selbst ausfindig machen konnte". Das Gericht hat in Randnr. 23 der angefochtenen Urteile befunden, dass alle diese Abbildungen den Gedanken bestätigten, dass die eigentliche Marke von Schaumwein durch das Etikett und nicht die Form seiner Aufmachung angegeben werde, was die Begründung darstelle, auf die die Beschwerdekammer die streitigen Entscheidungen gestützt habe.

21 Zum zweiten Teil des ersten Klagegrundes, mit dem eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wurde, hat das Gericht in Randnr. 44 der angefochtenen Urteile ausgeführt, dass nach Auffassung der Ersten Beschwerdekammer des HABM das wesentliche Element, das für den betroffenen Verbraucher die Herkunft der Ware erkennen lasse, das auf der Schaumweinflasche angebrachte Etikett und nicht die Form der Flasche oder deren äußeres Erscheinungsbild sei. Das Gericht hat in Randnr. 45 der angefochtenen Urteile klargestellt, dass diese Beurteilung den vom HABM eingenommenen endgültigen Standpunkt bilde und darum grundsätzlich Freixenet nicht zur Stellungnahme habe mitgeteilt werden müssen. Nach Ansicht des Gerichts beruhte diese Beurteilung nicht auf von der Beschwerdekammer von Amts wegen ermittelten Tatsachen, sondern führte nur die Argumentation des Prüfers fort, der Freixenet am 19. November 1998 mitgeteilt habe, dass die Anmeldemarke das gewöhnliche Erscheinungsbild einer Schaumweinflasche zeige und daher keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 habe.

22 Im Rahmen dieses zweiten Teils des ersten Klagegrundes hat das Gericht in Randnr. 46 der angefochtenen Urteile weiter dargelegt, dass die aus der praktischen Erfahrung gezogenen Schlussfolgerungen, nämlich hinsichtlich der Bedeutung des Etiketts eines Schaumweins als Hinweis auf die Produktherkunft für den Verbraucher und der Vielgestaltigkeit der Präsentationen, als jedermann und damit auch Freixenet bekannt gelten könnten. Das Gericht hat erläutert, dass diese Schlussfolgerungen zur Kategorie der allgemein bekannten Tatsachen gehörten, deren Richtigkeit das HABM nicht nachzuweisen habe. Das Gericht hat auch darauf hingewiesen, dass sich diese Argumentation, auf die sich die Beschwerdekammer in den streitigen Entscheidungen hauptsächlich gestützt habe, in den Kontext der Diskussionen zwischen Freixenet und dem HABM über die Frage eingefügt habe, welche Elemente zu berücksichtigen seien, um die Unterscheidungskraft der Anmeldemarken festzustellen.

23 In Randnr. 47 der angefochtenen Urteile hat das Gericht ausgeführt, dass der Gedanke, wonach das Etikett den maßgeblichen Bezugspunkt für den Verbraucher von Schaumwein bilde, der sich nicht auf andere Elemente wie die Glasfarbe der Flasche oder das Erscheinungsbild ihrer Oberfläche stütze, im Mittelpunkt der Erwägungen des HABM gestanden habe und lediglich eine Feststellung bilde, die sich aus der praktischen Erfahrung ergebe. Das Gericht war der Ansicht, dass dieser Gedanke Freixenet nicht habe unbekannt sein können, und befand daher, dass Freixenet ohne Weiteres dazu in der Lage gewesen sei, diesen zunächst vom Prüfer und dann von der Ersten Beschwerdekammer des HABM hervorgehobenen Gedanken zurückzuweisen, um die Unterscheidungskraft ihrer Anmeldemarken darzutun und dementsprechend geltend zu machen, dass es nicht das Etikett, sondern die Aufmachung eines Schaumweins sei, die der Verbraucher bei der Auswahl dieses Produkts gewöhnlich beachte.

24 Da das Gericht im Übrigen angenommen hat, dass Freixenet ohne Weiteres Gelegenheit gehabt habe, zu den Abbildungen der in den Entscheidungen der Vierten Beschwerdekammer des HABM angeführten Flaschen Stellung zu nehmen, hat das Gericht in Randnr. 48 der angefochtenen Urteile entschieden, dass Freixenet insoweit nicht mit Erfolg eine Verletzung von Art. 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 rügen könne.

