URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

18. Oktober 2007 *

In der Rechtssache T-425/03

**AMS Advanced Medical Services GmbH** mit Sitz in Mannheim (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwältin G. Lindhofer, dann Rechtsanwältinnen G. Lindhofer und S. Schäffler,

Klägerin,

gegen

**Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM),** vertreten durch G. Schneider als Bevollmächtigten,

Beklagter,

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

* Verfahrenssprache: Deutsch.

**American Medical Systems, Inc.,** mit Sitz in Minnetonka, Minnesota (Vereinigte Staaten von Amerika), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte H. Kunz-Hallstein und R. Kunz-Hallstein,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM vom 12. September 2003 (Sache R 671/2002-4) in einem Widerspruchsverfahren zwischen der AMS Advanced Medical Services GmbH und der American Medical Systems, Inc.,

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

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

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 17. Dezember 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 23. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

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

auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2006

folgendes

## Urteil

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 25. Oktober 1999 reichte die AMS Advanced Medical Services GmbH beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) 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 die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke ein.

2 Die angemeldete Marke besteht aus dem im Folgenden wiedergegebenen Bildzeichen „AMS Advanced Medical Services“:



3 Die Marke wurde für folgende Waren und Dienstleistungen in den Klassen 5, 10 und 42 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:

— Klasse 5: „Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide“;

— Klasse 10: „Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial“;

— Klasse 42: „Beherbergung und Verpflegung von Gästen; Dienstleistungen eines Chemikers; Dienstleistungen eines Ingenieurs; Dienstleistungen eines Krankenhauses, Genesungs- oder Gesundheitsheimes; ärztliche Versorgung, Gesundheits- und Schönheitspflege; Dienstleistungen eines medizinischen, bakteriologischen und chemischen Labors; Entwicklung von Arzneimitteln, pharmazeutisch wirksamen Ernährungsmitteln und anderen Produkten für das Gesundheitswesen und Durchführung medizinischer und klinischer Untersuchungen, Beratung und Unterstützung von Dritten bei diesen Tätigkeiten; wissenschaftliche und industrielle Forschung, insbesondere medizinische, bakteriologische oder chemische Forschung; Dienstleistungen eines Optikers; Dienstleistungen eines Physikers; Dolmetschen; Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung, insbesondere für medizinische Zwecke; Erstellen von technischen Gutachten; Recherchen (technische und rechtliche) in Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes; technische Beratung und gutachterliche Tätigkeit; Beratung von Gesundheitsträgern bei der Entwicklung, Einrichtung und Durchführung von Therapieprogrammen und die Erprobung von solchen Therapieprogrammen mittels Studien; Tierzucht; Übersetzungen; Vermietung von Datenverarbeitungsanlagen; Vermietung von Verkaufsautomaten; Verwaltung und Verwertung von Urheberrechten; Verwertung gewerblicher Schutzrechte; Werkstoffprüfung; Zimmerreservierung.“

4 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 43/00 vom 29. Mai 2000 veröffentlicht.

5 Am 28. August 2000 legte die American Medical Systems, Inc. Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke ein und machte zur Begründung Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 geltend. Dieser Widerspruch wurde u. a. auf mehrere in Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien, im Vereinigten Königreich sowie in den Benelux-Staaten eingetragene nationale Marken und insbesondere auf die Wortmarke AMS gestützt, die am 20. März 1996 mit der Nr. 2061585 im Vereinigten Königreich für die folgenden Waren der Klasse 10 gemäß der Klassifikation von Nizza eingetragen worden war:

— „Chirurgische, ärztliche und tierärztliche Instrumente; chirurgisches Nahtmaterial; Medizinprodukte für die Behandlung urologischer Erkrankungen und der Impotenz; Prothesen; Schwellkörperprothesen; urologische Prothesen; künstliche Sphinkter, Teile und Zubehör für die vorgenannten Waren, alle in Klasse 10."

6 Mit Entscheidung vom 31. Mai 2002 gab die Widerspruchsabteilung, ausschließlich gestützt auf die im Vereinigten Königreich eingetragene Wortmarke AMS (im Folgenden: ältere Marke oder ältere Marke AMS), dem Widerspruch in Bezug auf die in Klasse 10 aufgeführten Waren mit der Begründung statt, dass im Vereinigten Königreich Verwechslungsgefahr bestehe. Die von der angemeldeten Marke und der älteren Marke umfassten Waren der Klasse 10 seien identisch, und die einander gegenüberstehenden Zeichen seien aufgrund der Kombination der Buchstaben „A", „M" und „S", die sie gemeinsam hätten, ähnlich, wobei dem Bildbestandteil und dem Wortbestandteil „Advanced Medical Services", die wenig kennzeichnungskräftig seien, in der Anmeldemarke nur geringes Gewicht zuzumessen sei. Dagegen wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch hinsichtlich der Waren der Klasse 5 und der Dienstleistungen der Klasse 42 zurück.

7 Am 30. September 2002 legte die Streithelferin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung insoweit Beschwerde ein, als der Widerspruch hinsichtlich der folgenden Waren und Dienstleistungen der Anmeldung zurückgewiesen worden war:

— Klasse 5: „Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide."

— Klasse 42: „Dienstleistungen eines Krankenhauses, Genesungs- oder Gesundheitsheimes; ärztliche Versorgung, Gesundheits- und Schönheitspflege; Dienstleistungen eines medizinischen, bakteriologischen und chemischen Labors; Entwicklung von Arzneimitteln, pharmazeutisch wirksamen Ernährungsmitteln und anderen Produkten für das Gesundheitswesen und Durchführung medizinischer und klinischer Untersuchungen, Beratung und Unterstützung von Dritten bei diesen Tätigkeiten; wissenschaftliche und industrielle Forschung, insbesondere medizinische, bakteriologische oder chemische Forschung; Dienstleistungen eines Optikers; Beratung von Gesundheitsträgern bei der Entwicklung, Einrichtung und Durchführung von Therapieprogrammen und die Erprobung von solchen Therapieprogrammen mittels Studien."

8 Die Streithelferin machte geltend, die Waren der Klasse 5 stünden in engem Zusammenhang mit den Waren der Klasse 10, da sie entweder als Applikatoren bei der Verabreichung der medizinischen Präparate verwendet würden oder zumindest im Zusammenhang mit der Verabreichung zur Anwendung kämen. Hinsichtlich der Dienstleistungen der Klasse 42 sei zu berücksichtigen, dass alle Pharmaunternehmen Forschung betrieben und dazu verpflichtet seien.

9 Die Klägerin erklärte in ihrem bei der Vierten Beschwerdekammer des HABM eingereichten Schriftsatz zunächst, dass „keinerlei Verwechslungsgefahr zwischen den Marken AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS und AMERICAN MEDICAL SYSTEMS einerseits und AMS Advanced Medical Services andererseits im Hinblick auf das jetzige Waren- und Dienstleistungsverzeichnis [bestehe], nachdem die Gemeinschaftsmarke AMS Advanced Medical Services im Widerspruchsverfahren beschränkt worden [sei] (siehe Entscheidung Nr. 1697/2002 vom 31. Mai 2002)". Sodann führte sie aus, sie stimme dem „Ergebnis in Bezug auf die Ähnlichkeit der Waren und das Gewicht zu, das die Widerspruchsabteilung der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Marken und derjenigen der Waren und Dienstleistungen beigemessen hat". Schließlich bestritt sie, dass die Marken der Streithelferin innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Widerspruchsverfahren in der Europäischen Gemeinschaft für die Waren der Klasse 10 ernsthaft benutzt worden seien, und forderte diese daher auf, Nachweise für die Benutzung ihrer verschiedenen Marken zu erbringen.

