Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

14. Mai 2013*

„Gemeinschaftsmarke — Anmeldung der Gemeinschaftswortmarke fluege.de — Absolute Eintragungshindernisse — Beschreibender Charakter — Fehlende Unterscheidungskraft — Durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft — Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c, 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009“

In der Rechtssache T-244/12

Unister GmbH mit Sitz in Leipzig (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt H. Hug und Rechtsanwältin A. Kessler-Jensch,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch D. Walicka als Bevollmächtigte,

Beklagter,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 14. März 2012 (Sache R 2149/2011-1) über die Anmeldung des Wortzeichens fluege.de als Gemeinschaftsmarke

erlässt

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten N. J. Forwood sowie der Richter F. Dehousse (Berichterstatter) und J. Schwarcz,

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 30. Mai 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 6. September 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund des Umstands, dass keine der Parteien binnen der Frist von einem Monat nach der Mitteilung, dass das schriftliche Verfahren abgeschlossen ist, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des daher auf Bericht des Berichterstatters gemäß Art. 135a der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 27. Januar 2011 meldete die Klägerin, die Unister GmbH, 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 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das Wortzeichen fluege.de.

3 Die Marke wurde für Waren und Dienstleistungen der Klassen 25, 28, 35, 39, 41 und 43 des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in revidierter und geänderter Fassung angemeldet.

4 Von diesen Waren und Dienstleistungen sind nur die folgenden Dienstleistungen der Klassen 35, 39 und 43 (im Folgenden: streitige Dienstleistungen) Gegenstand der vorliegenden Klage:

— Klasse 35: „Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten“;

— Klasse 39: „Transportwesen; Verpackung und Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen“;

— Klasse 43: „Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen; Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen“.

5 Mit Entscheidung vom 22. August 2011 wies die Prüferin die Anmeldung der Marke gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c und Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 in Bezug auf die streitigen Dienstleistungen mit der Begründung zurück, sie sei beschreibend und es mangle ihr an Unterscheidungskraft.

6 Am 17. Oktober 2011 legte die Klägerin gegen die Entscheidung der Prüferin nach den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 Beschwerde ein.

7 Mit Entscheidung vom 14. März 2012 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass die angemeldete Marke beschreibend sei und ihr die Unterscheidungskraft fehle.

Anträge der Parteien

8 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

9 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

10 Die Klägerin stützt ihre Klage auf drei Klagegründe, mit denen sie erstens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009, zweitens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung und drittens die durch Benutzung der angemeldeten Marke erworbene Unterscheidungskraft geltend macht.

Zum ersten Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 gerügt wird

11 Die Klägerin wendet sich gegen die Feststellung der Beschwerdekammer, dass die angemeldete Marke beschreibend sei. Bei dem Begriff „fluege“ handle es sich um eine Wortbildung, die der deutschen Sprache fremd sei, in der es lediglich den Begriff „Flüge“ gebe, der den Buchstaben „ü“ aufweise, mit der Folge, dass aufgrund der unüblichen Schreibweise des Begriffs „fluege“ der Durchschnittsverbraucher in der Anmeldemarke einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sehen werde.

12 Der Durchschnittsverbraucher sei daran gewöhnt, selbst unter einem Domänennamen der zweiten Stufe, der aus einem Gattungsbegriff gebildet werde, ein Internetportal zu finden, das von einem einzelnen gewerblichen Anbieter betrieben werde. Im vorliegenden Fall handle es sich bei dem Begriff „fluege“ in Anbetracht seiner unüblichen Schreibweise nicht einmal um einen Gattungsbegriff. Das HABM habe nicht berücksichtigt, dass seit 2004 Domänennamen mit Sonderzeichen wie dem Buchstaben „ü“ registriert werden könnten.

13 Selbst wenn die maßgeblichen Verkehrskreise die Anmeldemarke im Sinne eines auf eine deutsche Internetadresse hinweisenden Domänennamens verstehen würden, unter der Flüge angeboten würden, wiesen die streitigen Dienstleistungen keinerlei bzw. keinen hinreichenden Bezug zum Angebot von Flügen auf. Im vorliegenden Fall bestehe kein Freihaltebedürfnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009.

