

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

13. Februar 2007*

In der Rechtssache T-256/04

Mundipharma AG mit Sitz in Basel (Schweiz), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt F. Nielsen,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), zunächst vertreten durch B. Müller, dann durch G. Schneider als Bevollmächtigte,

Beklagter,

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

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Altana Pharma AG mit Sitz in Konstanz (Deutschland), Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt H. Becker,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 19. April 2004 (Sache R 1004/2002-2) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Mundipharma AG und der Altana Pharma AG

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Pirrung sowie des Richters A. W. H. Meij und der Richterin I. Pelikánová,

Kanzler: K. Andová, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 28. Juni 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 22. November 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 22. November 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2006

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Am 7. Oktober 1998 meldete die Streithelferin gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) das Wortzeichen RESPICUR als Gemeinschaftsmarke an.
- 2 Die Marke wurde für „Atemwegstherapeutika“ in Klasse 5 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.
- 3 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 45/1999 vom 7. Juni 1999 veröffentlicht.
- 4 Am 1. September 1999 legte die Klägerin nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 gegen die Anmeldung einen Widerspruch ein, der auf die am 21. August 1989 angemeldete und am 1. März 1990 eingetragene deutsche

Wortmarke RESPICORT (Nr. 1155003) für „pharmazeutische Erzeugnisse, Präparate für die Gesundheitspflege; Pflaster“ ebenfalls in Klasse 5 des Nizzaer Abkommens (im Folgenden: ältere Marke) gestützt war.

- 5 Mit Entscheidung vom 30. Oktober 2002 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch zurück. Sie war der Ansicht, dass die Klägerin weder ihre Inhaberschaft an der älteren Marke noch deren Benutzung nachgewiesen habe. Außerdem bestehe zwischen der angemeldeten Marke und der älteren Marke keine Verwechslungsgefahr.

- 6 Am 12. Dezember 2002 legte die Klägerin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung Beschwerde ein.

- 7 Mit Entscheidung vom 19. April 2004 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Zweite Beschwerdekammer die Entscheidung der Widerspruchsabteilung wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers auf, wies aber dennoch den Widerspruch in vollem Umfang zurück.

- 8 In der angefochtenen Entscheidung führte die Beschwerdekammer aus, dass die Widerspruchsabteilung den Widerspruch nicht wegen fehlenden Nachweises der Inhaberschaft an der älteren Marke hätte zurückweisen dürfen. Jedoch sei der Klägerin nicht der Nachweis für die Benutzung der älteren Marke gelungen. Daher sei nur die — von der Streithelferin nicht bestrittene — Benutzung für „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ zu berücksichtigen. Im Hinblick auf das Bestehen einer Verwechslungsgefahr stellte die Beschwerdekammer die Identität der fraglichen Waren und eine gewisse Ähnlichkeit der Zeichen fest, die jedoch durch ebenfalls vorhandene markante Unterschiede zwischen den Zeichen ausgeglichen werde. Eine Überschneidung der Verbraucherkreise, die die ältere Marke und die angemeldete Marke ansprächen, gebe es nur bei den Fachverbrauchern, die daher im vorliegenden Fall die relevanten Verkehrskreise seien. Angesichts der vorhandenen Unterschiede zwischen den Zeichen bestehe im Ergebnis zwischen ihnen keine Verwechslungsgefahr.

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten

- 9 Am 10. November 2005 hat das Gericht die Verfahrensbeteiligten um die Beantwortung bestimmter Fragen gebeten; die Verfahrensbeteiligten sind dem fristgerecht nachgekommen.
- 10 Die Klägerin beantragt,
- die angefochtene Entscheidung aufzuheben;
 - dem HABM die Kosten aufzuerlegen.
- 11 Das HABM beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.
- 12 Die Streithelferin schließt sich den Anträgen des HABM an.

Zur Zulässigkeit

- 13 In ihren Schriftsätzen verweisen sowohl die Klägerin als auch die Streithelferin ausdrücklich auf ihre im Widerspruchsverfahren vor dem HABM eingereichten Schreiben. Die Streithelferin beruft sich außerdem auf die Gründe der Entscheidungen der Widerspruchsabteilung und der Beschwerdekammer.
- 14 Gemäß Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts muss die Klageschrift eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Nach der Rechtsprechung müssen diese Angaben so klar und genau sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird. Dabei darf der Wortlaut der Klageschrift zwar in speziellen Punkten durch Verweisungen auf bestimmte Stellen beigefügter Schriftstücke gestützt und ergänzt werden, eine allgemeine Verweisung auf andere Schriftstücke, selbst wenn sie der Klageschrift beigefügt sind, kann jedoch das Fehlen wesentlicher Umstände in der Klageschrift nicht ausgleichen. Es ist nicht Sache des Gerichts, die maßgeblichen Umstände in den Anhängen aufzusuchen (vgl. Beschluss des Gerichts vom 29. November 1993, Koelman/Kommission, T-56/92, Slg. 1993, II-1267, Randnrn. 21 und 23, und Urteil des Gerichts vom 21. März 2002, Joynson/Kommission, T-231/99, Slg. 2002, II-2085, Randnr. 154 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Diese Rechtsprechung lässt sich im Hinblick auf Art. 46 der Verfahrensordnung, der gemäß deren Art. 135 § 1 Unterabs. 2 bei Rechtsstreitigkeiten im Bereich des geistigen Eigentums anwendbar ist, auf die Klagebeantwortung des anderen Beteiligten im Verfahren vor der Beschwerdekammer, der am Verfahren vor dem Gericht als Streithelfer beteiligt ist, übertragen (Urteil des Gerichts vom 13. Juli 2004, AVEX/HABM — Ahlers [a], T-115/02, Slg. 2004, II-2907, Randnr. 11).
- 15 Die Klageschrift und die von der Streithelferin eingereichte Klagebeantwortung sind unzulässig, soweit sie auf die von der Klägerin und der Streithelferin beim HABM eingereichten Schreiben sowie auf die Entscheidungen des HABM im Wider-