10 Mit Entscheidung vom 12. September 2003 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Beschwerdekammer die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf und gab dem Widerspruch der Streithelferin statt, außer hinsichtlich der Waren „Babykost; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide und Herbizide", für die sie die von der Klägerin angemeldete Marke zur Eintragung zuließ, da diese Waren als von denen der älteren Marke hinreichend verschieden angesehen werden könnten. Zu den Waren und Dienstleistungen, hinsichtlich deren sie dem Widerspruch stattgab, stellte die Beschwerdekammer dagegen fest, dass sie ebenso wie die von der älteren Marke geschützten Waren im Wesentlichen den medizinischen Bereich beträfen und für die Heilung körperlicher Leiden bestimmt seien, so dass unter Berücksichtigung ihres Zwecks und der Ähnlichkeit der Zeichen Verwechslungsgefahr bestehe. Schließlich wies die Beschwerdekammer den von der Klägerin im Beschwerdeverfahren erhobenen Einwand, die Widerspruchsmarke sei nicht in der Gemeinschaft benutzt worden, als verspätet zurück.

**Anträge der Parteien**

11 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— die Gemeinschaftsmarkenanmeldung zur Eintragung zuzulassen;

— hilfsweise, die Sache an die Beschwerdekammer zurückzuverweisen;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

12 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin erklärt, sie nehme ihren zweiten Klageantrag zurück; diese Erklärung ist in das Sitzungsprotokoll aufgenommen worden.

13 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

**Zur Zulässigkeit des dritten Klageantrags**

14 Mit ihrem dritten Klageantrag ersucht die Klägerin das Gericht, die Sache an die Beschwerdekammer zurückzuverweisen, damit diese über ihre Anmeldung entscheide.

15 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das HABM nach Art. 63 Abs. 6 der Verordnung Nr. 40/94 die Maßnahmen zu ergreifen hat, die sich aus dem Urteil des Gemeinschaftsrichters ergeben. Das Gericht kann somit dem HABM keine Anordnungen erteilen. Das HABM hat die Konsequenzen aus dem Tenor und den Gründen des vom Gericht erlassenen Urteils zu ziehen. Nach der Rechtsprechung gilt dieser Grundsatz insbesondere, wenn der Klageantrag einen Antrag auf Zurückverweisung der Sache an das HABM zur Entscheidung über die Anmeldung zum Inhalt hat (Urteile des Gerichts vom 31. Januar 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/HABM [Giroform], T-331/99, Slg. 2001, II-433, Randnr. 33, vom 27. Februar 2002, Eurocool Logistik/HABM [EUROCOOL], T-34/00, Slg. 2002, II-683, Randnrn. 11 und 12, und vom 31. März 2004, Fieldturf/HABM [LOOKS LIKE GRASS… FEELS LIKE GRASS… PLAYS LIKE GRASS], T-216/02, Slg. 2004, II-1023, Randnr. 15).

16 Der dritte Klageantrag ist daher unzulässig.

**Zum Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung**

17 Die Klägerin macht im Wesentlichen zwei Klagegründe geltend, nämlich erstens einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 40/94 und zweitens das Fehlen einer ernsthaften Benutzung der Marken der Streithelferin.

*1. Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 40/94*

*Zur Zulässigkeit des rechtlichen Vorbringens vor dem Gericht*

Vorbringen der Parteien

18 Das HABM trägt vor, dass nach Artikel 135 § 4 der Verfahrensordnung des Gerichts die Schriftsätze der Parteien nicht den vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand ändern könnten, der durch die Beschwerdeschrift und die Anträge des Beschwerdeführers abgegrenzt werde.

19 Es sei noch nicht abschließend geklärt, inwieweit die Beschwerdegegnerin den Streitstoff vor der Beschwerdekammer mitbestimmen könne, indem sie z. B. von der Beschwerdeführerin nicht angegriffene Feststellungen der Ausgangsentscheidung in ihrer Beschwerdebeantwortung selbständig angreife, ohne ihrerseits Beschwerde eingelegt zu haben. Ebenfalls sei nicht abschließend geklärt, ob die Beschwerdekammer die angefochtene Entscheidung insgesamt zu überprüfen habe oder sich auf Aspekte der Entscheidung beschränken könne, die ausdrücklich durch die Beschwerdebegründung der Kontrollinstanz unterbreitet würden. Das HABM verweist hierfür auf die gegensätzlichen Aussagen in den Urteilen des Gerichts vom 23. September 2003, Henkel/HABM — LHS (UK) (KLEENCARE) (T-308/01, Slg. 2003, II-3253, Randnr. 29), und vom 17. März 2004, El Corte Inglés/HABM — González Cabello und Iberia Línéas Aéreas de España (MUNDICOR) (T-183/02 und T-184/02, Slg. 2004, II-965, Randnr. 76).

20 Feststellungen der Widerspruchsabteilung, die die Beschwerdegegnerin vor der Beschwerdekammer nicht angegriffen habe, könnten nicht zum ersten Mal vor dem Gericht erster Instanz zum Streitgegenstand gemacht werden.

21 Im vorliegenden Fall habe die Klägerin als Beschwerdegegnerin im Verfahren vor der Beschwerdekammer die Feststellungen der Widerspruchsabteilung zur Warenähnlichkeit und Zeichenähnlichkeit ausdrücklich mit den Worten als richtig anerkannt, sie stimme dem „Ergebnis in Bezug auf die Ähnlichkeit der Waren und das Gewicht zu, das die Widerspruchsabteilung der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Marken und derjenigen der Waren und Dienstleistungen beigemessen hat". Die Klägerin habe sich nur gegen eine Abänderung der Entscheidung der Widerspruchsabteilung durch die Beschwerdekammer im Sinne einer Ausdehnung des Kreises der als ähnlich anzusehenden Waren und Dienstleistungen gewendet. Damit sei allein die Frage, ob auch andere als die ursprünglich von der Widerspruchsabteilung identifizierten Waren und Dienstleistungen in den Ähnlichkeitsbereich der älteren Marke fielen, Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gewesen. Soweit die Klägerin nunmehr die von der Widerspruchsabteilung festgestellte und von der Beschwerdekammer bestätigte Zeichenähnlichkeit in Zweifel ziehe, sei dieser Vortrag wegen Verstoßes gegen Artikel 135 § 4 der Verfahrensordnung unzulässig, da er den Streitgegenstand ändere. Der Vortrag sei auch deswegen unzulässig, weil er gegen den Grundsatz des Verbotes des venire contra factum proprium verstoße.

