

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

17. Oktober 2006 *

In der Rechtssache T-483/04

Armour Pharmaceutical Co. mit Sitz in Bridgewater, New Jersey (Vereinigte Staaten von Amerika), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt R. Gilbey,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM:

Teva Pharmaceutical Industries Ltd mit Sitz in Jerusalem (Israel),

* Verfahrenssprache: Französisch.

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM vom 7. September 2004 (Sache R 295/2003-4) betreffend ein Widerspruchsverfahren zwischen der Armour Pharmaceutical Co. und der Teva Pharmaceutical Industries Ltd

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras sowie der Richterinnen E. Martins Ribeiro und K. Jürimäe,

Kanzler: K. Pocheć, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 8. Dezember 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 2. Mai 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2006

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

¹ Am 12. April 2000 meldete die Teva Pharmaceutical Industries Ltd nach 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) (im Folgenden: HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

- 2 Dabei handelte es sich um das Wortzeichen GALZIN.

- 3 Das Zeichen wurde für „pharmazeutische Präparate zur Behandlung der Wilson-Krankheit“ in Klasse 5 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.

- 4 Am 2. Januar 2001 wurde die Anmeldung im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 2/2001 veröffentlicht.

- 5 Am 28. März 2001 erhob die Armour Pharmaceutical Co. nach Artikel 42 der Verordnung Nr. 40/94 gegen die angemeldete Marke hinsichtlich aller für diese beanspruchten Waren einen Widerspruch, den sie auf ihre am 3. Februar 1983 in Frankreich unter der Nr. 1 226 303 eingetragene ältere Wortmarke CALSYN für „pharmazeutische und medizinische Präparate, insbesondere Präparate auf Kalziumbasis“ stützte.

- 6 Zur Begründung des Widerspruchs wurde das Bestehen von Verwechslungsgefahr gemäß Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht.

- 7 Mit Entscheidung vom 28. Februar 2003 gab die Widerspruchsabteilung des HABM dem Widerspruch statt und wies die Anmeldung insgesamt zurück.
- 8 Am 17. April 2003 legte die andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer nach den Artikeln 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung Beschwerde ein.
- 9 Mit Entscheidung vom 7. September 2004 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) gab die Vierte Beschwerdekammer des HABM der Beschwerde statt und hob die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf, wobei sie der Klägerin die Kosten auferlegte. Zur Begründung führte die Beschwerdekammer im Wesentlichen aus, dass die ältere Marke nach Artikel 43 Absatz 2 Satz 3 der Verordnung Nr. 40/94 als für „pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis“ eingetragen gelte, dass diese Feststellung in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung von den Beteiligten nicht bestritten worden sei und dass die Beschwerdekammer sich dieser Feststellung anschließe. Obgleich zwischen den jeweiligen Waren und zwischen den Marken selbst ein gewisser Ähnlichkeitsgrad bestehe, sei dieser doch unzureichend, um beim französischen Publikum, berücksichtigte man die zwischen den Zeichen bestehenden — insbesondere klanglichen — Unterschiede und die Bestimmung der Waren zur Behandlung unterschiedlicher Krankheiten, eine Gefahr von Verwechslungen zwischen den mit den Marken gekennzeichneten Waren zu begründen. Die Beschwerdekammer nahm außerdem an, dass das Publikum, das sowohl die Verbraucher von Arzneimitteln als auch medizinische Fachleute umfasse, wegen der Art der Produkte den sie kennzeichnenden Zeichen besondere Aufmerksamkeit entgegenbringen werde.

Anträge der Parteien

- 10 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— die Entscheidung der Widerspruchsabteilung zu bestätigen;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

- 11 Das HABM stellt die Beurteilung der Frage, ob zwischen den Marken Verwechslungsgefahr besteht oder nicht, in das Ermessen des Gerichts. Für den Fall, dass nach Auffassung des Gerichts bei den französischen Verbrauchern keine Verwechslungsgefahr besteht, beantragt das HABM, die Klage abzuweisen und der Klägerin die Kosten aufzuerlegen. Für den Fall, dass das Gericht das Bestehen von Verwechslungsgefahr bei den französischen Verbrauchern bejaht, beantragt das HABM, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und der anderen Beteiligten im Verfahren vor der Beschwerdekammer, sofern sie sich am gerichtlichen Verfahren beteiligt, die Kosten aufzuerlegen oder festzustellen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt.

Zur Zulässigkeit der Anträge des HABM

- 12 Nach Artikel 113 seiner Verfahrensordnung kann das Gericht jederzeit von Amts wegen prüfen, ob unverzichtbare Prozessvoraussetzungen fehlen

- 13 Nach der Rechtsprechung ist das Amt nicht daran gehindert, sich einem Antrag des Klägers anzuschließen oder sich damit zu begnügen, die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts zu stellen, und dabei alles vorzubringen, was ihm zur Information des Gerichts angebracht erscheint (Urteile des Gerichts vom 30. Juni 2004 in der Rechtssache T-107/02, GE Betz/HABM — Atofina Chemicals [BIOMATE], Slg. 2004, II-1845, Randnr. 36, und vom 25. Oktober 2005 in der Rechtssache T-379/03, Peek & Cloppenburg/HABM [Cloppenburg], Slg. 2003, II-4633, Randnr. 22). Dagegen kann das Amt weder Anträge stellen, die auf die

Aufhebung oder Änderung der Entscheidung einer Beschwerdekammer in einem in der Klageschrift nicht geltend gemachten Punkt gerichtet sind, noch in der Klageschrift nicht geltend gemachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorbringen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-106/03 P, Vedral/HABM, Slg. 2004, I-9573, Randnr. 34, und Urteil Cloppenburg, Randnr. 22).