14 Das HABM tritt der Auffassung der Klägerin entgegen.

15 Es ist daran zu erinnern, dass nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 von der Eintragung Marken ausgeschlossen sind, „die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können“. In Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 heißt es ferner, dass „[d]ie Vorschriften des Absatzes 1 … auch dann Anwendung [finden], wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Gemeinschaft vorliegen“.

16 Nach der Rechtsprechung verhindert Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009, dass die in dieser Bestimmung genannten Zeichen oder Angaben aufgrund ihrer Eintragung als Marke einem einzigen Unternehmen vorbehalten werden. Die Bestimmung verfolgt damit ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel, das verlangt, dass solche Zeichen oder Angaben von jedermann frei verwendet werden können (Urteil des Gerichtshofs vom 23. Oktober 2003, HABM/Wrigley, C-191/01 P, Slg. 2003, I-12447, Randnr. 31, Urteile des Gerichts vom 27. Februar 2002, Ellos/HABM [ELLOS], T-219/00, Slg. 2002, II-753, Randnr. 27, und vom 7. Juli 2011, Cree/HABM [TRUEWHITE], T-208/10, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 12).

17 Außerdem werden Zeichen oder Angaben, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der Ware oder Dienstleistung dienen können, für die die Eintragung beantragt wird, gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 als ungeeignet angesehen, die wesentliche Funktion der

Marke zu erfüllen, die darin besteht, die betriebliche Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu identifizieren, um es dem Verbraucher, der die mit der Marke gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung erwirbt, so zu ermöglichen, bei einem weiteren Erwerb seine Entscheidung davon abhängig zu machen, ob er gute oder schlechte Erfahrungen gemacht hat (Urteile HABM/Wrigley, oben in Randnr. 16 angeführt, Randnr. 30, und TRUEWHITE, oben in Randnr. 16 angeführt, Randnr. 13).

18 Folglich fällt ein Zeichen unter das in dieser Bestimmung aufgestellte Verbot, wenn es zu den fraglichen Waren oder Dienstleistungen einen hinreichend direkten und konkreten Bezug aufweist, der es den betroffenen Verkehrskreisen ermöglicht, unmittelbar und ohne weitere Überlegung eine Beschreibung der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen oder eines ihrer Merkmale zu erkennen (vgl. Urteil TRUEWHITE, oben in Randnr. 16 angeführt, Randnr. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 Ob ein Zeichen beschreibend ist, kann ferner nur im Hinblick auf seine Wahrnehmung durch die maßgeblichen Verkehrskreise und in Bezug auf die betroffenen Waren und Dienstleistungen beurteilt werden (vgl. Urteile des Gerichts vom 27. Februar 2002, Eurocool Logistik/HABM [EUROCOOL], T-34/00, Slg. 2002, II-683, Randnr. 38, und TRUEWHITE, oben in Randnr. 16 angeführt, Randnr. 17).

20 Was die maßgeblichen Verkehrskreise angeht, richten sich – wie in den Randnrn. 12 und 13 der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen zutreffend festgestellt worden ist – die streitigen Dienstleistungen sowohl an die durchschnittlichen Verbraucher als auch an Fachleute und hat die Prüfung des beschreibenden Charakters der Anmeldemarke unter Berücksichtigung der Bestandteile dieser Marke im Hinblick auf die deutschsprachigen Verkehrskreise die größte Bedeutung. Ob die angemeldete Marke eine beschreibende Bedeutung hat, ist daher – was die Klägerin im Übrigen nicht bestreitet – im Hinblick auf den deutschsprachigen Durchschnittsverbraucher in der Europäischen Union zu prüfen.

21 Wie die Beschwerdekammer ausgeführt hat, setzt sich die Anmeldemarke aus den miteinander verbundenen Bestandteilen „fluege“ und „.de“ zusammen, wobei es sich beim ersten dieser Bestandteile um eine kleingeschriebene und anstelle des Buchstabens „ü“ mit der Buchstabenfolge „ue“ versehene Variante des deutschen Begriffs „Flüge“ und beim zweiten um einen mit einem Land oder einem unabhängigen Gebiet, hier Deutschland, in Verbindung stehenden Domänennamen oberster Stufe (country code Top-Level Domain [ccTLD]) handelt.