Würdigung durch das Gericht

22 Vorab ist zu prüfen, ob die Klägerin, wie das HABM geltend macht, die Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken vor der Beschwerdekammer ausdrücklich anerkannt hat, so dass sie sie vor dem Gericht nicht mehr bestreiten dürfte.

23 Die Klägerin hat im zweiten Absatz ihres Schriftsatzes vom 13. Februar 2003 ausgeführt, sie stimme dem „Ergebnis in Bezug auf die Ähnlichkeit der Waren und das Gewicht zu, das die Widerspruchsabteilung der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Marken und derjenigen der Waren und Dienstleistungen beigemessen hat".

24 Es ist festzustellen, dass entgegen dem Vorbringen des HABM nicht behauptet werden kann, die Klägerin habe in diesem Absatz ausdrücklich die Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken anerkannt. Die Klägerin sagt darin nämlich nicht in klaren und eindeutigen Worten, dass sie die Ähnlichkeit dieser Marken nicht in Frage stelle, sondern sie verzichtet darin nur darauf, das Gewicht zu beanstanden, das die Widerspruchsabteilung der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken und derjenigen der betroffenen Waren und Dienstleistungen beimaß.

25 Dass die Klägerin eine Ähnlichkeit der beiden Marken nicht ausdrücklich anerkannte, wird durch den letzten Absatz des Schriftsatzes bestätigt, in dem sie ausführte, es bestehe „keinerlei Verwechslungsgefahr zwischen den Marken AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS und AMERICAN MEDICAL SYSTEMS einerseits und AMS Advanced Medical Services andererseits im Hinblick auf das jetzige Waren- und Dienstleistungsverzeichnis, nachdem die Gemeinschaftsmarke AMS Advanced Medical Services während des Widerspruchsverfahrens beschränkt worden [sei]". Aus dieser Äußerung geht nämlich hervor, dass die Klägerin die Ähnlichkeit der Marken hinsichtlich der Waren der Klasse 5 und der Dienstleistungen der Klasse 42 vor der Beschwerdekammer bestreiten wollte, was sie im Übrigen in Beantwortung einer Frage des Gerichts zu der Tragweite und dem Inhalt der beiden fraglichen Absätze ihres Schriftsatzes vom 13. Februar 2003 bestätigt hat. Im ersten Absatz ihres Schriftsatzes erklärte die Klägerin somit nur, dass Verwechslungsgefahr ausschließlich im Hinblick auf die Waren der Klasse 10 bestehe, hinsichtlich deren sie die Entscheidung der Widerspruchsabteilung im Übrigen auch nicht in Frage stellte.

26 Schließlich legte die Beschwerdekammer selbst den Schriftsatz der Klägerin vom 13. Februar 2003 keineswegs als ausdrückliches Anerkenntnis der Feststellungen der Widerspruchsabteilung zur fehlenden Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden

Marken aus, denn sie bemerkte zur Zeichenähnlichkeit, dass „die Marken einen hohen Ähnlichkeitsgrad [aufwiesen], da sie das identische Kürzel AMS [enthielten]", ohne in irgendeiner Weise auf ein angebliches ausdrückliches Anerkenntnis der Klägerin zu diesem Punkt Bezug zu nehmen.

27 Selbst wenn man unterstellt, die Klägerin habe in ihrem Schriftsatz vom 13. Februar 2003 die Ähnlichkeit der in Rede stehenden Marken ausdrücklich anerkannt, ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine gemäß Art. 63 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 beim Gericht erhobene Klage auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern gerichtet ist (vgl. Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 2002, eCopy/HABM [ECOPY], T-247/01, Slg. 2002, II-5301, Randnr. 46, und vom 22. Oktober 2003, Éditions Albert René/HABM — Trucco [Starix], T-311/01, Slg. 2003, II-4625, Randnr. 70). Im Rahmen der Verordnung Nr. 40/94 ist diese Kontrolle nach Art. 74 der Verordnung anhand des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens des Rechtsstreits vorzunehmen, mit dem die Beschwerdekammer befasst war (Urteile des Gerichts vom 5. März 2003, Unilever/HABM [Ovoide Tablette], T-194/01, Slg. 2003, II-383, Randnr. 16, und vom 1. Februar 2005, SPAG/HABM — Dann und Backer [HOOLIGAN], T-57/03, Slg. 2005, II-287, Randnr. 17). Im Übrigen können nach Art. 135 § 4 der Verfahrensordnung die Schriftsätze der Parteien den vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand nicht ändern.

28 In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass ein Widerspruch gegen die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke, wenn er auf Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 gestützt ist, das HABM mit der Frage der Identität oder Ähnlichkeit der von den einander gegenüberstehenden Marken umfassten Waren und Dienstleistungen sowie des Fehlens einer Ähnlichkeit zwischen den Marken befasst (vgl. in diesem Sinne Urteil HOOLIGAN, oben angeführt in Randnr. 27, Randnrn. 24 und 25) .

29 Dass die Klägerin die Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken vor der Beschwerdekammer nicht bestritten hat, kann folglich nicht dazu führen, dass das HABM nicht länger mit der Frage befasst wäre, ob die Marken identisch oder

ähnlich sind. Erst recht kann der Klägerin hierdurch nicht das Recht genommen werden, in den Grenzen des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens des Rechtsstreits vor der Beschwerdekammer die von dieser insoweit vorgenommenen Beurteilungen zu rügen (vgl. in diesem Sinne Urteil HOOLIGAN, oben angeführt in Randnr. 27, Randnrn. 24 und 25).

30 Die bei Gericht vorgebrachten Rügen der Klägerin zur Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken überschreiten indessen nicht den Rahmen des Rechtsstreits, mit dem die Beschwerdekammer befasst war, die auch über die Frage der Ähnlichkeit der in Rede stehenden Marken entschieden hat. Die Klägerin stellt nämlich nur die insoweit angestellten Beurteilungen und Erwägungen der Beschwerdekammer in Frage. Folglich hat sie mit diesen Rügen den Streitgegenstand nicht geändert; die Rügen sind somit vor dem Gericht zulässig.

31 Unter diesen Umständen ist die vom HABM erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen.

*Zur Begründetheit*

Vorbringen der Parteien

32 Die Klägerin macht geltend, dass zwischen den für die Streithelferin eingetragenen Marken AMS AMBICOR, AMS SECURO-T und AMERICAN MEDICAL SYSTEMS einerseits und der angemeldeten Marke AMS Advanced Medical Services andererseits keinerlei Zeichenähnlichkeit und damit keinerlei Verwechslungsgefahr bestehe. Diese auch von der Beschwerdekammer getroffenen Feststellungen fechte sie nicht an.

33 Die Klägerin trägt ferner vor, dass entgegen der angefochtenen Entscheidung auch keinerlei Verwechslungsgefahr zwischen der älteren Marke AMS und der angemeldeten Marke bestehe, da sowohl eine Zeichenähnlichkeit als auch eine Ähnlichkeit der Waren- oder Dienstleistungen fehlten.