- 14 Wie sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, ist im vorliegenden Fall die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung im Licht der in der Klageschrift vorgebrachten Klagegründe zu prüfen und dabei auch das Vorbringen des HABM zu berücksichtigen.

Zur Begründetheit

- 15 Die Klägerin macht zwei Klagegründe geltend, mit denen sie jeweils einen Verstoß gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 und gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 rügt.

Zum ersten Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 16 Die Klägerin trägt vor, sie habe im Widerspruchsverfahren die Benutzung ihrer älteren Marke CALSYN für pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis nachgewiesen, auch wenn die Marke pharmazeutische und medizinische Präparate der Klasse 5 des Nizzaer Abkommens im Allgemeinen schütze. Die Beschwerdekammer

habe dadurch, dass sie für den Widerspruch nur die pharmazeutischen Präparate auf Kalziumbasis berücksichtigt habe, gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.

- 17 Die Klägerin führt dazu im Wesentlichen aus, es sei zwar denkbar, dass bei der Eintragung einer Marke für eine Gesamtheit von verschiedenartigen Waren und Dienstleistungen aus Gründen der Billigkeit im Rahmen eines Widerspruchs nur der Waren- und Dienstleistungsbereich zu berücksichtigen sei, in dem die Marke, sofern sie seit mehr als fünf Jahren eingetragen sei, tatsächlich benutzt worden sei, um eine missbräuchliche Geltendmachung von Marken zu vermeiden, die für eine Gesamtheit von Waren oder Dienstleistungen in einer oder mehreren Klassen eingetragen seien. Gehöre aber das spezielle Produkt, für das die Benutzung nachgewiesen sei, zu einer präzisen Kategorie der durch die Eintragung geschützten Waren, so habe eine Beschränkung der zu berücksichtigenden Waren auf nur dieses spezielle Produkt übermäßig restriktive Wirkungen. So verhalte es sich im vorliegenden Fall, in dem die pharmazeutischen Präparate auf Kalziumbasis zur Kategorie der pharmazeutischen Präparate gehörten.
- 18 Eine derart restriktive Auslegung des Artikels 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94, wie sie die Beschwerdekammer vorgenommen habe, stehe mit der Definition des Eigentumsrechts in den harmonisierten Rechtsvorschriften über die Marken nicht in Einklang und bewirke eine Diskriminierung im Vergleich zu dem Schutzbereich, der einer erst kürzer als fünf Jahre eingetragenen nicht benutzten Marke im Widerspruchsverfahren zuerkannt werde.
- 19 Das HABM legt zunächst die für die Benutzung einer Marke geltenden Grundsätze dar. Es weist darauf hin, dass eine Marke, die für sämtliche in der Klasseneinteilung aufgeführte allgemeine Angaben zu einer bestimmten Klasse eingetragen, aber innerhalb dieser Klasse nur für bestimmte Waren oder Dienstleistungen benutzt worden sei, grundsätzlich als nur für diese speziellen Waren oder Dienstleistungen benutzt gelte. Es erscheine auch möglich, dass die Marke als für eine spezielle Unterkategorie benutzt gelte, wenn sich, da die in Frage stehenden speziellen Waren oder Dienstleistungen genügend gemeinsame Merkmale hätten, eine solche Unterkategorie feststellen lasse. Derartige Verallgemeinerungen seien aber mit

größter Behutsamkeit vorzunehmen, ohne aus den Augen zu verlieren, dass der Schutz der älteren Marke nur gerechtfertigt sei, soweit sie tatsächlich benutzt worden sei.

- 20 Im vorliegenden Fall sei die ältere Marke für „pharmazeutische und medizinische Präparate, insbesondere Präparate auf Kalziumbasis“ eingetragen und ihre Benutzung nur für pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis nachgewiesen worden, wobei die Klägerin die Präparate auf Kalziumbasis im Warenverzeichnis ihrer Marke selbst gesondert aufgeführt habe.
- 21 Die Klägerin könne es daher der Widerspruchsabteilung und der Beschwerdekammer nicht vorwerfen, dass diese die Marke zur Prüfung des Widerspruchs als nur für pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis eingetragen angesehen hätten. Denn wäre die ältere Marke als für die ganze Kategorie der pharmazeutischen Präparate benutzt angesehen worden, obgleich sie nur für ein ganz bestimmtes Produkt benutzt worden sei, so wäre der älteren Marke ein ungerechtfertigter Schutzbereich zuerkannt worden. Damit wären jedoch die in Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 festgelegten Grundsätze missachtet worden.
- 22 Jedenfalls weise die angefochtene Entscheidung insoweit keine Lücke auf, da die Klägerin in diesem Punkt gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung keine Beschwerde eingelegt und diese Rüge vor der Beschwerdekammer auch nicht geltend gemacht habe.