25 Das Gericht hat in Randnr. 49 der angefochtenen Urteile befunden, dass Freixenet im Einklang mit Art. 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 angehört worden sei, da sie zu den Gründen habe Stellung nehmen können, aus denen das HABM die Zurückweisung der Anmeldemarken wegen des Fehlens von Unterscheidungskraft unter diesem Aspekt in Aussicht genommen habe. Das Gericht hat sodann in Randnr. 50 der angefochtenen Urteile entschieden, dass Freixenet somit zu Unrecht geltend mache, dass die Beschwerdekammer Art. 73 Satz 2 der Verordnung dadurch verkannt habe, dass sie ihr nicht Gelegenheit zur Stellungnahme zu allgemein bekannten Tatsachen gegeben habe, die Freixenet nicht hätten unbekannt sein können und die den endgültigen Standpunkt des HABM hinsichtlich der fraglichen Flaschenabbildungen dargestellt hätten. Demgemäß hat das Gericht den zweiten Teil des ersten Klagegrundes zurückgewiesen.

26 Hinsichtlich des zweiten Klagegrundes — Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 — hat das Gericht in Randnr. 75 des Urteils T-109/08 und Randnr. 74 des Urteils T-110/08 insbesondere darauf verwiesen, dass die Beschwerdekammer des HABM im Rahmen ihrer eigentlichen Würdigung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarken angenommen habe, dass die Farbe und die Mattierung des Flaschenglases für Schaumwein nicht „als Marke funktionieren" könnten. Das Gericht hat in Randnr. 76 des Urteils T-109/08 und Randnr. 75 des Urteils T-110/08 hinzugefügt, dass Freixenet in diesem Zusammenhang zwar den eigentümlichen Charakter dieser Marken zum Zeitpunkt des 1. April 1996 geltend gemacht habe, den die Beschwerdekammer als solchen in den streitigen Entscheidungen nicht in Frage gestellt habe, dass aber eine solche Eigentümlichkeit nicht genüge, um die Unterscheidungskraft der Marken hinsichtlich der fraglichen Waren und der maßgeblichen Verkehrskreise zu begründen.

27 In Randnr. 79 des Urteils T-109/08 und Randnr. 78 des Urteils T-110/08 hat das Gericht befunden, dass die beiden von der Beschwerdekammer des HABM getroffenen und als solche von Freixenet nicht bestrittenen Tatsachenfeststellungen, wonach zum einen keine Flasche ohne Etikett oder entsprechende Kennzeichnung verkauft werde und zum anderen Freixenet selbst die Marke FREIXENET auf den von ihr als Marken angemeldeten Flaschen verwende, geeignet seien, den aus der praktischen Erfahrung gewonnenen Gedanken zu bestätigen, dass die Farbe und die Mattierung

des Flaschenglases für Schaumwein im Hinblick auf das relevante Publikum nicht „als Marke funktionieren“ könnten.

28 Im Rahmen dieses zweiten Klagegrundes hat das Gericht im Übrigen in Randnr. 81 des Urteils T-109/08 und Randnr. 80 des Urteils T-110/08 darauf hingewiesen, dass die Eigentümlichkeit der angemeldeten Marken unbestritten sei. Streitig sei vielmehr die Annahme, dass die große Mehrheit der Verbraucher das Erscheinungsbild der Flaschen nicht als geeigneten Hinweis auf die Herkunft des fraglichen Schaumweins wahrnähmen, sondern sich am Etikett orientierten.

29 Ferner hat das Gericht in Randnr. 82 des Urteils T-109/08 und Randnr. 81 des Urteils T-110/08 zu dem Argument, dass sich keine der in den streitigen Entscheidungen genannten Abbildungen von Schaumweinflaschen auf eine am Anmeldetag der Marken vertriebene Flasche beziehe, ausgeführt, dass dieses Argument bereits deshalb ins Leere gehe, weil die Beschwerdekammer des HABM in den streitigen Entscheidungen zutreffend hervorgehoben habe, dass „es keinen Präzedenzfall eines Weinerzeugers [gibt], der dem Publikum Wein in Flaschen ohne Aufschrift angeboten und allein oder hauptsächlich auf das Erscheinungsbild der Flasche als Hinweis auf die gewerbliche oder betriebliche Herkunft des Erzeugnisses vertraut hätte“. Das Gericht hat daraus geschlossen, dass selbst dann, wenn Freixenet das erste Unternehmen gewesen wäre, dass die als Marken angemeldete Aufmachung verwendet hätte, die Eigentümlichkeit dieser Aufmachung jedenfalls nicht ausreichend wäre, weil der Verbraucher angesichts der großen Vielfalt der in Geschäften angebotenen Aufmachungen für seine Kaufentscheidung zu jeder Zeit auf ein anderes Element abgestellt hätte.