34 Was erstens die Zeichenähnlichkeit angehe, sei jeweils auf den Gesamteindruck der beiden einander gegenüberstehenden Zeichen abzustellen. Eine isolierte Betrachtung nur eines Zeichenbestandteils, wie von der Beschwerdekammer vorgenommen, sei nicht zulässig. Denn die Eintragung einer Gemeinschaftsbildmarke gewähre nur einen Schutz für die angemeldete Marke in ihrer Gesamtheit, aber keinen Schutz für einzelne Namens- oder Buchstabenteile.

35 Die Gemeinschaftsmarke sei als Bildmarke zur Eintragung angemeldet worden und enthalte einen grafisch gestalteten Pfeilring sowie die rechts davon angeordneten Wortbestandteile „AMS“ und „Advanced Medical Services“. Der grafisch gestaltete Pfeilring und die Wortbestandteile seien mit einer den Pfeilring durchziehenden Linie miteinander verbunden, wobei der Wortbestandteil „AMS“ oberhalb und der Wortbestandteil „Advanced Medical Services“ direkt unterhalb der Linie dargestellt seien. Die Abkürzung „AMS“ stehe für die drei Anfangsbuchstaben des Bestandteils „Advanced Medical Services“, der zugleich auch die Firmenbezeichnung der Klägerin sei. Ausgesprochen werde die Gemeinschaftsmarke stets als „AMS Advanced Medical Services“ als Ganzes, aber niemals isoliert nur mit der allein überhaupt nicht aussagekräftigen Abkürzung „AMS“. Der für sich allein wenig kennzeichnungskräftige Bestandteil „AMS“ könne die Marke der Klägerin nicht so weit prägen, dass alle anderen Namensbestandteile in den Hintergrund gedrängt würden.

36 Was zweitens die Warenähnlichkeit angehe, bestehe keine Ähnlichkeit zwischen den von der Streithelferin beanspruchten, höchst speziellen Waren der Klasse 10 einerseits und den Waren der Klasse 5 und Dienstleistungen der Klasse 42 der

Anmeldung andererseits. Auch wenn in beiden Fällen medizinische Felder betroffen seien, könne dies in dieser Ausschließlichkeit nicht für eine Bejahung einer Ähnlichkeit der Waren genügen. Das medizinische Feld sei außerordentlich weit und könne eine ganze Reihe von Waren anderer Klassen umfassen, was im Ergebnis dazu führen würde, dass der Umfang des Schutzes eines in einem konkreten und äußerst spezialisierten Medizinbereich eingetragen Warennamens auf markenrechtlich fernliegende Waren erstreckt würde.

37 Drittens sei die nur aus den drei eine Abkürzung bildenden Buchstaben „A“, „M“ und „S“ bestehende ältere Marke auch zeichenmäßig wenig unterscheidungskräftig und habe demzufolge allenfalls einen begrenzten Schutzumfang. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr zwischen zwei Zeichen bestehe durchaus eine Wechselbeziehung zwischen der Zeichenähnlichkeit einerseits und der Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit andererseits in der Form, dass bei kennzeichnungsschwächeren Marken der Abstand der betroffenen Waren oder Dienstleistungen geringer sein könne, um eine Verwechslungsgefahr insgesamt zu verneinen. So sei der Sachverhalt hier; die ältere Marke sei kennzeichnungsschwach, und die Unterschiede sowohl der einander gegenüberstehenden Zeichen als auch der betroffenen Waren oder Dienstleistungen seien hinreichend groß, um eine Verwechslungsgefahr zu verneinen.

38 Das HABM trägt vor, dass die Eigenart der Waren als konkurrierende oder einander ergänzende Waren ein wichtiger Anknüpfungspunkt unter den bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalls (Urteile des Gerichtshofs vom 11. November 1997, Sabèl, C-251/95, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 22, vom 22. Juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 18, und vom 22. Juni 2000, Marca Mode, C-425/98, Slg. 2000, I-4861, Randnr. 40) sei. Könne die Aussage getroffen werden, dass bestimmte Waren aus Sicht des Verbrauchers in einem Konkurrenz- oder Ergänzungsverhältnis stehen, so könne in der Regel *prima facie* von ihrer Ähnlichkeit im markenrechtlichen Sinne ausgegangen werden.

39 Die Methode, die Warenähnlichkeit mit dem Ergänzungsverhältnis der Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung des entsprechenden Marktes zu begründen, lasse sich auch in der Rechtsprechung des Gerichts nachweisen (vgl. Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002, Institut für Lernsysteme/HABM — Educational Services [ELS], T-388/00, Slg. 2002, II-4301, Randnrn. 55 und 56).

40 Das HABM hält die von der Beschwerdekammer vorgenommene Beurteilung für zutreffend. Die von den einander gegenüberstehenden Marken umfassten Waren der Klassen 5 und 10 seien ähnlich, da sie gleichzeitig und zum selben Zweck, nämlich dem einer Heilbehandlung, zur Anwendung kämen. Die angegriffenen Dienstleistungen der Anmeldemarke in der Klasse 42 seien den Waren der Klasse 10 ähnlich, da Letztere regelmäßig bei Erbringung der genannten Dienstleistungen verwendet würden. Was die Dienstleistungen im Bereich der Forschung betreffe, sei außerdem zu beachten, dass die Pharmaunternehmen, die die medizinischen Instrumente der Klasse 10 herstellten, regelmäßig Forschungs- und Entwicklungsarbeit durchführten, und zu erwarten, dass dies dem spezialisierten Publikum, das die Instrumente verwende, auch bekannt sei.

41 Die Streithelferin schließt sich im Wesentlichen den Ausführungen des HABM an und legt dar, dass die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung der Marke beantragt wurde, den von der älteren Marke umfassten Waren und Dienstleistungen ähnlich seien.

Würdigung durch das Gericht

42 Nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 ist auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke die angemeldete 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.

43 Zu den älteren Marken gehören nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. a Ziff. i und ii der Verordnung Nr. 40/94 Gemeinschaftsmarken und in einem Mitgliedstaat eingetragene Marken mit einem früheren Anmeldetag als dem Tag der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke.

44 Nach ständiger Rechtsprechung liegt Verwechslungsgefahr dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (Urteile des Gerichtshofs vom 29. September 1998, Canon, C-39/97, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 29, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 17; Urteile des Gerichts vom 23. Oktober 2002, Oberhauser/HABM — Petit Liberto [Fifties], T-104/01, Slg. 2002, II-4359, Randnr. 25, vom 30. Juni 2004, BMI Bertollo/HABM — Diesel [DIESELIT], T-186/02, Slg. 2004, II-1887, Randnr. 34, und vom 15. März 2006, Eurodrive Services and Distribution/HABM — Gómez Frías [euroMASTER], T-31/04, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 28].

45 Das Vorliegen von Verwechslungsgefahr beim Publikum ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (Urteile Sabèl, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 22, Canon, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 18, und Marca Mode, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 40; Urteile Fifties, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 26, und DIESELIT, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 35).