spruchsverfahren verweisen, da sich diese allgemeine Verweisung nicht den jeweils in der Klageschrift und der Klagebeantwortung vorgebrachten Gründen und Argumenten zuordnen lässt.

Begründetheit

- 16 Die Klägerin macht als einzigen Klagegrund geltend, dass die Beschwerdekammer dadurch gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen habe, dass sie in der angefochtenen Entscheidung das Bestehen von Verwechslungsgefahr zwischen der älteren Marke und der angemeldeten Marke verneint habe. Die Klägerin stützt sich hierfür im Wesentlichen auf fünf Umstände, nämlich die Beschränkung der für die ältere Marke berücksichtigten Waren, die Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise, die Ähnlichkeit der Zeichen, die Kennzeichnungskraft der älteren Marke und den Umstand, dass vom Deutschen Patent- und Markenamt eine Verwechslungsgefahr zwischen den Zeichen bejaht worden sei.

Zur Beschränkung der für die ältere Marke berücksichtigten Waren und zur Warenähnlichkeit

Angefochtene Entscheidung

- 17 In Randnr. 31 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer entschieden, dass die Klägerin nicht, wie von der Streithelferin nach Art. 43 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 verlangt, den Nachweis dafür erbracht habe, dass die ältere Marke in Deutschland ernsthaft benutzt worden sei. Für die Prüfung

des Bestehens einer Verwechslungsgefahr könnten folglich nur die Waren als von der älteren Marke erfasst angesehen werden, hinsichtlich deren die Streithelferin keinen Benutzungsnachweis verlangt habe, nämlich „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“.

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 18 Die Klägerin wendet sich nicht gegen die Feststellung der Beschwerdekammer, dass die ernsthafte Benutzung der älteren Marke nicht nachgewiesen worden sei. Die Beschwerdekammer habe sie aber gleichwohl durch ihre Annahme, dass die ältere Marke nur im Hinblick auf „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ zu berücksichtigen sei, in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ungebührlich eingeschränkt. Denn eine solche Herangehensweise beschränke den Schutz der älteren Marke auf die tatsächlich vertriebenen Waren. In der deutschen Rechtsprechung sei anerkannt, dass in derartigen Fällen der Schutz nicht auf rezeptpflichtige Produkte zu beschränken sei.
- 19 Es müsse vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Gebrauch der älteren Marke für „Atemwegstherapeutika“ nachgewiesen worden sei. Denn diese Kategorie bilde im Sinne des Urteils des Gerichts vom 14. Juli 2005, Reckitt Benckiser (España)/HABM — Aladin (ALADIN) (T-126/03, Slg. 2005, II-2861, Randnrn. 45 und 46), eine eigenständige Untergruppe innerhalb der allgemeinen Gruppe der „pharmazeutischen Erzeugnisse“.
- 20 Das HABM schließt sich der Auffassung der Klägerin an. Nach dem Urteil ALADIN seien anhand der therapeutischen Indikationen des betreffenden Erzeugnisses Untergruppen zu bilden. Im vorliegenden Fall stellten „Atemwegstherapeutika“ eine solche passende Untergruppe dar.

- 21 Die Streithelferin meint, dass die Klägerin in ihrer wirtschaftlichen Freiheit nicht eingeschränkt werde, da ihr jedenfalls die Möglichkeit verbleibe, neue Waren unter der älteren Marke in Deutschland zu vertreiben. Was das Urteil ALADIN angehe, so seien im vorliegenden Fall „Glucocorticoide“ die passende Untergruppe.