Würdigung durch das Gericht

- 23 Wie der neunten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 zu entnehmen ist, hält der Gesetzgeber den Schutz der älteren Marke nur für berechtigt, soweit sie

tatsächlich benutzt wird. Im Einklang mit dieser Begründungserwägung kann nach Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 der Anmelder einer Gemeinschaftsmarke den Nachweis verlangen, dass die ältere Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung, gegen die Widerspruch erhoben wurde, in ihrem Schutzgebiet ernsthaft benutzt wurde (Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-39/01, *Kabushiki Kaisha Fernandes/HABM — Harrison [HIWATT]*, Slg. 2002, II-5233, Randnr. 34, und vom 6. Oktober 2004 in der Rechtssache T-356/02, *Vitakraft-Werke Wührmann/HABM — Krafft [VITAKRAFT]*, Slg. 2004, II-3445, Randnr. 25).

24 Nach Regel 22 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. L 303, S. 1) hat sich der Nachweis der Benutzung auf Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der älteren Marke zu beziehen (Urteil *VITAKRAFT*, Randnr. 27).

25 Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass die ältere Marke für „pharmazeutische und medizinische Präparate, insbesondere Präparate auf Kalziumbasis“ in Klasse 5 des Nizzaer Abkommens eingetragen wurde. Es ist ebenfalls nicht bestritten worden, dass die Klägerin auf Verlangen der anderen Beteiligten im Verfahren vor der Beschwerdekammer die ernsthafte Benutzung der älteren Marke durch Unterlagen nachgewiesen hat, aus denen sich die tatsächliche Benutzung der Marke für die Vermarktung von pharmazeutischen Präparaten speziell auf Kalziumbasis ergab.

26 Jedoch sind Artikel 43 Absatz 2 Satz 3 der Verordnung Nr. 40/94 und Artikel 43 Absatz 3 der Verordnung, nach dem die Bestimmungen des Artikels 43 Absatz 2 auf ältere nationale Marken entsprechend anzuwenden sind, dahin auszulegen, dass sie verhindern sollen, dass eine teilweise benutzte Marke nur deshalb einen weitgehenden Schutz genießt, weil sie für eine breite Palette von Waren oder Dienstleistungen eingetragen ist. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen ist daher die Größe der Gruppen von Waren oder Dienstleistungen, für die die ältere

Marke eingetragen worden ist, im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die eine ernsthafte Benutzung tatsächlich nachgewiesen worden ist, und insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit zur Beschreibung dieser Gruppen allgemeine Formulierungen verwendet wurden (Urteil des Gerichts vom 14. Juli 2005 in der Rechtssache T-126/03, Reckitt Benckiser [España]/HABM — Aladin [ALADIN], Slg. 2005, II-2861, Randnr. 44).

27 Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich, dass dann, wenn eine Marke für eine Gruppe von Waren oder Dienstleistungen eingetragen worden ist, die so weit gefasst ist, dass darin verschiedene Untergruppen ausgemacht werden können, die sich jeweils als selbständig ansehen lassen, der Schutz, der aus dem Nachweis fließt, 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).

28 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die ältere Marke für „pharmazeutische und medizinische Präparate, insbesondere Präparate auf Kalziumbasis“ eingetragen wurde. Diese Umschreibung umfasst offenkundig eine Warengruppe, nämlich pharmazeutische Präparate im Allgemeinen, die so weit ist, dass darin verschiedene Untergruppen ausgemacht werden können, die sich als selbständig ansehen lassen. Denn der Begriff des pharmazeutischen Präparats schließt Produkte ein, die nach ihrem Bestimmungszweck und ihren Endverbrauchern, nach ihren spezifischen therapeutischen Indikationen und ihren Vertriebswegen, nach ihrer Rezeptpflichtigkeit oder freien Verkäuflichkeit hinreichend unterschiedlich sind, um sie in verschiedene Untergruppen einteilen zu können. Überdies führt die Klägerin im Warenverzeichnis ihrer Marke selbst die Untergruppe „Präparate auf Kalziumbasis“ gesondert auf.