46 Diese umfassende Beurteilung impliziert eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen. So

kann ein geringer Grad der Ähnlichkeit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (Urteile Canon, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 19, und Marca Mode, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 40; Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002, Matratzen Concord/HABM — Hukla Germany [MATRATZEN], T-6/01, Slg. 2002, II-4335, Randnr. 25, im Rechtsmittelverfahren bestätigt durch Beschluss des Gerichtshofs vom 28. April 2004, Matratzen Concord/HABM, C-3/03 P, Slg. 2004, I-3657). Die Wechselbeziehung zwischen diesen Faktoren kommt in der siebten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 zum Ausdruck, wonach der Begriff der Ähnlichkeit im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen ist, deren Feststellung ihrerseits von zahlreichen Faktoren abhängt, u. a. von dem Bekanntheitsgrad der Marke auf dem Markt, der gedanklichen Verbindung, die zwischen ihr und dem benutzten oder eingetragenen Zeichen hergestellt werden kann, und dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen sowie zwischen den damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen (vgl. Urteil DIESELIT, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 Ferner ist bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen im Bild, im Klang oder in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den sie hervorrufen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94, wonach „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen … besteht", geht nämlich hervor, dass es für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr entscheidend darauf ankommt, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der fraglichen Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt. Der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke dabei regelmäßig als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten (vgl. in diesem Sinne Urteile Sabèl, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 23, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 25, Beschluss Matratzen Concord/HABM, oben angeführt in Randnr. 46, Randnr. 29, und Urteil DIESELIT, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 38).

48 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf einen normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren abzustellen. Im Übrigen ist zu beachten, dass sich dem Durchschnittsverbraucher nur selten die Möglichkeit bietet, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, sondern dass er sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 26; Urteile Fifties, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 28, und DIESELIT, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 38).

49 Aus dem in Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 verankerten einheitlichen Charakter der Gemeinschaftsmarke schließlich ergibt sich, dass eine ältere Gemeinschaftsmarke in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise geschützt ist. Ältere Gemeinschaftsmarken können daher jeder späteren Markenanmeldung entgegengehalten werden, die ihren Schutz beeinträchtigen würde, und sei es auch nur in Bezug auf die Wahrnehmung der Verbraucher in einem Teil des Gemeinschaftsgebiets. Daraus ergibt sich, dass der in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegte Grundsatz, wonach es für die Ablehnung der Eintragung einer Marke ausreicht, dass nur in einem Teil der Gemeinschaft ein absolutes Eintragungshindernis besteht, entsprechend auch im Fall eines relativen Eintragungshindernisses im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 gilt (Urteile des Gerichts in der Rechtssache MATRATZEN, oben angeführt in Randnr. 46, Randnr. 59, vom 6. Oktober 2004, New Look/HABM — Naulover [NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE und NLCollection], T-117/03 bis T-119/03 und T-171/03, Slg. 2004, II-3471, Randnr. 34, und vom 1. März 2005, Fusco/HABM — Fusco International [ENZO FUSCO], T-185/03, Slg. 2005, II-715, Randnr. 33).

50 Im vorliegenden Fall wurde der Widerspruch auf in Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien, dem Vereinigten Königreich und den Benelux-Staaten eingetragene nationale Marken gestützt. Die Entscheidung der Widerspruchsabteilung und die angefochtene Entscheidung stellten hingegen nur auf die im Vereinigten Königreich eingetragene ältere Marke AMS ab, was von den Parteien nicht gerügt wird. Die Prüfung ist daher auf das Gebiet des Vereinigten Königreichs zu beschränken.

51 Wie die Beschwerdekammer in Randnr. 12 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, besteht das relevante Publikum aus dem durchschnittlich informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher im Vereinigten Königreich und aus Berufstätigen und Fachleuten im Gesundheitswesen des Vereinigten Königreichs.

52 Die von der Beschwerdekammer vorgenommene Beurteilung der Gefahr von Verwechslungen zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen ist im Licht der vorstehenden Erwägungen zu prüfen.

— Zur Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen

53 Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Waren oder Dienstleistungen alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen diesen Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen. Dazu gehören insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (Urteil des Gerichtshofs vom 11. Mai 2006, Sunrider/HABM, C-416/04 P, Slg. 2006, I-4237, Randnr. 85; vgl. ferner Urteile des Gerichts vom 15. Januar 2003, Mystery Drinks/HABM — Karlsberg Brauerei [MYSTERY], T-99/01, Slg. 2003, II-43, Randnr. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 7. Juli 2005, Miles International/HABM — Biker Miles [Biker Miles], T-385/03, Slg. 2005, II-2665, Randnr. 31, und euroMASTER, oben angeführt in Randnr. 44, Randnr. 31).

54 Im Rahmen ihrer Prüfung der Zeichenähnlichkeit hat die Beschwerdekammer in den Randnrn. 8 und 13 der angefochtenen Entscheidung die Beurteilung der Waren „Babykost; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide“ durch die Widerspruchsabteilung nicht in Frage gestellt, da diese von Waren für Medizin und Chirurgie und anderen von der älteren Marke umfassten Waren dieser Art hinreichend entfernt seien, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen.

55 Diese Feststellung ist von der Streithelferin im Rahmen der vorliegenden Klage nicht bestritten worden.

56 Dagegen hat die Beschwerdekammer die Entscheidung der Widerspruchsabteilung in Bezug auf die anderen Waren der Klasse 5 und alle beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 42 aufgehoben.

57 So hat die Beschwerdekammer in Randnr. 8 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass „[p]harmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Pflaster, Verbandsmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel (Klasse 5)“ sowie sämtliche mit der Beschwerde angegriffenen Dienstleistungen der Klasse 42 „ebenso wie die von der älteren Marke geschützten Waren den medizinischen Bereich [beträfen] und für die Heilung körperlicher Leiden bestimmt seien, so dass unter Berücksichtigung … der Ähnlichkeit der Zeichen Verwechslungsgefahr [bestehe]“.

58 Dazu hat die Beschwerdekammer in den Randnrn. 9 bis 11 der angefochtenen Entscheidung näher ausgeführt, dass die in Rede stehenden Waren einen Bezug zum Bereich der Medizin hätten und dass die von der angemeldeten Marke umfassten Dienstleistungen den Waren der älteren Marke deshalb ähnlich seien, weil sie einen Bezug zu ähnlichen Gebieten wie der Bakteriologie, der Pharmazeutik und anderen verwandten Bereichen hätten und aufgrund ihrer starken Spezialisierung eng mit ihnen verbunden seien.

59 Diesen Erwägungen ist zuzustimmen.

60 Hierzu ist festzustellen, dass die Waren der älteren Marke und die der Anmeldemarke sämtlich zum Bereich der Medizin gehören und dazu bestimmt sind, im Rahmen einer Therapie eingesetzt zu werden.

61 Darüber hinaus ergänzen die von der Anmeldung umfassten Waren entweder die von der älteren Marke geschützten Waren oder konkurrieren mit ihnen. So ergänzen pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Pflaster, Verbandsmaterial und Desinfektionsmittel die von der älteren Marke geschützten Waren, weil sie im Allgemeinen im Rahmen chirurgischer Eingriffe zum Einsetzen von Prothesen und künstlichen Sphinktern zur Anwendung kommen.