Würdigung durch das Gericht

- 22 Art. 43 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

„(2) Auf Verlangen des Anmelders hat der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben hat, den Nachweis zu erbringen, dass er innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke die ältere Gemeinschaftsmarke in der Gemeinschaft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist und auf die er sich zur Begründung seines Widerspruchs beruft, ernsthaft benutzt hat, oder dass berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen, sofern zu diesem Zeitpunkt die ältere Gemeinschaftsmarke seit mindestens fünf Jahren eingetragen ist. Kann er diesen Nachweis nicht erbringen, so wird der Widerspruch zurückgewiesen. Ist die ältere Gemeinschaftsmarke nur für einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, benutzt worden, so gilt sie zum Zwecke der Prüfung des Widerspruchs nur für diese Waren oder Dienstleistungen als eingetragen.“

(3) Absatz 2 ist auf ältere nationale Marken im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a) mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle der Benutzung in der Gemeinschaft die Benutzung in dem Mitgliedstaat tritt, in dem die ältere Marke geschützt ist.“

- 23 Nach der Rechtsprechung ergibt sich aus den genannten Bestimmungen, dass dann, wenn eine Marke für eine Gruppe von Waren oder Dienstleistungen eingetragen worden ist, die hinreichend weit gefasst ist, um diese Gruppe in verschiedene Untergruppen aufteilen zu können, die sich jeweils als selbständig ansehen lassen, der Schutz, der durch den Nachweis ausgelöst wird, dass die Marke für einen Teil dieser Waren oder Dienstleistungen ernsthaft benutzt worden ist, in einem Widerspruchsverfahren nur derjenigen Untergruppe oder denjenigen Untergruppen zuteil wird, zu der oder zu denen die Waren oder Dienstleistungen gehören, für die die Marke tatsächlich benutzt worden ist. Ist dagegen eine Marke für Waren oder Dienstleistungen eingetragen worden, die so genau definiert worden sind, dass es nicht möglich ist, innerhalb der betreffenden Gruppe eindeutige Unterteilungen vorzunehmen, deckt der Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke für diese Waren oder Dienstleistungen für die Zwecke des Widerspruchsverfahrens zwangsläufig diese ganze Gruppe ab (Urteil ALADIN, Randnr. 45).
- 24 Denn der Begriff der teilweisen Benutzung bezweckt zwar, dass Marken, die für eine bestimmte Warengruppe nicht benutzt worden sind, verfügbar bleiben; er darf jedoch nicht bewirken, dass der Inhaber der älteren Marke jeden Schutz für Waren verliert, die zwar nicht völlig mit den Waren, für die er eine ernsthafte Benutzung hat nachweisen können, identisch sind, die sich jedoch von diesen nicht wesentlich unterscheiden und zu ein und derselben Gruppe gehören, bei der jede Unterteilung willkürlich wäre. Schließlich ist es dem Inhaber einer Marke praktisch unmöglich, deren Benutzung für alle denkbaren Varianten der von der Eintragung betroffenen Waren nachzuweisen. Infolgedessen kann der Begriff „Teil der Waren oder Dienstleistungen“ nicht so verstanden werden, dass er sich auf alle kommerziellen Ausprägungen ähnlicher Waren oder Dienstleistungen bezieht, sondern nur so, dass er sich auf jene Waren oder Dienstleistungen bezieht, die unterschiedlich genug sind, um kohärente Gruppen oder Untergruppen bilden zu können (Urteil ALADIN, Randnr. 46).
- 25 Im vorliegenden Fall hat zwar die Klägerin die ernsthafte Benutzung ihrer älteren Marke für gar keine Waren nachgewiesen, aber die Streithelferin für „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ einen Benutzungsnachweis auch nicht verlangt. Da der Benutzungsnachweis für die Widerspruchsmarke nach Art. 43 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94, wie von der Beschwerdekammer in Randnr. 25 der angefochtenen Entscheidung erwähnt, nur auf Verlangen des Anmelders erbracht zu werden braucht, obliegt es diesem, den Umfang dieses Verlangens

festzulegen. Da sich der Antrag der Streithelferin, den Benutzungsnachweis zu führen, nicht auf „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ bezog, braucht folglich auch nicht geprüft zu werden, ob die ältere Marke in Deutschland für diese Waren ernsthaft benutzt wurde.

- 26 Die ältere Marke ist für „pharmazeutische Erzeugnisse, Präparate für die Gesundheitspflege; Pflaster“ eingetragen. Diese Warengruppe ist hinreichend weit gefasst, um sie in mehrere Untergruppen aufteilen zu können, die sich jeweils als selbständig ansehen lassen. Der Umstand, dass die ältere Marke als für „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ benutzt anzusehen ist, begründet demnach nur Schutz für die Untergruppe, zu der diese Waren gehören.
- 27 In der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer ausgeführt, dass die ältere Marke nur zu berücksichtigen sei, soweit sie sich auf eben die Waren beziehe, für die die ernsthafte Benutzung nicht bestritten worden sei. Damit hat sie eine Untergruppe definiert, die mit diesen Waren identisch ist, nämlich die der „rezeptpflichtigen Corticoide enthaltenden Dosieraerosole“.
- 28 Diese Definition ist mit der Bestimmung des Art. 43 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 in ihrer Auslegung im Licht des Urteils ALADIN unvereinbar. Dabei ist diese Bestimmung nach Art. 43 Abs. 3 der Verordnung auch auf ältere Marken anwendbar.
- 29 Da der Verbraucher vor allem eine Ware oder Dienstleistung sucht, die voraussichtlich seinen speziellen Bedürfnissen entspricht, ist für seine Auswahlentscheidung der Zweck oder die Bestimmung der betreffenden Ware oder Dienstleistung ausschlaggebend. Folglich ist das Kriterium des Zwecks oder der Bestimmung, da es die Verbraucher vor jedem Kauf selbst heranziehen, ein Kriterium, das für die Definition einer Untergruppe von Waren oder Dienstleistungen maßgebend ist.