- 29 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Nachweis einer ernsthaften Benutzung der älteren Marke nur für einen Teil der Produkte und Dienstleistungen erbracht ist, die zu einer weiten Kategorie von Produkten gehören, innerhalb deren sich verschiedene selbständige Untergruppen ausmachen lassen.
- 30 Folglich hat die Beschwerdekammer damit, dass sie für die Prüfung des Widerspruchs nur die „pharmazeutischen Präparate auf Kalziumbasis“ berücksichtigt, Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 fehlerfrei angewandt.
- 31 Dieses Ergebnis wird durch die Argumente der Klägerin nicht in Frage gestellt.
- 32 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, dass es in Fällen, in denen die ältere Marke eine Gesamtheit von verschiedenen Waren und Dienstleistungen erfasse, zwar der Billigkeit entspreche, für den Widerspruch, um eine missbräuchliche Geltendmachung von Marken für eine Gesamtheit von Waren oder Dienstleistungen in einer oder mehreren Klassen zu vermeiden, nur den Bereich zugrunde zu legen, in dem eine länger als fünf Jahre bestehende Marke benutzt worden sei, dass es aber unverhältnismäßig erscheine, nur ein spezifisches Produkt innerhalb der jeweiligen Kategorie zu berücksichtigen.
- 33 Insoweit weist das Gericht zunächst darauf hin, dass sich Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 auf Waren und Dienstleistungen bezieht und nicht auf Kategorien oder Klassen von Waren, für die die Marke eingetragen ist. Zweitens erfasst der für die Prüfung des Widerspruchs zugrunde gelegte Begriff „pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis“ nicht nur ein spezifisches Produkt, sondern eine selbständige und hinreichend weite Produktuntergruppe, womit er im vorliegenden Fall keine unverhältnismäßige Beschränkung bewirkt. Wie sich aus den obigen Randnummern 29 und 30 ergibt, steht dieser Ansatz im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichts.

- 34 Was weiterhin das Argument der Klägerin anbelangt, eine solche restriktive Auslegung des Artikels 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 bedeute eine Diskriminierung im Vergleich zu dem Schutzbereich, der im Widerspruchsverfahren einer erst kürzer als fünf Jahre eingetragenen Marke zuerkannt werde, so genügt der Hinweis, dass eine Diskriminierung insoweit bereits deshalb nicht feststellbar ist, weil beide Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Denn für eine erst kürzer als fünf Jahre eingetragene Marke wird der Nachweis der ernsthaften Benutzung gerade deshalb nicht verlangt, weil der Zeitraum von fünf Jahren eine kommerzielle Nutzung der Marke ermöglichen soll. So kann eine Marke nach Artikel 50 der Verordnung Nr. 40/94 erst nach Ablauf eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren, in dem sie für die Waren, für die sie eingetragen ist, in der Gemeinschaft nicht ernsthaft benutzt wurde, wegen Nichtbenutzung für verfallen erklärt werden.
- 35 Demnach ist der erste Klagegrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 36 Die Klägerin wendet sich erstens gegen die Feststellung der Beschwerdekammer, dass zwischen den in Frage stehenden Waren kein hinreichender Ähnlichkeitsgrad bestehe.
- 37 Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich bei den beiden Produktarten um ähnliche pharmazeutische Präparate, die von gleichartigen Herstellern über die gleichen Wege vertrieben würde. Das eine Präparat sei durch seine Wirksubstanz und das

andere durch seine therapeutische Indikation beschrieben. Die Klägerin meint, es wäre Sache der anderen Beteiligten im Verfahren vor der Beschwerdekammer gewesen, darzulegen, dass trotz dieser auf den ersten Blick gegebenen Ähnlichkeit die Umstände der Verschreibung und Einnahme der beiden Mittel für einen Verbraucher, der gleichzeitig mit beiden Medikamenten konfrontiert sei, jede Verwechslungsgefahr ausschließen. Es sei aber keinerlei Beweis in diesem Sinne erbracht worden. Ebenso wenig sei bewiesen worden, dass die Darreichungs- und Verabreichungsform der Produkte jede Verwechslungsgefahr ausschließe.

- 38 Für den Ausschluss der Verwechslungsgefahr genüge nicht die Feststellung, dass zwei pharmazeutische Produkte der Behandlung unterschiedlicher Erkrankungen dienten. Vielmehr habe der andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer nachzuweisen und die Beschwerdekammer sich zu vergewissern, dass einem Kranken nicht beide Mittel gleichzeitig verschrieben werden könnten oder er sie gleichzeitig einnehmen könne. Dies sei aber nicht geschehen.
- 39 Zweitens habe es die Beschwerdekammer versäumt, das relevante Publikum zu definieren und die Verwechslungsgefahr im Hinblick auf dieses Publikum zu beurteilen. Im Bereich von Arzneimitteln bestehe das relevante Publikum aus der gesamten Bevölkerung, zu der zum einen die Fachleute des Gesundheitswesens wie Ärzte, Apotheker und Krankenschwestern und zum anderen die potenziellen Verbraucher von Arzneimitteln gehörten, darunter auch Personen mit bereits eingeschränkter visueller, kognitiver oder verstandesmäßiger Leistungsfähigkeit, die zusätzlich noch durch Krankheit geschwächt sein könnten.
- 40 Verwechslungsgefahr beim Publikum bestehe nicht nur im Zeitpunkt des Kaufs, sondern die mögliche Verwechslung auch nach dem Verkauf werde etwa in Nordamerika bereits lange berücksichtigt. Ein Medikament werde nämlich im Allgemeinen über eine gewisse Zeitdauer hinweg eingenommen, und der Erkrankte, der es später seiner Hausapotheke entnehme, sei dabei nicht mehr von einem medizinischen Fachmann beraten.