62 Die Streithelferin hebt zu Recht hervor, dass der Arzt eine einzusetzende Prothese zunächst mit einem Desinfektionsmittel vorbehandele, sie anschließend einsetze und die Wunde dann unter Verwendung von Verbandsmaterial schließe, das er zuletzt mit einem Pflaster befestige. Er könne auch ein Präparat für die Gesundheitspflege und ein pharmazeutisches Präparat verschreiben.

63 Ebenso ergänzen die veterinärmedizinischen Erzeugnisse die von der älteren Marke umfassten tierärztlichen Apparate. Die Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke hingegen stehen zu den von der älteren Marke umfassten Medizinprodukten in einem Konkurrenzverhältnis und verhalten sich ergänzend zu den ebenfalls mit der älteren Marke geschützten chirurgischen und ärztlichen Apparaten.

64 Zur Beurteilung der Ähnlichkeit der angegriffenen Dienstleistungen ist zunächst festzustellen, dass die medizinische, bakteriologische und chemische Forschung und Erprobung namentlich der in der Anmeldung aufgeführten Art — wie die Beschwerdekammer zutreffend ausgeführt hat — enge Verbindungen zu Arzneimitteln und medizinischen Vorrichtungen und Erzeugnissen aufweisen, wie sie von der älteren Marke umfasst werden. Ferner gelangen die mit der älteren Marke geschützten medizinischen Apparate und Erzeugnisse, insbesondere Prothesen, im Allgemeinen ebenso bei Heileingriffen in Krankenhäusern oder Privatkliniken zum Einsatz wie die, die in der Gemeinschaftsmarkenanmeldung aufgeführt sind. Wissenschaftliche und industrielle Forschung verschiedener Art schließlich kann auf demselben Gebiet durchgeführt werden, auf dem die von der älteren Marke umfassten Waren eingesetzt werden.

65 In Anbetracht der engen Verbindung zwischen den fraglichen Waren und Dienstleistungen nach ihrem Verwendungszweck sowie angesichts der ergänzenden Funktion der Waren gegenüber den Dienstleistungen hat die Beschwerdekammer daher zu Recht festgestellt, dass die betreffenden Waren und Dienstleistungen ähnlich sind.

66 Folglich ist die Beschwerdekammer zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die angefochtenen Waren und Dienstleistungen den mit der älteren Marke geschützten Waren ähnlich sind (vgl. in diesem Sinne Urteil ELS, oben angeführt in Randnr. 39, Randnr. 56).

— Zur Zeichenähnlichkeit

67 Wie bereits oben in Randnr. 47 ausgeführt, 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 ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. Urteile Sabèl, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 23, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben angeführt in Randnr. 38, Randnr. 25; Urteile 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 dort angeführte Rechtsprechung, und vom 24. November 2005, GfK/HABM — BUS [Online Bus], T-135/04, Slg. 2005, II-4865, Randnr. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

68 Nach der Rechtsprechung kann eine zusammengesetzte Marke nur dann als einer anderen Marke, die mit einem ihrer Bestandteile identisch oder diesem ähnlich ist, ähnlich angesehen werden, wenn dieser Bestandteil das dominierende Element in dem von der zusammengesetzten Marke hervorgerufenen Gesamteindruck ist. Das ist dann der Fall, wenn dieser Bestandteil allein schon geeignet ist, das Bild dieser Marke, das die angesprochenen Verkehrskreise im Gedächtnis behalten, so zu

prägen, dass alle übrigen Bestandteile der Marke in dem durch diese hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigen sind (Urteile des Gerichts in der Rechtssache MATRATZEN, oben angeführt in Randnr. 46, Randnr. 33, und vom 13. Juli 2005, Murúa Entrena/HABM — Bodegas Murúa [Julián Murúa Entrena], T-40/03, Slg. 2005, II-2831, Randnr. 52).

69 Das bedeutet nicht, dass nur ein Bestandteil einer zusammengesetzten Marke zu berücksichtigen und mit einer anderen Marke zu vergleichen wäre. Vielmehr sind die fraglichen Marken jeweils als Ganzes miteinander zu vergleichen. Das schließt jedoch nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer zusammengesetzten Marke für den durch diese im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. Urteil des Gerichts vom 11. Mai 2005, Grupo Sada/HABM — Sadia [GRUPO SADA], T-31/03, Slg. 2005, II-1667, Randnr. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

70 Bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter oder mehrere bestimmte Bestandteile einer zusammengesetzten Marke prägend sind, sind die Eigenschaften jedes einzelnen dieser Bestandteile insbesondere in der Weise zu berücksichtigen, dass sie mit den Eigenschaften der anderen Bestandteile verglichen werden. In zweiter Linie kann auch auf die jeweilige Rolle der einzelnen Bestandteile bei der Gesamtgestaltung der zusammengesetzten Marke abgestellt werden (Urteile MATRATZEN, oben angeführt in Randnr. 46, Randnr. 35, GRUPO SADA, oben angeführt in Randnr. 69, Randnr. 49, und Julián Murúa Entrena, oben angeführt in Randnr. 68, Randnr. 54).

71 In Randnr. 9 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer ausgeführt, dass die ältere Marke und die angemeldete Marke einen hohen Ähnlichkeitsgrad aufwiesen, da sie beide das identische Kürzel AMS enthielten.

72 Die Klägerin rügt, dass die Beschwerdekammer eine isolierte Betrachtung eines einzelnen Zeichenbestandteils vorgenommen habe, obwohl die Eintragung einer Gemeinschaftsbildmarke nur einen Schutz der angemeldeten Marke in ihrer Gesamtheit und nicht für einzelne Namens- oder Buchstabenteile gewähre.

73 Aus Randnr. 9 sowie aus Randnr. 3 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass sich die Beschwerdekammer der Auffassung der Widerspruchsabteilung anschloss, der zufolge die fraglichen Zeichen ähnlich seien, weil sie denselben prägenden Bestandteil „AMS“ besäßen.

74 In der Tat ist einer der Bestandteile der einander gegenüberstehenden Marken, nämlich eben das Element „AMS“, der gleiche.

75 Folgende Zeichen sind zu vergleichen:

AMS




76 Was erstens den bildlichen Vergleich angeht, ist zum einen festzustellen, dass das Kürzel AMS in der angemeldeten Marke AMS Advanced Medical Services vollständig enthalten ist.

77 Zum anderen handelt es sich bei der angemeldeten Marke um eine Bildmarke, die die Großbuchstaben „A“, „M“ und „S“ in Fett- und Kursivdruck enthält; diesen sind sieben einen Ring bildende Pfeile vorangestellt. Diese Figur wird von einer schwarzen Linie durchschnitten, die den Bestandteil „AMS“ unterstreicht und unter der in kleinerer und ebenfalls kursiver Schrift in — mit Ausnahme des jeweils ersten Buchstabens der Worte — Kleinbuchstaben der Ausdruck „Advanced Medical Services“ erscheint.

78 Das Kürzel AMS wird somit in der älteren Marke und in der angemeldeten Marke in ähnlicher Weise dargestellt, nämlich in Großbuchstaben. Dass die angemeldete Marke in Kursivschrift dargestellt wird, ermöglicht keine Unterscheidung, da der Unterschied für den Verbraucher praktisch nicht wahrnehmbar ist.