- 30 Der Zweck und die Bestimmung eines Heilmittels kommen in seiner therapeutischen Indikation zum Ausdruck. Die von der Beschwerdekammer zugrunde gelegte Definition ist aber auf dieses Kriterium nicht gestützt, weil sie nicht darauf abstellt, dass die fraglichen Produkte zur Behandlung von Gesundheitsstörungen bestimmt sind und die Art dieser Störungen nicht benennt.
- 31 Darüber hinaus sind die von der Beschwerdekammer gewählten Kriterien der Darreichungsform, des Wirkstoffs und der Rezeptpflichtigkeit in aller Regel ungeeignet, um eine Untergruppe im Sinne des Urteils ALADIN zu definieren, da bei ihrer Anlegung die genannten Kriterien des Zwecks und der Bestimmung der Waren unbeachtet bleiben. Eine bestimmte Erkrankung kann nämlich oft durch mehrere Medikamente in unterschiedlichen Darreichungsformen und mit unterschiedlichen Wirkstoffen behandelt werden, von denen manche rezeptfrei erhältlich sind, während andere eine ärztliche Verschreibung erfordern.
- 32 Folglich legte die Beschwerdekammer damit, dass sie den Zweck und die Bestimmung der fraglichen Waren außer Betracht ließ, eine willkürliche Untergruppe von Waren zugrunde.
- 33 Aus den oben in den Randnrn. 29 und 30 genannten Gründen ist die Untergruppe, zu der die Waren gehören, für die die ernsthafte Benutzung nicht bestritten wurde, anhand des Kriteriums der therapeutischen Indikation zu bestimmen.
- 34 Die von der Streithelferin vorgeschlagene Untergruppe „Glucocorticoide“ kommt dafür nicht in Betracht. Denn diese Definition beruht auf dem Kriterium des Wirkstoffs. Wie jedoch oben in Randnr. 31 ausgeführt, ist ein solches Kriterium für sich allein genommen im Allgemeinen nicht geeignet, Untergruppen von Therapeutika zu definieren.

- 35 Hingegen erscheint die von der Klägerin und vom HABM vorgeschlagene Definition, nämlich „Atemwegstherapeutika“, angemessen, da sie sich zum einen auf die therapeutische Indikation der in Frage stehenden Waren stützt und zum anderen eine hinreichend genaue Umschreibung der Untergruppe im Sinne des Urteils ALADIN ermöglicht.
- 36 Nach alledem ist die ältere Marke für die Zwecke des vorliegenden Rechtsstreits als für „Atemwegstherapeutika“ eingetragen anzusehen.
- 37 Dieses Ergebnis ist ohne Einfluss auf die in Randnr. 38 der angefochtenen Entscheidung getroffene und von den Beteiligten nicht bestrittene Feststellung der Beschwerdekammer, dass die von den streitigen Marken erfassten Waren identisch sind.
- 38 Da jedoch in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt wird, dass der Schutz der älteren Marke nur für „rezeptpflichtige Corticoide enthaltende Dosieraerosole“ besteht, ist sie mit einem Fehler behaftet, der darauf zu prüfen ist, ob er sich auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr durch die Beschwerdekammer ausgewirkt hat.

Zu den angesprochenen Verkehrskreisen

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 39 Nach Ansicht der Klägerin gehören zu den von den streitigen Marken erfassten Atemwegstherapeutika sowohl rezeptfreie als auch rezeptpflichtige Waren. Die

maßgeblichen Verkehrskreise seien daher sowohl medizinische Fachleute als auch die Patienten als Endverbraucher.

- 40 Das HABM teilt diese Auffassung grundsätzlich und bemerkt ergänzend, dass auf die deutschen Verbraucher abzustellen sei und dass sich die Endverbraucher, bei denen es sich um Patienten mit schweren Atemwegserkrankungen handele, durch einen durchschnittlichen bis erhöhten Aufmerksamkeitsgrad auszeichneten.
- 41 Nach Meinung der Streithelferin bestehen die von der älteren Marke angesprochenen Verkehrskreise, da sämtliche Glucocorticoide rezeptpflichtig seien, nur aus dem medizinischen Fachpublikum; dieses sei damit das im vorliegenden Fall maßgebende Publikum. Jedenfalls zeichneten sich Patienten bei der Auswahl von Therapeutika, die für schwere Gesundheitsstörungen wie die im vorliegenden Fall in Rede stehenden bestimmt seien, durch einen besonders hohen Aufmerksamkeitsgrad aus.