- 41 Die Klägerin macht drittens Ausführungen zum Vergleich der Zeichen.
- 42 Sie weist darauf hin, dass die Zeichen CALSYN und GALZIN, wie die Beschwerdekammer festgestellt habe, für den Durchschnittsverbraucher ohne Aussagegehalt seien, so dass beide Marken in hohem Maße kennzeichnungskräftig seien. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts sei die Verwechslungsgefahr jedoch umso größer, je größer die Kennzeichnungskraft eines Zeichens sei. Nach ihrer Feststellung, dass die Marke CALSYN willkürlich gestaltet und kennzeichnungskräftig sei, hätte die Beschwerdekammer daher den generellen Ähnlichkeiten mehr Bedeutung zumessen müssen als Detailunterschieden. Sie sei aber genau gegenteilig vorgegangen.
- 43 So habe die Beschwerdekammer die visuellen und klanglichen Detailunterschiede zwischen den beiden Marken fehlerhaft in den Mittelpunkt ihrer Beurteilung gestellt, anstatt ordnungsgemäß den von den beiden Marken in ihrer Gesamtheit hervorgerufenen visuellen klanglichen und begrifflichen Eindruck zu vergleichen.
- 44 Was den visuellen Vergleich angehe, so hätten die beiden Zeichen die gleiche Anzahl von Buchstaben und seien sich angesichts der identischen Buchstabenfolge „a“, „l“ und „n“ in frappierender Weise ähnlich. Die Beschwerdekammer habe zu Unrecht nicht die visuelle Ähnlichkeit zwischen den Großbuchstaben „C“ und „G“ berücksichtigt, die sich nur durch einen kleinen Querstrich unterschieden, der in der Schreibweise des „G“ leicht überspielt werden könne. Auch die Buchstaben „s“ und „z“ seien sich visuell sehr ähnlich, da ihre geometrische Form spiegelbildlich sei.
- 45 Im Rahmen des klanglichen Vergleichs habe sich die Beschwerdekammer einer subtilen Analyse von Detailunterschieden gewidmet, die für das relevante Publikum

nicht erkennbar seien. So sei in Wirklichkeit der Klanglaut der Buchstaben „c“ und „g“ sehr ähnlich und seien diese, besonders für Menschen mit verminderter Hörfähigkeit, ältere Menschen oder Ausländer, nicht notwendig unterscheidbar. Gleiches gelte für die Buchstaben „s“ und „z“.

46 Im Übrigen habe die Beschwerdekammer in willkürlicher Weise angenommen, dass die Laute „yn“ und „in“ unterschiedlich ausgesprochen würden. Die Buchstabenkombination „yn“ aber sei in der französischen Sprache kaum bekannt, in der die Buchstaben „y“ und „i“ vielmehr klanglich gleich behandelt würden, so dass das Publikum, abgesehen von der Minderheit, die der englischen Sprache mächtig sei oder die vom HABM beschriebenen Ausspracheregeln kenne, das „yn“ instinktiv als „in“ aussprechen werde. Damit aber könne die unterschiedlich scharfe Aussprache von „c“ und „g“ und von „z“ und „s“ sowie möglicherweise der Laute „yn“ und „in“ an der klanglichen Gesamtähnlichkeit der beiden Marken nichts ändern.

47 Bei dem Gesamtvergleich sei auch zu berücksichtigen, dass die visuellen und klanglichen Wahrnehmungen nicht isoliert geprüft werden dürften, da man sich, um ein Wort — besonders ein Phantasiewort — auszusprechen zu können, innerlich sein Schriftbild vorzustellen versuche und umgekehrt. Die große klangliche Ähnlichkeit bewirke daher eine sehr ähnliche visuelle Erinnerung und damit schriftliche Wiedergabe der beiden Marken, die der Verbraucher gewöhnlich nicht gleichzeitig vor sich habe. Ebenso führe eine große visuelle Ähnlichkeit zu einer ähnlichen Aussprache, wenn sich der Verbraucher das Wort bildlich in Erinnerung rufe.

48 Die Beschwerdekammer hätte daher zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Ähnlichkeiten zwischen den beiden Zeichen die Unterschiede neutralisierten und

die Produkte deshalb ungeachtet ihrer unterschiedlichen therapeutischen Indikation als ähnlich anzusehen seien.