22 Nach Auffassung der Beschwerdekammer war bei der Untersuchung des Bestandteils „fluege“ zu berücksichtigen, dass der Verkehr an bestimmte Besonderheiten bei der Schreibung von Internetadressen gewöhnt sei. Zu diesen Besonderheiten gehöre, dass solche Adressen regelmäßig kleingeschrieben würden, dass Sonderzeichen wie die Buchstaben „ä“, „ü“, „ö“ und „ß“ häufig durch die Buchstabenfolgen „ae“, „ue“, „oe“ und „ss“ ersetzt würden und dass diese Sonderzeichen aus technischen Gründen nicht zur Verfügung gestanden hätten oder stünden. Da der Verkehr diese Besonderheiten kenne, nehme er sie nicht als Abweichungen vom üblichen Sprachgebrauch wahr.

23 Der Klägerin ist es nicht gelungen, diesen Erwägungen in stichhaltiger Weise entgegenzutreten. Insbesondere ihre Behauptung, die Beschwerdekammer habe die seit 2004 bestehende Möglichkeit unberücksichtigt gelassen, Umlaute (wie den Buchstaben „ü“) in Internetadressen zu verwenden, widerspricht nicht dem von der Beschwerdekammer angeführten Umstand, dass die Umlaute häufig durch Buchstabenfolgen ersetzt würden, sowie der Beurteilung dieser Kammer, wonach der Begriff „fluege“ von den maßgeblichen Verkehrskreisen ohne Weiteres als eine im Internet nicht ungewöhnliche bloße orthografische Variante des deutschen Begriffs „Flüge“ wahrgenommen werde.

24 Dass dem Begriff „fluege“ in der angemeldeten Marke der Domänenname oberster Stufe „.de“ angefügt ist, bedeutet entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht, dass die maßgeblichen Verkehrskreise diesem Begriff eine gesteigerte Aufmerksamkeit widmeten.

25 Vielmehr spricht der Umstand, dass das angemeldete Zeichen in Anbetracht seiner Endung „.de“ von diesen Verkehrskreisen von vornherein als Domänenname und somit als Hinweis auf eine Internetadresse wahrgenommen werden kann, eher für die Annahme, dass dieses Publikum der Tatsache, dass der Begriff „fluege“ aus einem kleingeschriebenen Anfangsbuchstaben und der Buchstabenfolge „ue“ gebildet wird, nur eine geringere Aufmerksamkeit widmen wird.

26 Zudem führt der Umstand, dass einem beschreibenden und nicht unterscheidungskräftigen Begriff ein Bestandteil angefügt wird, der einem Domänennamen oberster Stufe (z. B. dem Domänennamen oberster Stufe „.de“) entspricht, nicht dazu, dem sich hieraus ergebenden Zeichen – das die maßgeblichen Verkehrskreise ohne Weiteres als Domänennamen und somit als Hinweis auf eine Internetadresse erkennen können – Unterscheidungskraft zu verleihen. Der unterscheidungskräftige Teil eines solchen Domänennamens ist nämlich nicht der Domänenname oberster Stufe, der gegebenenfalls aus einem Punkt und einer der länderspezifischen Variante entsprechenden Buchstabenfolge besteht, sondern allenfalls der Domänenname zweiter Stufe, dem der Domänenname oberster Stufe angefügt ist.

27 Soweit, wie es die Klägerin im Wesentlichen tut, dahin argumentiert wird, dass eine aus einem Domänennamen bestehende Marke, selbst wenn sie einen beschreibenden Begriff aufweist, deshalb schutzfähig sein müsste, weil jeder Internetnutzer wisse, dass selbst hinter einem aus einem beschreibenden Begriff gebildeten Domänennamen das Portal eines einzelnen gewerblichen Anbieters zu finden sei, ist ein solches Vorbringen zurückzuweisen.