79 Auch das Vorhandensein eines Bildelements in der angemeldeten Marke erlaubt es nicht, sie von der älteren Marke zu unterscheiden, da dieses Element vom angesprochenen Publikum als einfache Verzierung des Wortbestandteils aufgefasst werden könnte. Der Bestandteil „AMS" besitzt nämlich als der Bildbestandteil der angemeldeten Marke ein größeres Gewicht und drängt sich bei deren Wahrnehmung wegen seiner Größe und seiner versetzten Position gegenüber dem aus Pfeilen gebildeten Ring geradezu auf, während Letzterer nur eine rein dekorative Funktion hat und deshalb nicht als das dominierende Element der angemeldeten Marke angesehen werden kann. Hieraus folgt, dass der Beschwerdekammer bei ihrer Feststellung, dass der Bestandteil „AMS" das dominierende Element der angemeldeten Marke sei, kein Fehler unterlaufen ist.

80 Zwar enthält die angemeldete Marke darüber hinaus auch den Ausdruck „Advanced Medical Services".

81 Es ist jedoch festzustellen, dass der Bestandteil „AMS" die von der angemeldeten Marke umfassten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibt, so dass dieser Kombination eine gewisse Kennzeichnungskraft zukommt. Dagegen besitzt der Ausdruck „Advanced Medical Services" für Waren im Bereich der Medizin nur eine sehr geringe Kennzeichnungskraft. So wird das Publikum durch den Begriff „Advanced" nur darüber unterrichtet, dass das betreffende Unternehmen, sei es auf dem Gebiet der Forschung, sei es nach seiner Sachkunde oder Erfahrung, einen fortgeschrittenen Stand aufweist. Der Begriff „Medical" ist für die fraglichen Waren und Dienstleistungen im medizinischen Bereich beschreibend, und dem Begriff „Services" kann in diesem Zusammenhang keine Kennzeichnungskraft zukommen.

82 Insoweit ist daran zu erinnern, dass das Publikum einen beschreibenden Bestandteil einer komplexen Marke im Allgemeinen nicht als unterscheidungskräftiges und dominierendes Element des Gesamteindrucks dieser Marke ansehen wird (vgl. Urteil Biker Miles, oben angeführt in Randnr. 53, Randnr. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

83 Aus alledem ergibt sich, dass die angemeldete Marke visuelle Ähnlichkeiten mit der älteren Marke besitzt.

84 In klanglicher Hinsicht haben die beiden einander gegenüberstehenden Zeichen das Kürzel AMS gemeinsam, das ihren zentralen Kern bildet. Auch wenn die angemeldete Marke außerdem den Ausdruck „Advanced Medical Services" enthält, ist nicht ausgeschlossen, dass der Durchschnittsverbraucher beide Marken allein mit dem Kürzel AMS benennt, da diese Buchstabenkombination der Abkürzung des Ausdrucks „Advanced Medical Services" entspricht. Dies gilt umso mehr, als dieser Eindruck durch die Wiedergabe aller Buchstaben dieser Wortfolge in kleinerer Schrift verstärkt wird.

85 Die einander gegenüberstehenden Zeichen sind daher auch in klanglicher Hinsicht ähnlich.

86 Zum begrifflichen Vergleich ist festzustellen, dass der Bestandteil AMS keine besondere Bedeutung hat, sondern eine willkürliche Zusammenstellung ohne jede Bedeutung ist, und dass die Wortfolge „Advanced Medical Services" vom Durchschnittsverbraucher als Name der betreffenden Gesellschaft oder als ein anpreisender Ausdruck im medizinischen Bereich wahrgenommen wird. Darüber hinaus könnten die Verbraucher, die die ältere Marke gesehen haben, dem Kürzel AMS dieselbe Bedeutung zuordnen. Hieraus folgt, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen auch begrifflich ähnlich sind.

87 Demnach hat die Beschwerdekammer zu Recht angenommen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen deshalb ähnlich seien, weil das dominierende Element des Wortbestandteils der Anmeldemarke und das einzige Element der älteren Marke identisch seien (vgl. in diesem Sinne Urteile Biker Miles, oben angeführt in Randnr. 53, Randnr. 45, und Julián Murúa Entrena, oben angeführt in Randnr. 68, Randnr. 76).

— Zur Verwechslungsgefahr

88 Wie oben in den Randnrn. 53 bis 66 festgestellt, sind die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen den von der älteren Marke umfassten Waren ähnlich. Zudem ist der von den einander gegenüberstehenden Zeichen hervorgerufene Gesamteindruck unter Berücksichtigung ihrer unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente geeignet, zwischen ihnen eine hinreichende Ähnlichkeit zu begründen, um zu einer Verwechslungsgefahr für den Verbraucher zu führen.

89 Die Beschwerdekammer hat daher zu Recht das Bestehen von Verwechslungsgefahr bejaht und die Anmeldung des Zeichens AMS für die in Rede stehenden Waren zurückgewiesen.

90 Dieses Ergebnis wird auch nicht durch das Vorbringen der Klägerin entkräftet, wonach die ältere Marke beim Zeichenvergleich in der Form hätte berücksichtigt werden müssen, in der sie benutzt worden sei, und nicht in der ihrer Eintragung.

91 In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, dass die Zeichen unabhängig davon, ob sie isoliert oder zusammen mit anderen Marken oder Angaben benutzt werden, in der Form zu vergleichen sind, in der sie eingetragen oder angemeldet wurden. Folglich waren gerade die von der Beschwerdekammer betrachteten Zeichen zu vergleichen

(vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 8. Dezember 2005, Castellblanch/HABM — Champagne Roederer [CRISTAL CASTELLBLANCH], T-29/04, Slg. 2005, II-5309, Randnr. 57).

92 Nach alledem ist der erste Klagegrund zurückzuweisen.

*2. Zum zweiten Klagegrund: Fehlende ernsthafte Benutzung der Marken der Streithelferin*

*Vorbringen der Parteien*

93 Die Klägerin trägt vor, dass die Marken der Streithelferin in der Gemeinschaft nicht rechtserhaltend benutzt worden seien. Die Streithelferin habe ihren Hauptsitz in den Vereinigten Staaten und sei auf dem Gebiet urologischer Vorrichtungen tätig. Bei den urologischen Vorrichtungen, die unter komplexen, den Bestandteil „AMS“ enthaltenden Bezeichnungen (nämlich AMS 700 CX™/CXM™ Penile Prostheses, AMS 700 Ultrex™/Ultrex™ Plus Penile Prostheses, AMS Ambicor® Penile Prostheses, AMS Malleable 600M™/650M™ Penile Prostheses, AMS Sphincter 800™ Urinary Control System) vertrieben würden, handele es sich um äußerst spezielle Produkte der Klasse 10, nämlich um eine Penisprothese und ein Urinalkontrollsystem. Bei keiner der Waren bestehe die Kennzeichnung allein aus der Bezeichnung „AMS“. Eine Benutzung einer gegenüber der eingetragenen Marke dergestalt abgewandelten Form, dass die Kennzeichnungskraft des Zeichens verändert werde, könne jedoch nicht rechtserhaltend sein.