- 49 Das HABM weist zunächst darauf hin, dass es die Auffassung der Klägerin und der Beschwerdekammer zur Abgrenzung des relevanten Publikums teile, das aus Fachleuten des Gesundheitswesens und der allgemeinen Verbraucherschaft in Frankreich bestehe.
- 50 Das HABM erörtert zweitens die Produktähnlichkeit. Es weist insoweit darauf hin, dass nach den Richtlinien zum Widerspruchsverfahren Arzneimittel im Allgemeinen als untereinander hochgradig ähnlich anzusehen seien, auch wenn der Ähnlichkeitsgrad bei klar differierender medizinischer Indikation geringer sein könne.
- 51 Im vorliegenden Fall handele es sich bei den Waren der älteren Marke CALSYN, für die die Benutzung nachgewiesen sei, um pharmazeutische Präparate auf Kalziumbasis. Den Benutzungsnachweisen lasse sich entnehmen, dass CALSYN eine (gemäß „Liste II“) verschreibungspflichtige Injektionslösung auf Kalzitoinbasis sei und Patienten besonders bei Hypokalzämie (Kalziummangel und dadurch bedingtem Knochenabbau) sowie bei Knochenerkrankungen (insbesondere Morbus Paget, einer Erkrankung des menschlichen Skeletts unter Deformierung der Knochen) verabreicht werde.
- 52 Die in der Anmeldung aufgeführten pharmazeutischen Präparate zur Behandlung der Wilson-Krankheit dienten der Therapie einer seltenen vererblichen Erkrankung, die zu einer vermehrten Kupfereinlagerung im Organismus führe. Solche Arzneimittel würden angesichts der sehr speziellen therapeutischen Indikation von Ärzten verordnet und seien rezeptpflichtig.

- 53 Im Ergebnis sei daher festzustellen, dass die in Frage stehenden Waren als Arzneimittel einander ähnlich seien, allerdings wegen ihrer unterschiedlichen therapeutischen Indikation in nur verringertem Maße. Die von der Beschwerdekammer vorgenommene Beurteilung sei daher insoweit fehlerfrei.
- 54 Das HABM erörtert drittens den visuellen, klanglichen und begrifflichen Zeichenvergleich.
- 55 Was den visuellen Vergleich angehe, so ergäben sich visuelle Ähnlichkeiten zwischen den Zeichen daraus, dass sie die gleiche Buchstabenzahl (sechs) hätten, dass jeweils drei Buchstaben identisch in der gleichen Reihenfolge und an gleicher Stelle erschienen („a“, „l“ und „n“) und dass auch die Großbuchstaben „G“ und „C“ sowie die Kleinbuchstaben „z“ und „s“ ähnlich seien. Wie die Beschwerdekammer bemerkt habe, unterschieden sich die Zeichen aber durch den Buchstaben „y“.
- 56 In klanglicher Hinsicht sei zu beachten, dass beide Zeichen aus zwei Silben bestünden und dass die Silben „Cal“ und „Gal“ ebenso wie „zin“ und „syn“ sehr ähnlich seien. Die Laute „in“ und „yn“ könnten im Französischen sowohl mit dem Lautwert [in] (wie in „sinistre, sinusite, synonyme, synergie“) oder als [ë] (wie in „sincère, singe, lapin, synthèse, syndicat“) unterschiedslos ausgesprochen werden, da für den Vokal „y“ die gleichen Regeln gälten wie für das „i“. Das HABM stellt die Beurteilung der von der Beschwerdekammer vorgenommenen klanglichen Prüfung in das Ermessen des Gerichts.
- 57 Zum begrifflichen Zeichenvergleich weist das HABM darauf hin, dass die Zeichen, wie die Beschwerdekammer festgestellt habe, für das relevante Publikum keinen Aussagegehalt hätten, so dass insoweit Schlussfolgerungen nicht möglich seien.

- 58 Angesichts der visuellen und klanglichen Ähnlichkeiten geht das HABM von einer Gesamähnlichkeit der Zeichen aus.
- 59 Das HABM macht viertens Ausführungen zur Gesamtbeurteilung der Verwechslungsgefahr. Es weist darauf hin, dass nach der Rechtsprechung ein geringer Ähnlichkeitsgrad der Waren oder Dienstleistungen durch einen erhöhten Ähnlichkeitsgrad der Marken ausgeglichen werden könne und umgekehrt. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr sei von einem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich groß sein könne.
- 60 Im Allgemeinen sei der Durchschnittsverbraucher gegenüber verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aufmerksamer als gegenüber frei verkäuflichen. Dabei sei sein Aufmerksamkeitsgrad auch von der therapeutischen Indikation des Mittels abhängig. Im vorliegenden Fall handele es sich um rezeptpflichtige Arzneimittel, so dass im Einklang mit der Beschwerdekammer von einem erhöhten Aufmerksamkeitsgrad der Verbraucher auszugehen sei.
- 61 Im Ergebnis stellt das HABM die Beurteilung der Frage, ob die Ähnlichkeit der Zeichen und der Waren bei den französischen Verbrauchern Verwechslungsgefahr begründen kann, in das Ermessen des Gerichts.