28 Ein Domänenname als solcher verweist nämlich allenfalls auf eine Internetadresse, nicht aber auf die betriebliche Herkunft von Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Herstellers oder Erbringers. Für die Eignung eines Domänennamens, als Gemeinschaftsmarke eingetragen zu werden, sind im Hinblick auf die absoluten Eintragungshindernisse der Verordnung Nr. 207/2009 die Praxis bei der Zuteilung der Domänennamen und deren Verwendung nicht ausschlaggebend.

29 In diesem Zusammenhang ist auf die Notwendigkeit hinzuweisen, zwischen den mit der Eintragung eines Domänennamens verbundenen Rechten auf der einen und den Rechten, die aus der Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke erwachsen, auf der anderen Seite zu unterscheiden. So bedeutet der Umstand, dass eine Partei über einen Domänennamen wie den Domänennamen „fluege.de“ verfügt, nicht, dass dieser Domänenname deshalb als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden könnte. Dafür ist nämlich erforderlich, dass er sämtliche in der Verordnung Nr. 207/2009 insoweit aufgestellten Voraussetzungen erfüllt (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2007, DeTeMedien/HABM [suchen.de], T-117/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 44).

30 Daher geht jedes Argument, das daran geknüpft sein könnte, dass aufgrund eines an dem in Rede stehenden Domänennamen angeblich erworbenen Ausschließlichkeitsrechts ein Freihaltebedürfnis fehle, ins Leere (vgl. in diesem Sinne Urteil suchen.de, oben in Randnr. 29 angeführt, Randnr. 44).

31 Nach alledem konnte die Beschwerdekammer fehlerfrei zu dem Ergebnis gelangen, dass die angemeldete Marke von den maßgeblichen Verkehrskreisen ohne Weiteres als ein Domänenname wahrgenommen werden könne, der auf die Adresse einer Internetseite im Bereich des Luftverkehrs und von Flügen hinweise.

32 Die Klägerin macht weiter geltend, dass die streitigen Dienstleistungen selbst dann, wenn die maßgeblichen Verkehrskreise die angemeldete Marke im Sinne eines auf eine deutsche Internetadresse hinweisenden Domänennamens verstünden, unter der Flüge angeboten würden, keinerlei bzw. keinen hinreichenden Bezug zum Angebot von Flügen aufwiesen.

33 Eine beschreibende Bedeutung könne der Anmeldemarke für die fraglichen Dienstleistungen nicht entnommen werden, und zwar weder in Bezug auf die Dienstleistungen „Werbung“, „Unternehmensverwaltung“ und „Büroarbeiten“ (der Klasse 35), die bei jeder geschäftlichen Tätigkeit relevant seien, noch in Bezug auf die „Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen“ und die „Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen“ (der Klasse 43), noch auch, in Anbetracht der bloßen Vermittlung von Flügen durch die Klägerin, in Bezug auf die Dienstleistungen im „Transportwesen“, der „Verpackung und Lagerung von Waren“ sowie der „Veranstaltung von Reisen“ (der Klasse 39).

34 Die Beschwerdekammer ist in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass die angemeldete Marke für sämtliche streitige Dienstleistungen beschreibend sei.

35 In Randnr. 21 der angefochtenen Entscheidung hat sie insbesondere ausgeführt, dass die „Werbung“ auch die Werbung für Flüge und Flugunternehmen einschließe, dass die „Unternehmensverwaltung“ und die „Büroarbeiten“ einen speziellen, an den besonderen Anforderungen von Flugunternehmen orientierten Charakter aufweisen könnten, dass das „Transportwesen“ den Transport per Flugzeug einschließe, dass die „Verpackung und Lagerung von Waren“ dem übergeordneten Zweck des Warentransports per Flugzeug dienen könnten, dass die „Veranstaltung von Reisen“ und die „Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen“ die Veranstaltung von Flugreisen und Verpflegung von Gästen auf Flugreisen einschlössen und schließlich, dass die „Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen“ speziellen Anforderungen von Flugreisenden Rechnung tragen könnten, wie etwa im Falle von Flughafenhotels.