Würdigung durch das Gericht

- 42 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Frage stehenden Art von Waren abzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. im Wege der Analogie Urteil des Gerichtshofs vom 22. Juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Slg. 1999, I-3819, Randnrn. 25 und 26).

- 43 Im vorliegenden Fall ist — in Übereinstimmung mit dem HABM — festzustellen, dass sich die angesprochenen Verkehrskreise, da die ältere Marke in Deutschland eingetragen ist, aus den deutschen Verbrauchern zusammensetzen.
- 44 Zweitens ist nicht bestritten worden, dass die unter die angemeldete Marke fallenden Atemwegstherapeutika ein Publikum ansprechen, das sowohl die Patienten als Endverbraucher als auch Fachleute der Medizin umfasst.
- 45 Hinsichtlich der Waren, für die die ältere Marke als eingetragen gilt, ergibt sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie aus ihren Antworten auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Fragen, dass einige Atemwegstherapeutika ausschließlich auf Rezept abgegeben werden, während andere frei verkäuflich sind. Da also manche dieser Waren von Patienten ohne ärztliche Verordnung gekauft werden können, ist auch insoweit davon auszugehen, dass die angesprochenen Verkehrskreise sowohl Fachleute der Medizin als auch Endverbraucher einschließen.
- 46 Da es sich drittens, wie auch von der Streithelferin dargelegt, bei vielen Atemwegserkrankungen um schwere Krankheiten handelt, sind die davon betroffenen Patienten im Allgemeinen gut informiert und bei der Auswahl des für sie geeigneten Medikaments besonders aufmerksam und vorsichtig.
- 47 Demnach bestehen die angesprochenen Verkehrskreise zum einen aus deutschen Fachleuten der Medizin und zum anderen aus deutschen Patienten mit Atemwegserkrankungen, die im Allgemeinen einen überdurchschnittlich hohen Grad an Aufmerksamkeit mitbringen.

Zur Zeichenähnlichkeit

Vorbringen der Parteien

- 48 Nach Ansicht der Klägerin weisen die Wörter „Respicort“ und „Respicur“ wegen ihrer ähnlichen Länge und der Tatsache, dass sieben ihrer Buchstaben identisch und in derselben Reihenfolge platziert sind, einen hohen Ähnlichkeitsgrad auf. In klanglicher Hinsicht sei der Unterschied zwischen den Vokalen „o“ und „u“ sehr gering und die Hinzufügung des Konsonanten „t“ am Ende von „Respicort“ kaum wahrnehmbar. Denn beide Vokale klangen dunkel und wirkten daher ähnlich. Darüber hinaus werde das „t“ am Wortende von „Respicort“ im Deutschen meistens nicht oder nur schwach ausgesprochen, weil Endbuchstaben oft „verschluckt“ würden. Folglich werde das „t“ am Ende nicht wahrgenommen, zumal es sich bei „Respicort“ nicht um ein deutsches Wort, sondern um einen Phantasiebegriff handele und es deshalb gut möglich sei, dass er ohne das „t“ ausgesprochen werde. In begrifflicher Hinsicht neigten die angesprochenen Verbraucher nicht dazu, die streitigen Marken in zwei Teile, d. h. einerseits in „respi“ und andererseits in „cur“ oder „cort“, zu zerlegen. Jedenfalls seien die angesprochenen Endverbraucher nicht in der Lage, die Bedeutung dieser Bestandteile zu verstehen.
- 49 Nach Ansicht des HABM weisen die fraglichen Marken nur eine geringe Ähnlichkeit auf. Der Bestandteil „respi“ werde von den angesprochenen Verkehrskreisen als beschreibend verstanden und deshalb nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrgenommen. Folglich könne er nicht zu einer Ähnlichkeit der fraglichen Zeichen beitragen. Der Bestandteil „cort“ werde von den Fachverbrauchern und einem Teil der Endverbraucher als Hinweis auf Corticoide wahrgenommen. In der gleichen Weise werde der Bestandteil „cur“ von den genannten Verkehrskreisen als Hinweis auf die Wörter „Kur“ oder „kurieren“ aufgefasst.
- 50 Ferner schüfen die unterschiedlichen Vokale „o“ und „u“ und das Vorhandensein des Schlussbuchstabens „t“ schriftbildlich einen wahrnehmbaren Abstand. In klanglicher Hinsicht ende die angemeldete Marke mit einem lang gezogenen

dunklen Laut, der durch die Kombination der Buchstaben „u“ und „r“ hervorgerufen werde. Der Endbestandteil der älteren Marke hingegen werde durch den hart klingenden Buchstaben „t“ geprägt, der von den deutschen Verkehrskreisen ausgesprochen werde. In begrifflicher Hinsicht sei der Unterschied zwischen den Endbestandteilen der beiden Zeichen geeignet, die eventuellen optischen und klanglichen Ähnlichkeiten zu neutralisieren.