30 Das Gericht ist so in Randnr. 85 des Urteils T-109/08 und Randnr. 84 des Urteils T-110/08 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beschwerdekammer den Anmeldemarken die Unterscheidungskraft zu Recht abgesprochen habe, und es hat demgemäß den zweiten Klagegrund zurückgewiesen.

31 Hinsichtlich des dritten Klagegrundes — Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 — hat das Gericht in Randnr. 113 des Urteils T-109/08 und Randnr. 108 des Urteils T-110/08 insbesondere unterstrichen, dass unstreitig neun der am Anmeldetag fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft von den durch Freixenet vorgelegten Marktstudien nicht erfasst gewesen seien.

32 In Randnr. 122 des Urteils T-109/08 und Randnr. 118 des Urteils T-110/08 hat das Gericht ferner klargestellt, dass den Anmeldemarken, da diese aus der Aufmachung einer Ware bestünden, kein Eintragungshindernis sprachlicher Art entgegenstehe und dass daher grundsätzlich für den gesamten Teil der Gemeinschaft, in dem die originäre Unterscheidungskraft fehle, der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung nachzuweisen sei, um diese Marken nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 eintragen zu können.

33 Das Gericht hat daraus in Randnr. 123 des Urteils T-109/08 und Randnr. 119 des Urteils T-110/08 den Schluss gezogen, dass mangels hinreichender stichhaltiger Nachweise für vierzehn der fünfzehn betroffenen Mitgliedstaaten der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung in Spanien nicht als genügend angesehen werden könne, um die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke zu erlangen, die einen einheitlichen Charakter habe und Wirkungen in der gesamten Gemeinschaft entfalte. Das Gericht war ferner der Ansicht, dass sich Freixenet insoweit nicht entsprechend auf das Urteil vom 6. Oktober 2009, PAGO International (C-301/07, Slg. 2009, I-9429), berufen könne, das ein Vorabentscheidungsersuchen zu Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 40/94 und die Frage betroffen habe, welcher Schutz sich aus der Bekanntheit einer bereits eingetragenen Gemeinschaftsmarke ergebe. Das Gericht hat daher entschieden, dass die Beschwerdekammer des HABM die von Freixenet vorgelegten Nachweise zu Recht für unzureichend erachtet habe, um eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Zeichen zu belegen, und es hat daher den dritten Klagegrund für unbegründet erachtet.

Anträge der Verfahrensbeteiligten und Verfahren vor dem Gerichtshof

34 Freixenet beantragt,

— die angefochtenen Urteile aufzuheben;

— ihren beim Gericht gestellten Anträgen stattzugeben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

35 Das HABM beantragt,

— die Rechtsmittel zurückzuweisen;

— Freixenet die Kosten aufzuerlegen.

36 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 10. November 2010 sind die Rechtssachen C-344/10 P und C-345/10 P zu gemeinsamem mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Zu den Rechtsmitteln

37 Freixenet stützt ihre Rechtsmittel auf drei Rechtsmittelgründe, mit denen sie erstens einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 3 und Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 sowie Art. 296 AEUV und Art. 6 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, zweitens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 und drittens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 dieser Verordnung rügt. Es erscheint angezeigt, zunächst den zweiten Rechtsmittelgrund zu prüfen.

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

38 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund macht Freixenet geltend, das Gericht habe gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, soweit es in den angefochtenen Urteilen entschieden habe, dass die Beschwerdekammer des HABM für ihre Zurückweisung der Anmeldungen keine konkreten Gesichtspunkte habe aufzeigen müssen und sich zur Verneinung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarken auf die Behauptung einer angeblich allgemein bekannten Tatsache habe beschränken dürfen, obgleich Freixenet konkrete und fundierte Angaben, die den eigentümlichen Charakter der Marken zum maßgeblichen Zeitpunkt belegt hätten, beigebracht habe, aus denen sich ergeben habe, dass diese Marken erheblich von der Branchennorm oder -üblichkeit abwichen. Da nach der Rechtsprechung die Beurteilung der Unterscheidungskraft in konkreter Weise vorzunehmen sei, müsse das HABM auf konkrete

Angaben des Anmelders seinerseits in konkreter Weise erwidern und dürfe sich nicht auf vage und allgemeine Negierungen beschränken, wie es das Gericht aber in den angefochtenen Urteilen zu Unrecht gebilligt habe.