36 Die angemeldete Marke vermittle den maßgeblichen Verkehrskreisen daher offensichtliche und direkte Informationen zur Art der streitigen Dienstleistungen (Randnrn. 22 und 23 der angefochtenen Entscheidung), weshalb sie für diese Dienstleistungen beschreibend im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 sei.

37 Diese Beurteilung durch die Beschwerdekammer ist entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht fehlerhaft.

38 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die angemeldete Marke dadurch, dass sie von den maßgeblichen Verkehrskreisen ohne Weiteres als ein Domänenname wahrgenommen werden kann, der auf die Adresse einer Internetseite im Bereich des Luftverkehrs und von Flügen hinweist, für Dienstleistungen im „Transportwesen“ der Klasse 39 und im Rahmen dieser Dienstleistungen insbesondere für Dienstleistungen des Transports per Flugzeug beschreibend im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 ist.

39 Insoweit ist der von der Klägerin geltend gemachte Umstand, ihre konkrete Tätigkeit bestehe nicht im Transport per Flugzeug, sondern in der Vermittlung von Flügen, ohne jede Bedeutung. Die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke im Hinblick auf das absolute Eintragungshindernis nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 hängt nämlich keineswegs von der konkreten Tätigkeit des Markenanmelders, sondern nur von der Frage ab, ob diese Marke für die Waren und Dienstleistungen, wie sie in der Anmeldung bezeichnet sind, beschreibend ist.

40 Hinzu kommt, dass die Eintragung eines Wortzeichens auch dann abgelehnt werden kann, wenn es nur für einen Teil der Waren oder Dienstleistungen einer als solcher in der Anmeldung aufgeführten Kategorie beschreibenden Charakter hat. Würde in einem solchen Fall das fragliche Zeichen für die genannte Kategorie als Gemeinschaftsmarke eingetragen, wäre sein Inhaber nämlich durch nichts gehindert, es auch für die Waren oder Dienstleistungen dieser Kategorie zu verwenden, für die es beschreibend ist (vgl. Urteil des Gerichts vom 9. Juli 2008, Reber/HABM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli [Mozart], T-304/06, Slg. 2008, II-1927, Randnr. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung, und Urteil TRUEWHITE, oben in Randnr. 16 angeführt, Randnr. 27).

41 Zu der weiteren Frage, ob die angemeldete Marke über die Dienstleistungen im „Transportwesen“ hinaus auch für die anderen in der Anmeldung angesprochenen streitigen Dienstleistungen beschreibend ist, ist mit der Beschwerdekammer und aus den oben in Randnr. 35 angeführten Gründen festzustellen, dass diese anderen, in der Anmeldung sehr extensiv umschriebenen Dienstleistungen alle im Bereich des Luftverkehrs und von Flügen und in engem Bezug zu ihnen erbracht werden können.

42 Da die Klägerin ihre Markenanmeldung in keiner Weise beschränkt hat, um diese weiteren streitigen Dienstleistungen von ihrem Geltungsbereich auszunehmen, soweit sie im Bereich des Luftverkehrs und von Flügen erbracht werden, hat die Beschwerdekammer aus den insbesondere in den Randnrn. 20 bis 22 der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründen zu Recht festgestellt, dass die angemeldete Marke im Hinblick auf diese weiteren streitigen Dienstleistungen beschreibend im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 ist (Urteil des Gerichts vom 8. Juni 2005, Wilfer/HABM [ROCKBASS], T-315/03, Slg. 2005, II-1981, Randnr. 70; vgl. entsprechend Urteil des Gerichts vom 11. Februar 2010, Deutsche BKK/HABM [Deutsche BKK], T-289/08, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 49).

43 Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009 gerügt wird, als unbegründet zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 gerügt wird

44 Die Klägerin meint, dass die angemeldete Marke unter Berücksichtigung des ungewöhnlichen Charakters des Begriffs „fluege“ in der deutschen Sprache und der aus der Einmaligkeit der Registrierung einer Internetdomäne resultierenden besonderen Aufmerksamkeit der maßgeblichen Verkehrskreise das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft aufweise, um ihre Eintragung zu rechtfertigen.