- 51 Die Streithelferin schließt sich der Auffassung des HABM grundsätzlich an. Sie führt ergänzend aus, dass für den Bestandteil „respi“, der auf „respiratorisch“ hinweise, ein Freihaltebedürfnis zu berücksichtigen sei.

Würdigung durch das Gericht

- 52 Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden Marken nach Bild, Klang oder Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Marken hervorrufen, wobei insbesondere die unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. Urteil des Gerichts vom 14. Oktober 2003, Phillips-Van Heusen/HABM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel [BASS], T-292/01, Slg. 2003, II-4335, Randnr. 47 und die zitierte Rechtsprechung).
- 53 Insoweit können Bedeutungsunterschiede zwischen den streitigen Marken die zwischen ihnen bestehenden optischen und phonetischen Ähnlichkeiten weitgehend neutralisieren. Für eine solche Neutralisierung ist aber erforderlich, dass zumindest eine der fraglichen Marken in der Wahrnehmung der maßgebenden Verkehrskreise eine eindeutige und bestimmte Bedeutung hat, so dass diese Verkehrskreise sie ohne weiteres erfassen können, und dass die andere Marke keine solche Bedeutung oder eine ganz andere Bedeutung hat (Urteil BASS, Randnr. 54).

54 Im Licht dieser Regeln ist zu prüfen, ob die angemeldete Marke RESPICUR und die ältere Marke RESPICORT einander ähnlich sind.

55 Was erstens den bildlichen Aspekt angeht, so sind für alle angesprochenen Verbraucher die Marken einander ähnlich, weil sie aus einem einzigen Wort zusammengesetzt sind, eine ähnliche Länge haben und die ersten sechs Buchstaben „respic“ sowie als achten Buchstaben „r“ gemeinsam haben. Weder der Unterschied zwischen den Vokalen „u“ und „o“ als jeweils siebter Buchstabe noch die Hinzufügung des Buchstabens „t“ in der älteren Marke können diese bildliche Ähnlichkeit aufheben.

56 Was zweitens den klanglichen Vergleich betrifft, so werden die beiden einander gegenüberstehenden Marken in drei Silben ausgesprochen, von denen die ersten beiden Silben „respi“ identisch sind. Bei der Aussprache der dritten Silbe, „cur“ oder „cort“, sind sowohl Ähnlichkeiten infolge der Konsonanten „c“ und „r“ als auch Unterschiede festzustellen, die von der Abweichung in den Vokalen „u“ und „o“ und von dem Buchstaben „t“ der älteren Marke herrühren. Unter diesen Umständen reichen diese Unterschiede nicht aus, um ein Gegengewicht zu der Identität der beiden ersten Silben und der Ähnlichkeit in der Aussprache der dritten Silbe wegen der Konsonanten „c“ und „r“ zu bilden. Folglich ist von einer klanglichen Ähnlichkeit auszugehen.

57 Was drittens die begriffliche Ähnlichkeit anbelangt, so nimmt zwar der Durchschnittsverbraucher eine Marke regelmäßig als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 25). Er wird dennoch ein von ihm wahrgenommenes Wortzeichen in die Wortbestandteile zerlegen, die ihm eine konkrete Bedeutung vermitteln oder die ihm bekannten Wörtern ähnlich sind (Urteil des Gerichts vom 6. Oktober 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/HABM — Krafft [VITAKRAFT], T-356/02, Slg. 2004, II-3445, Randnr. 51). Dem Vorbringen der Klägerin, wonach die Verbraucher die streitigen Marken nicht in ihre Bestandteile zerlegten, kann daher nicht von vornherein ohne Prüfung der besonderen Umstände der Rechtssache gefolgt werden.