39 Freixenet unterstreicht weiter, dass sich die angemeldeten Marken am 1. April 1996 erheblich von der Branchennorm abgehoben hätten, und weist insoweit darauf hin, dass die Eigentümlichkeit der Marken sowohl von der Beschwerdekammer des HABM als auch, in den Randnrn. 76 und 81 des Urteils T-109/08 und den Randnrn. 75 und 80 des Urteils T-110/08, vom Gericht anerkannt worden sei. Da nach der Rechtsprechung bereits eine Eignung zur Kennzeichnung der Produktherkunft genüge, um das Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 entfallen zu lassen, und in Anbetracht des Umstands, dass die Marken eine minimale Unterscheidungskraft aufwiesen, was vom Gericht mit ihrer Einstufung als eigentümlich eingeräumt worden sei, stelle es einen Rechtsfehler dar, dass das Gericht ihnen unter Verstoß gegen diese Bestimmung eine Unterscheidungskraft abgesprochen habe, obgleich die Voraussetzungen für den Schutz erfüllt gewesen seien.

40 Nach Auffassung von Freixenet ergibt sich ein Verstoß des Gerichts gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 auch aus der Bedeutung, die es dem Erfordernis der Kombinierung eines Wortelements mit den Anmeldemarken dadurch beigemessen habe, dass es sich in Randnr. 82 des Urteils T-109/08 und Randnr. 81 des Urteils T-110/08 die Feststellung der Beschwerdekammer des HABM zu eigen gemacht habe, der zufolge „es keinen Präzedenzfall eines Weinerzeugers [gibt], der dem Publikum Wein in Flaschen ohne Aufschrift angeboten und allein oder hauptsächlich auf das Erscheinungsbild der Flasche als Hinweis auf die gewerbliche oder betriebliche Herkunft des Erzeugnisses vertraut hätte“. Das Gericht habe damit fehlerhaft angenommen, dass ein Zeichen, das kein Wortzeichen sei, keine Unterscheidungskraft besitze, wenn es nicht in Verbindung mit einem Wortelement verwendet werde, obgleich weder die Verordnung Nr. 40/94 noch die Rechtsprechung die Eintragung einer Marke, die aus der Gestaltungsform einer Ware oder der ihrer Aufmachung bestehe, von dem Vorhandensein von Aufschriften oder Wortelementen abhängig machten.

41 Das HABM tritt dem Vorbringen von Freixenet entgegen und ist der Ansicht, dass der zweite Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

42 Nach ständiger Rechtsprechung besagt die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94, 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. u. a. Urteile vom 29. April 2004, Henkel/HABM, C-456/01 P und C-457/01 P, Slg. 2004, I-5089, Randnr. 34, vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, Slg. 2004, I-9165, Randnr. 29, und vom 25. Oktober 2007, Develey/HABM, C-238/06 P, Slg. 2007, I-9375, Randnr. 79).

43 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 zu beurteilen (vgl. u. a. Urteile Henkel/HABM, Randnr. 35, vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, Slg. 2006, I-5719, Randnr. 25, und Develey/HABM, Randnr. 79).

44 Im vorliegenden Fall ist, wie das Gericht in Randnr. 69 des Urteils T-109/08 und Randnr. 68 des Urteils T-110/08 festgestellt hat, zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig, dass die in Frage stehenden Waren, d. h. Schaumweine, Massenkonsumgüter sind und dass die maßgeblichen Verkehrskreise aus der allgemeinen Verbraucherschaft der fünfzehn Mitgliedstaaten bestehen, die am Anmeldetag der Gemeinschaft angehörten.

45 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als die für andere Kategorien von Marken geltenden (vgl. u. a. Urteile Mag Instrument/HABM, Randnr. 30, vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, Slg. 2006, I-551, Randnr. 27, Storck/HABM, Randnr. 26, und vom 4. Oktober 2007, Henkel/HABM, C-144/06 P, Slg. 2007, I-8109, Randnr. 36).

46 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 wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente 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. u. a. Urteile Mag Instrument/HABM, Randnr. 30, Deutsche SiSi-Werke/HABM, Randnr. 28, und Storck/HABM, Randnr. 27).

47 Unter solchen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Üblichkeit der Branche abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (vgl. u. a. Urteile Mag Instrument/HABM, Randnr. 31, Deutsche SiSi-Werke/HABM, Randnr. 31, und Storck/HABM, Randnr. 28).