45 Das HABM tritt der Auffassung der Klägerin entgegen.

46 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Überschneidung zwischen den absoluten Eintragungshindernissen insbesondere impliziert, dass einer Wortmarke, die Merkmale von Waren oder Dienstleistungen beschreibt, aus diesem Grund in Bezug auf diese Waren oder Dienstleistungen die Unterscheidungskraft fehlen kann, und zwar unbeschadet anderer Gründe, die dieses Fehlen von Unterscheidungskraft begründen können (vgl. Beschluss des Gerichtshofs vom 18. März 2010, CFCMCEE/HABM, C-282/09 P, Slg. 2010, I-2395, Randnr. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 Im vorliegenden Fall ist festgestellt worden, dass die Beschwerdekammer fehlerfrei befunden hat, dass die angemeldete Marke für die streitigen Dienstleistungen beschreibend sei. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hingewiesen worden, dass der Umstand, dass einem beschreibenden und nicht unterscheidungskräftigen Begriff ein Punkt und eine Buchstabenfolge angefügt wird, die einem Domänennamen oberster Stufe entspricht, nicht dazu führt, dem sich hieraus ergebenden Zeichen, das die maßgeblichen Verkehrskreise ohne Weiteres als auf eine Internetadresse hinweisenden Domänennamen erkennen können, Unterscheidungskraft zu verleihen.

48 Folglich ist der vorliegende Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 gerügt wird, als unbegründet zurückzuweisen.

Zum dritten Klagegrund, mit dem die durch Benutzung der angemeldeten Marke erworbene Unterscheidungskraft geltend gemacht wird

49 Die Klägerin macht geltend, dass die angemeldete Marke aufgrund ihrer Benutzung in Deutschland sowie im übrigen deutschsprachigen Gebiet der Union Unterscheidungskraft erlangt habe. Sie legt Unterlagen hierzu vor und leitet aus ihnen ab, dass die angemeldete Marke einzutragen und die angefochtene Entscheidung aufzuheben sei.

50 Das HABM beruft sich darauf, dass die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft vor dem Gericht verspätet geltend gemacht und dass sie jedenfalls nicht nachgewiesen worden sei.

51 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klage beim Gericht auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von den Beschwerdekammern des HABM erlassenen Entscheidungen im Sinne von Art. 65 der Verordnung Nr. 207/2009 gerichtet ist. Gemäß Art. 135 § 4 der Verfahrensordnung des Gerichts können ferner die Schriftsätze der Parteien den vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand nicht ändern.

52 Im vorliegenden Fall ist der Akte zu entnehmen, dass die Klägerin den Umstand, dass die angemeldete Marke durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 erworben habe, im Verfahren vor dem HABM nicht geltend gemacht hat. Mithin wurde die Frage, ob das in Rede stehende Wortzeichen durch die Benutzung, die von ihm gemacht worden sein soll, Unterscheidungskraft erlangt hat, vor dem HABM nicht erörtert.

53 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Berufung auf die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft sowohl in einem Ex-parte-Verfahren als auch in einem Inter-partes-Verfahren eine eigenständige Rechtsfrage gegenüber der ist, ob der betreffenden Marke von Haus aus Unterscheidungskraft zukommt. Hat sich daher eine Partei im Verfahren vor dem HABM nicht auf die von ihrer Marke erworbene Unterscheidungskraft berufen, ist das HABM nicht verpflichtet, von Amts wegen deren Vorliegen zu prüfen (vgl. Urteil des Gerichts vom 10. März 2010, Baid/HABM [LE GOMMAGE DES FACADES], T-31/09, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

54 Daher steht es dem Gericht nicht zu, über diese Frage zu entscheiden, die nicht zu dem vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand gehörte.

55 Der dritte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

56 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Kosten

57 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Unister GmbH trägt ihre eigenen Kosten und die Kosten des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM).

Forwood Dehousse Schwarcz

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 14. Mai 2013.

Unterschriften