Würdigung durch das Gericht

- 62 Nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist die angemeldete Marke auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke von der Eintragung ausgeschlossen, wenn wegen ihrer Identität oder Ähnlichkeit mit der älteren Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen in dem Gebiet besteht, in dem die ältere Marke Schutz genießt; dabei schließt die Gefahr von Verwechslungen die Gefahr ein, dass die Marke mit der älteren Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird. Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung Nr. 40/94 gehören zu den älteren Marken auch die in einem Mitgliedstaat eingetragenen Marken mit einem älteren Anmeldetag als dem Tag der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke.
- 63 Eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 liegt vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die mit den beiden einander gegenüberstehenden Zeichen gekennzeichneten Waren aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Dabei ist das Vorliegen einer solchen Gefahr unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (Urteile des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnrn. 16 und 29, und vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnrn. 17 und 18; Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002 in der Rechtssache T-104/01, Oberhauser/HABM — Petit Liberto [Fifties], Slg. 2002, II-4359, Randnrn. 25 und 26).
- 64 Diese umfassende Beurteilung impliziert eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, wobei ein geringer Grad der Ähnlichkeit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (Urteile Canon, Randnr. 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 19, und Fifties, Randnr. 27).
- 65 Im vorliegenden Fall ist die ältere Marke in Frankreich eingetragen. Daher ist für die Anwendung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 auf die Wahrnehmung des französischen Publikums abzustellen.

- 66 Da es sich bei den fraglichen Produkten um Arzneimittel handelt, besteht das relevante Publikum zum einen aus medizinischen Fachleuten und zum anderen aus den Patienten als den Endverbrauchern (Urteile des Gerichts vom 22. September 2005 in der Rechtssache T-130/03, Alcon/HABM — Biofarma [TRAVATAN], Slg. 2005, II-3859, Randnr. 49, und vom 17. November 2005, in der Rechtssache T-154/03, Biofarma/HABM — Bauch & Lomb Pharmaceuticals [ALREX], Slg. 2005, II-4743, Randnr. 46).
- 67 Insoweit ist das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, dass es die Beschwerdekammer versäumt habe, die angefochtenen Verkehrskreise zu definieren. Aus Randnummer 10 der angefochtenen Entscheidung ergibt sich klar, dass die Beschwerdekammer, die sich insoweit auf die französische Verbraucherschaft bezog, als das relevante Publikum sowohl die Verbraucher von Arzneimitteln als auch die medizinischen Fachleute ansah. Nach Auffassung des Gerichts hat die Beschwerdekammer das relevante Publikum damit fehlerfrei definiert.
- 68 Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der fraglichen Waren sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen. Dazu gehören insbesondere ihre Art, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (Urteil Canon, Randnr. 23).
- 69 Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdekammer im Wesentlichen davon ausgegangen, dass die von den Marken erfassten Waren als Arzneimittel einander zwar ähnlich seien, aber unterschiedliche therapeutischen Indikationen hätten. Dies räumt auch die Klägerin ein, die zum einen vorträgt, dass Arzneimittel auf den ersten Blick als ähnlich anzusehen seien, und zum anderen darauf hinweist, dass die in Frage stehenden Produkte für unterschiedliche Erkrankungen bestimmt seien. Wie den Schriftsätzen der Klägerin zu entnehmen ist, wendet sie sich nicht gegen

die von der Beschwerdekammer vorgenommene Beurteilung des bestehenden Ähnlichkeitsgrades.

- 70 Insoweit genügt der Hinweis, dass die in Frage stehenden Waren der gleichen Art sind (Arzneimittel), die gleiche Zweckbestimmung haben (Behandlungen von Störungen der menschlichen Gesundheit), sich an die gleichen Verbraucher richten (medizinische Fachleute und Patienten), über die gleichen Wege vertrieben werden (im Allgemeinen Apotheken) und einander potenziell ergänzen. Ihr Unterschied liegt hingegen in der differierenden therapeutischen Indikation.
- 71 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die zwischen den Waren bestehenden Ähnlichkeiten gegenüber ihren Unterschieden überwiegen und dass damit, wie die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, zwischen den fraglichen Waren ein gewisser Grad an Ähnlichkeit besteht.
- 72 Was die visuelle, klangliche oder begriffliche Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen angeht, so ist bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr 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 in der Rechtssache T-292/01, Phillips-Van Heusen/HABM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel [BASS], Slg. 2003, II-4335, Randnr. 47 und die dort zitierte Rechtsprechung).
- 73 Zum begrifflichen Vergleich ist zunächst hervorzuheben, dass die Marken nach Feststellung der Beschwerdekammer für den Durchschnittsverbraucher ohne Aussagegehalt sind und dass die Klägerin dieser Feststellung nicht widersprochen

hat. Da die Zeichen keinen Sinngehalt haben, erachtet das Gericht diese von der Beschwerdekammer vorgenommene Beurteilung für fehlerfrei.