48 Diese Rechtsprechung, die zu dreidimensionalen Marken entwickelt wurde, welche aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst oder der Verpackung von Waren bestehen, die, wie Flüssigkeiten, aus mit der Art der Ware selbst zusammenhängenden Gründen verpackt Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sind (vgl. Urteile Deutsche SiSi-Werke/HABM, Randnr. 29, und vom 4. Oktober 2007, Henkel/HABM, Randnr. 38), ist ebenfalls einschlägig, wenn die angemeldete Marke, wie im vorliegenden Fall, eine

„andere“ Marke ist, die aus dem besonderen Aussehen der Oberfläche der Verpackung eines flüssigen Produkts besteht. Denn auch in einem solchen Fall besteht die Marke nicht aus einem Zeichen, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Ware unabhängig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Storck/HABM, Randnr. 29).

49 Wenn das Gericht in den Randnrn. 63 bis 67 des Urteils T-109/08 und den Randnrn. 62 bis 66 des Urteils T-110/08 die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien auch richtig wiedergegeben hat, lässt sich diesen Urteilen dennoch entnehmen, dass es dieser Rechtsprechung in der Beurteilung des vorliegenden Falles nicht gefolgt ist.

50 Anstatt nämlich zu prüfen, ob die Anmeldemarken erheblich von der Branchennorm oder -üblichkeit abwichen, hat das Gericht in Randnr. 79 des Urteils T-109/08 und Randnr. 78 des Urteils T-110/08 lediglich festgestellt, dass, da keine Flasche ohne Etikett oder entsprechende Kennzeichnung verkauft werde, nur ein solches Wortelement die Herkunft von Schaumwein kennzeichnen könne, so dass die Farbe und die Mattierung des Flaschenglases für Schaumwein im Hinblick auf die maßgeblichen Verkehrskreise nicht „als Marke funktionieren“ könnten, wenn sie nicht in Verbindung mit einem Wortelement verwendet würden.

51 Eine solche Beurteilung hat zur Folge, dass Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Aufmachung der Ware selbst bestehen und keine Aufschrift oder kein Wortelement aufweisen, systematisch von dem durch die Verordnung Nr. 40/94 gewährten Schutz ausgeschlossen werden.

52 Folglich hat das Gericht gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. September 2001, Procter & Gamble/HABM [Baby-dry], C-383/99 P, Slg. 2001, I-6251, Randnr. 45).

53 Unter diesen Umständen ist dem zweiten Rechtsmittelgrund von Freixenet zu folgen, und die angefochtenen Urteile sind aufzuheben, ohne dass die übrigen Rechtsmittelgründe geprüft zu werden brauchen.

Zu den Klagen vor dem Gericht

54 Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 2 seiner Satzung kann der Gerichtshof der Europäischen Union im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Gerichts den Rechtsstreit selbst entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist. Das ist hier der Fall.

55 So ist den Anträgen, mit denen Freixenet vor dem Gericht die Aufhebung der streitigen Entscheidungen wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 beantragt hat, aus den in den Randnrn. 45 bis 52 des vorliegenden Urteils dargelegten Gründen stattzugeben. Der Beschwerdekammer des HABM ist nämlich der gleiche Rechtsfehler wie dem Gericht mit ihrer in den Randnrn. 34 und 37 der Entscheidung vom 30. Oktober 2007 und den Randnrn. 31 und 34 der Entscheidung vom 20. November 2007 getroffenen Feststellung unterlaufen, dass „nicht das äußere Erscheinungsbild die Funktion einer Marke [erfüllt], sondern das Etikett“, da die Beschwerdekammer infolgedessen nicht prüfte, ob die Anmeldemarken von der Branchennorm oder -üblichkeit erheblich abwichen und daher Unterscheidungskraft aufwiesen.

56 Demnach sind die streitigen Entscheidungen aufzuheben, ohne dass die übrigen von Freixenet vor dem Gericht geltend gemachten Klagegründe geprüft zu werden brauchen.

Kosten

57 Gemäß Art. 122 der Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er selbst den Rechtsstreit endgültig entscheidet. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 118 im Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da Freixenet die Verurteilung des HABM in die Kosten beantragt hat und dieses mit seinem Vorbringen unterlegen ist, sind ihm die Kosten der Verfahren im ersten Rechtszug und der Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen.

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

1. **Die Urteile des Gerichts der Europäischen Union vom 27. April 2010, Freixenet/HABM (mattierte weiße Flasche) (T-109/08) und Freixenet/HABM (mattierte mattschwarze Flasche) (T-110/08), werden aufgehoben.**

2. **Die Entscheidungen der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 30. Oktober 2007 (Sache R 97/2001-1) und vom 20. November 2007 (Sache R 104/2001-1) werden aufgehoben.**

3. **Das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) trägt die Kosten der Verfahren im ersten Rechtszug und der Rechtsmittelverfahren.**

Unterschriften