- 58 Im vorliegenden Fall ist bei den beiden Gruppen, aus denen sich die angesprochenen Verkehrskreise zusammensetzen, eine unterschiedliche begriffliche Wahrnehmung der streitigen Marken festzustellen. Die Fachleute werden aufgrund ihrer Kenntnisse und ihrer Erfahrung im Allgemeinen in der Lage sein, die Bedeutung der Begriffe zu verstehen, auf die die verschiedenen Bestandteile der einander gegenüberstehenden Marke Bezug nehmen, nämlich „respiratorisch“ für „respi“, „Kur“ oder „kurieren“ für „cur“ und „Corticoide“ für „cort“. Sie werden die beiden Marken in ihre jeweiligen Einzelbestandteile zerlegen und so die angemeldete Marke dahin interpretieren, dass sie einem „Heilverfahren für Atembeschwerden“ entspricht, und die ältere Marke dahin, dass sie „für die Atemwege bestimmte Corticoide“ bezeichnet. Diese beiden Interpretationen weichen in begrifflicher Hinsicht bis zu einem gewissen Grad voneinander ab, da die Bedeutung der älteren Marke spezieller ist als die der angemeldeten Marke. Dennoch klingt in beiden Marken der gemeinsame Grundgedanke der Atmung an. Daher schwächt zwar der begriffliche Unterschied die festgestellte bildliche und klangliche Ähnlichkeit ab, ist aber nicht ausgeprägt genug, um sie in der Wahrnehmung des Fachpublikums zu neutralisieren.
- 59 Was die Endverbraucher angeht, so liegen, wie oben ausgeführt, ihr Aufmerksamkeitsgrad und ihr Kenntnisstand wegen des ernsten Charakters ihrer Erkrankungen über dem Durchschnitt. Sie sind daher in der Lage, in beiden Marken den Bestandteil „respi“ wahrzunehmen und seinen Bedeutungsgehalt zu verstehen, der auf das allgemeine Wesen ihrer Gesundheitsstörungen hinweist. Hingegen werden es ihnen ihre beschränkten Kenntnisse der medizinischen Terminologie nicht erlauben, die begrifflichen Anspielungen in den Bestandteilen „cur“ und „cort“ zu unterscheiden. Aus ihrer Sicht ähneln sich somit die streitigen Marken in begrifflicher Hinsicht wegen der Identität des Bestandteils „respi“ als dem einzigen Element mit einem eindeutigen und bestimmten Begriffsinhalt.
- 60 Diese Feststellungen zur Wahrnehmung der streitigen Marken werden nicht durch das Argument des HABM in Frage gestellt, dass der Bestandteil „respi“ wegen seines beschreibenden Charakters nichts zur Zeichenähnlichkeit beitragen könne. Trotz seines beschreibenden Charakters leistet nämlich dieser Bestandteil, der am Anfang beider Marken steht, zwei ihrer insgesamt drei Silben ausmacht und länger als der jeweils zweite Bestandteil ist, einen nicht unerheblichen Beitrag zu dem von den fraglichen Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck. Überdies ist hinsichtlich der

medizinischen Fachleute oben festgestellt worden, dass sie alle Bestandteile der einander gegenüberstehenden Marken als Beschreibung der Bestimmung oder des Wirkprinzips der betreffenden Erzeugnisse wahrnehmen werden. Demnach werden diese Verkehrskreise nicht dazu neigen, einem bestimmten Bestandteil besonderes Gewicht beizumessen, sondern im Fall beider Marken den begrifflichen Gesamteindruck wahrnehmen.

- 61 Ebenso wenig vermag das oben in Randnr. 51 erwähnte Vorbringen der Streithelferin zu einem Freihaltebedürfnis an dem Bestandteil „respi“ diese Feststellungen zur Wahrnehmung der einander gegenüberstehenden Marken zu ändern. Denn die Schlussfolgerung, dass die streitigen Marken einander insgesamt ähneln, erscheint nicht geeignet, eine Monopolisierung des Bestandteils „respi“ zu bewirken.
- 62 Nach alledem ist festzustellen, dass die einander gegenüberstehenden Marken für Fachleute eine durchschnittliche Ähnlichkeit und für Endverbraucher eine starke Ähnlichkeit aufweisen. Für Letztere nämlich sind die Marken einander in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht ähnlich. Hingegen werden Fachleute zwischen den beiden Marken einen gewissen begrifflichen Unterschied wahrnehmen, der jedoch nicht ausreicht, um die festgestellte bildliche und klangliche Ähnlichkeit vollständig zu neutralisieren.

Zur Kennzeichnungskraft der älteren Marke und zur Verwechslungsgefahr

Vorbringen der Parteien

- 63 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass die ältere Marke eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft hat. „Respicort“ sei ein Phantasiewort, und auch wenn der Bestandteil „respi“ auf den Begriff „respiratorisch“ hinweise, werde doch dem

anderen Bestandteil „cort“ von den beteiligten Verkehrskreisen kein beschreibender Begriff zugeordnet, zumal er nicht von dem anderen Bestandteil isoliert auftrete und damit schlechter erkennbar sei. Die Kennzeichnungskraft der älteren Marke werde durch den Umstand verstärkt, dass die Verwendung „sprechender Zeichen“ im Arzneimittelbereich üblich sei.