- 74 Was die klangliche Seite anbelangt, so handelt es sich um zwei reine Wortzeichen mit der gleichen Zahl von (sechs) Buchstaben, von denen drei identisch in der gleichen Reihenfolge und an gleicher Stelle erscheinen („a“, „l“ und „n“). Auch die Großbuchstaben „G“ und „C“ weisen Ähnlichkeiten auf, so dass nicht nachweisbar ist, dass der erste Buchstabe in jedem Zeichen die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf sich ziehen könnte. Im Übrigen ist entgegen der Beschwerdekammer festzustellen, dass auch die Buchstaben „z“ und „s“ einander ähnlich sind. Zwar hat die Beschwerdekammer zutreffend darauf hingewiesen, dass der Buchstabe „y“ der älteren Marke die Aufmerksamkeit auf sich lenkt, da er in der französischen Sprache wenig gebräuchlich ist. Diese Besonderheit allein genügt aber nicht, um die beiden Zeichen klar zu unterscheiden. Das Gericht kommt daher zu dem Ergebnis, dass die beiden Zeichen visuell insgesamt ähnlich sind.
- 75 Zum klanglichen Vergleich schließlich ist festzustellen, dass beide Zeichen zweisilbig sind und dass ihre ersten Silben „Cal“ und „Gal“ ähnlich ausgesprochen werden, da die Konsonanten „c“ und „g“ einen sehr ähnlichen Lautwert haben. Entgegen der Beurteilung der Beschwerdekammer ist dabei darauf hinzuweisen, dass im Französischen auch die Laute „yn“ und „in“ sehr häufig unterschiedslos ausgesprochen werden. Nach Auffassung des Gerichts beruht daher die Feststellung der Beschwerdekammer, dass die Zeichen klanglich unterschiedlich seien, auf einem Beurteilungsfehler.
- 76 Nach alledem sind die beiden Zeichen als insgesamt ähnlich anzusehen und ist der Beschwerdekammer folglich mit ihrer Feststellung, dass die Zeichen — insbesondere klanglich — unterschiedlich seien, ein Beurteilungsfehler unterlaufen.

- 77 Zur Gesamtbeurteilung der Verwechslungsgefahr ist darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht der Beschwerdekammer zwischen den Waren und den Marken zwar jeweils ein gewisser Ähnlichkeitsgrad besteht, jedoch hielt die Beschwerdekammer diesen für unzureichend, um hinsichtlich der betroffenen Waren eine Verwechslungsgefahr zu begründen. Für dieses Ergebnis hat sich die Beschwerdekammer insbesondere darauf gestützt, dass angesichts der Art der Waren das — sowohl aus Verbrauchern von Arzneimitteln als auch aus medizinischen Fachleuten bestehende — Publikum den die Produkte identifizierenden Zeichen besondere Aufmerksamkeit entgegenbringen werde.
- 78 Insoweit ist daran zu erinnern, dass für diese Gesamtbeurteilung der Verwechslungsgefahr auf einen normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Frage stehenden Art von Produkten abzustellen ist. Nach der Rechtsprechung ist auch zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der Waren- oder Dienstleistungsgruppe unterschiedlich hoch sein kann (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 26).
- 79 Nach Auffassung des Gerichts ist der Aufmerksamkeitsgrad des durchschnittlichen Arzneimittelverbrauchers von Fall zu Fall je nach den gegebenen Umständen und unter Berücksichtigung insbesondere der therapeutischen Indikationen der fraglichen Mittel zu beurteilen. Im Fall von rezeptpflichtigen Arzneimitteln, wie sie hier in Frage stehen, wird im Allgemeinen ein erhöhtes Aufmerksamkeitsniveau gegeben sein, da diese Mittel vom Arzt verschrieben und anschließend von dem Apotheker überprüft werden, der sie den Verbrauchern aushändigt.
- 80 Dass das relevante Publikum aus Personen besteht, deren Aufmerksamkeitsgrad als erhöht anzusehen ist, genügt jedoch angesichts der zwischen den Produkten und

zwischen den Zeichen bestehenden Ähnlichkeit nicht, um auszuschließen, dass das Publikum glauben könnte, dass die Produkte aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen. Die von der Beschwerdekammer getroffene Beurteilung, dass keine Verwechslungsgefahr bestehe, beruht auf der unzutreffenden Voraussetzung, dass die Zeichen, insbesondere in klanglicher Hinsicht, erhebliche Unterschiede aufwiesen und dass diese geeignet seien, den zwischen den Waren bestehenden Ähnlichkeitsgrad zu neutralisieren. Diese Beurteilung kann jedoch nicht aufrechterhalten werden, nachdem oben in den Randnummern 74 und 75 festgestellt worden ist, dass die Zeichen sowohl visuell als auch klanglich stark ähnlich sind.

- 81 Demnach gelangt das Gericht im Gegensatz zur angefochtenen Entscheidung zu dem Ergebnis, dass nach dem von den Marken hervorgerufenen Gesamteindruck die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede in Anbetracht der vorhandenen Produktähnlichkeit und der visuellen und klanglichen Zeichenähnlichkeiten nicht genügen, um eine Verwechslungsgefahr in der Wahrnehmung des relevanten Publikums auszuschließen.
- 82 Nach alledem greift der zweite Klagegrund, mit dem die Klägerin einen Verstoß der Beschwerdekammer gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 rügt, in der Sache durch. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben.

Kosten

- 83 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM mit seinem Vorbringen unterlegen ist, sind ihm gemäß dem Antrag der Klägerin deren Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 7. September 2004 (Sache R 295/2003-4) wird aufgehoben.**
- 2. Das HABM trägt seine eigenen Kosten und die Kosten der Klägerin.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Jürimäe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 17. Oktober 2006.

Der Kanzler

Der Präsident

E. Coulon

M. Vilaras