- 64 Alles in allem seien im vorliegenden Fall Warenidentität, ein sehr hoher Ähnlichkeitsgrad der Zeichen und eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft der älteren Marke festzustellen. Im Ergebnis bestehe somit die Gefahr einer Verwechslung zwischen der älteren und der angemeldeten Marke.
- 65 Das HABM hält die Kennzeichnungskraft der älteren Marke für sehr gering. Der Bestandteil „respi“ werde im Allgemeinen als Hinweis auf „respiratorisch“ aufgefasst und der Bestandteil „cort“ zumindest von Fachverbrauchern als Hinweis auf „Corticoide“ verstanden. Die ältere Marke setze sich daher ausschließlich aus beschreibenden Bestandteilen zusammen. Die Klägerin habe außerdem ihr Vorbringen, dass „sprechende Zeichen“ im Arzneimittelbereich häufig verwendet würden, nicht untermauert.
- 66 Wegen der geringen Ähnlichkeit der Zeichen und der geringen Kennzeichnungskraft bestehe im Ergebnis keine Verwechslungsgefahr.
- 67 Die Streithelferin schließt sich der Auffassung des HABM an. Sie führt ergänzend aus, dass die geringe Kennzeichnungskraft der älteren Marke durch die Vielzahl der eingetragenen Marken mit den Bestandteilen „respi“ und „cort“ bestätigt werde.

Würdigung durch das Gericht

- 68 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Verwechslungsgefahr dann gegeben, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.
- 69 Nach dieser Rechtsprechung ist das Vorliegen von Verwechslungsgefahr umfassend, aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Wechselbeziehung zwischen Zeichenähnlichkeit und Produktähnlichkeit, zu beurteilen (vgl. Urteile des Gerichts vom 9. Juli 2003, Laboratorios RTB/HABM — Giorgio Beverly Hills [GIORGIO BEVERLY HILLS], T-162/01, Slg. 2003, II-2821, Randnrn. 29 bis 33, und vom 22. Juni 2004, Ruiz Picasso u. a./HABM — DaimlerChrysler [PICARO], T-185/02, Slg. 2004, II-1739, Randnrn. 49 und 50 und die zitierte Rechtsprechung).
- 70 Vorstehend ist zum einen festgestellt worden, dass die betreffenden Waren identisch sind, und zum anderen, dass die streitigen Marken für Fachleute eine durchschnittliche Ähnlichkeit und für Endverbraucher eine starke Ähnlichkeit aufweisen.
- 71 Zur Kennzeichnungskraft der älteren Marke ist festzustellen, dass diese von beiden Teilen der angesprochenen Verkehrskreise, wenn auch in unterschiedlichem Maße, als beschreibend angesehen wird. Denn wie oben im Rahmen der Prüfung der begrifflichen Ähnlichkeit ausgeführt, nehmen die Fachleute die beiden Bestandteile als Beschreibung des Zwecks und des Wirkstoffs der betreffenden Ware wahr, während Endverbraucher dem Bestandteil „cort“ keinen bestimmten Aussagegehalt zuordnen, aber durchaus in der Lage sind, den mit dem Bestandteil „respi“ gegebenen Hinweis zu verstehen.

- 72 Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass die ältere Marke für die angesprochenen Verkehrskreise, insbesondere für medizinische Fachleute, nur eine abgeschwächte Kennzeichnungskraft hat. Dabei kann dem Vorbringen der Klägerin zur häufigen Verwendung „sprechender Zeichen“ im Arzneimittelbereich nicht gefolgt werden, da es zum einen in keiner Weise belegt worden ist und die Klägerin zum anderen nicht die Erheblichkeit dieses Umstands für den konkreten Fall der älteren Marke dargetan hat.
- 73 Angesichts zum einen der Wechselbeziehung zwischen den für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Faktoren, und zum anderen des Umstands, dass diese Gefahr umso größer ist, je höher sich die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke darstellt (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 20), erlaubt es die schwache Kennzeichnungskraft der älteren Marke zwar, eine Verwechslungsgefahr bei Fachleuten auszuschließen, genügt aber nicht hinsichtlich der Endverbraucher, für die die streitigen Marken einander stark ähnlich sind.
- 74 Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass für den deutschen Endverbraucher die Gefahr von Verwechslungen zwischen der angemeldeten Marke und der älteren Marke besteht. Dementsprechend ist dem einzigen Klagegrund stattzugeben und infolgedessen die angefochtene Entscheidung aufzuheben, ohne dass die Relevanz der von der Klägerin angeführten Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts für die vorliegende Rechtssache geprüft zu werden braucht.

Kosten

- 75 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM unterlegen ist, sind ihm außer seinen

eigenen Kosten die Kosten der Klägerin in den von deren Antrag vorgegebenen Grenzen aufzuerlegen. Da nämlich die Klägerin nicht beantragt hat, die Streithelferin in die Kosten zu verurteilen, trägt sie die Kosten, die ihr durch den Streitbeitritt entstanden sind, selbst. Die Streithelferin schließlich trägt ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 19. April 2004 (Sache R 1004/2002-2) wird aufgehoben.**

- 2. Das HABM trägt seine eigenen Kosten sowie die Kosten der Klägerin mit Ausnahme derjenigen Kosten, die auf den Streitbeitritt entfallen.**

- 3. Die Klägerin trägt ihre Kosten im Zusammenhang mit dem Streitbeitritt.**

4. Die Streithelferin trägt ihre eigenen Kosten.

Pirrung

Meij

Pelikánová

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Februar 2007.

Der Kanzler

Der Präsident

E. Coulon

J. Pirrung