94 Darüber hinaus liege auch deshalb keine Benutzung der Marken der Streithelferin in der Gemeinschaft vor, weil die Waren nur amerikanischen Verbrauchern angeboten würden.

95 Das HABM führt dazu aus, dass die Klägerin den Einwand der fehlenden ernsthaften Benutzung der Marke erstmals im Verfahren vor der Beschwerdekammer erhoben habe, so dass die Beschwerdekammer das erstmals vor ihr vorgetragene Verlangen zutreffend als verspätet im Sinne von Art. 74 der Verordnung Nr. 40/94 zurückgewiesen habe.

96 Hierzu weist das HABM darauf hin, dass gemäß Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94 der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben habe, auf Verlangen des Anmelders den Nachweis erbringen müsse, 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 sei und auf die er sich zur Begründung seines Widerspruchs berufe, ernsthaft benutzt habe, da sein Widerspruch sonst zurückgewiesen werde. Dieser Beweis könne innerhalb der vom HABM gemäß Regel 22 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABI. L 303, S. 1) gesetzten Frist erbracht werden. Diese Wirkung trete nur ein, wenn das Verlangen ausdrücklich und rechtzeitig gestellt worden sei. Der mangelnde Nachweis der ernsthaften Benutzung könne nur dann durch die Zurückweisung des Widerspruchs geahndet werden, wenn ein solcher Nachweis ausdrücklich und rechtzeitig vom Anmelder beim HABM verlangt worden sei (Urteil MUNDICOR, oben angeführt in Randnr. 19, Randnrn. 36 bis 39).

97 Die Streithelferin schließt sich der Auffassung des HABM im Wesentlichen an und trägt darüber hinaus vor, sie sei stark auf dem europäischen Markt vertreten und vertreibe dort ihre gesamten Produkte.

*Würdigung durch das Gericht*

98 Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin in ihrer Klageschrift nicht speziell die angefochtene Entscheidung rügt, soweit darin ihre Forderung des Nachweises der ernsthaften Benutzung mit der Begründung zurückgewiesen wurde, sie sei nicht

rechtzeitig vor der Widerspruchsabteilung vorgebracht worden, sondern dass sie vielmehr die ernsthafte Benutzung der Marken der Streithelferin bestreitet. Trotzdem ist ihr Vorbringen so auszulegen, dass es auf die Erwägungen abzielt, die von der Beschwerdekammer in Bezug auf den Zeitpunkt angestellt wurden, an dem der Nachweis der ernsthaften Benutzung verlangt werden kann. In diesem Sinn haben im Übrigen sowohl das HABM als auch die Streithelferin in ihren Schriftsätzen den zweiten Klagegrund der Klägerin geprüft und hat sich Letztere in der mündlichen Verhandlung geäußert.

99 Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer dadurch gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, dass sie entschieden hat, das Verlangen des Benutzungsnachweises hätte rechtzeitig vor der Widerspruchsabteilung vorgebracht werden müssen.

100 Der mit „Prüfung des Widerspruchs“ überschriebene Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94 sieht in Abs. 1 vor, dass das HABM die Parteien bei der Prüfung des Widerspruchs so oft wie erforderlich auffordert, innerhalb einer von ihm zu bestimmenden Frist eine Stellungnahme zu seinen Bescheiden oder zu den Schriftsätzen anderer Beteiligter einzureichen. Nach Art. 43 Abs. 2 hat der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben hat, auf Verlangen des Anmelders den Nachweis zu erbringen, dass er innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke die ältere Gemeinschaftsmarke in der Gemeinschaft ernsthaft benutzt hat. Nach Abs. 3 ist Abs. 2 auf ältere nationale Marken im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Buchst. 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.

101 Im vorliegenden Fall steht erstens fest, dass es sich bei der älteren Marke um eine nationale Marke handelt, und zwar um eine im Vereinigten Königreich eingetragene Marke (siehe oben, Randnrn. 5 und 6), und dass die Widerspruchsabteilung im Übrigen festgestellt hat, dass auf dem Gebiet des Vereinigten Königreichs hinsichtlich der Waren der Klasse 10 Verwechslungsgefahr bestehe.

102 Unter diesen Umständen ist der Verweis der Beschwerdekammer auf Art. 43 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 zu berichtigen, da dieser Absatz nur die Folgen der Nichtbenutzung einer älteren Gemeinschaftsmarke betrifft, während im vorliegenden Fall die ältere Marke eine nationale Marke ist. Einschlägig ist vielmehr Art. 43 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3, da Abs. 3 den Abs. 2 für auf ältere nationale Marken im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Buchst. a mit der Maßgabe entsprechend anwendbar erklärt, dass an die Stelle der Benutzung in der Gemeinschaft die Benutzung in dem Mitgliedstaat tritt, in dem die ältere Marke geschützt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts in der Rechtssache MUNDICOR, oben angeführt in Randnr. 19, Randnr. 33, und vom 23. Februar 2006, Ponte Finanziaria/HABM — Marine Enterprise Projects [BAINBRIDGE], T-194/03, Slg. 2006, II-445, Randnr. 31).

103 Zweitens ist festzustellen, dass die Klägerin das Fehlen des Nachweises der ernsthaften Benutzung der älteren Marke erstmals vor der Beschwerdekammer geltend gemacht hat und die Beschwerdekammer das Verlangen des Nachweises gemäß Art. 43 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass es rechtzeitig vor der Widerspruchsabteilung hätte geltend gemacht werden müssen und können.

104 In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94 der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben hat, den Nachweis, 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, nur auf Verlangen des Anmelders zu erbringen hat (Urteil MUNDICOR, oben angeführt in Randnr. 19, Randnr. 37).

105 Gemäß Art. 43 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 gilt für die Zwecke der Prüfung eines gemäß Art. 42 eingelegten Widerspruchs die ältere Marke als ernsthaft benutzt, solange der Anmelder nicht den Beweis einer solchen Benutzung verlangt. Wird ein solches Verlangen gestellt, so trägt daher der Widerspruchsführer

die Beweislast für die ernsthafte Benutzung (oder für das Vorliegen berechtigter Gründe für die Nichtbenutzung), da sein Widerspruch sonst zurückgewiesen wird. Diese Wirkung tritt nur ein, wenn das Verlangen ausdrücklich und rechtzeitig beim Amt gestellt worden ist (Urteile des Gerichts in der Rechtssache MUNDICOR, oben angeführt in Randnr. 19, Randnr. 38, vom 16. März 2005, L'Oréal/HABM — Revlon [FLEXI AIR], T-112/03, Slg. 2005, II-949, Randnr. 24, bestätigt durch den Beschluss des Gerichtshofs vom 27. April 2006, L'Oréal/HABM, C-235/05 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und vom 7. Juni 2005, Lidl Stiftung/HABM — REWE-Zentral [Salvita], T-303/03, Slg. 2005, II-1917, Randnr. 77).

106 Dieses Verlangen muss vor der Widerspruchsabteilung geäußert werden, damit es als rechtzeitig beim Amt gestellt angesehen werden kann, denn wenn die Frage der ernsthaften Benutzung der älteren Marke vom Markenanmelder einmal aufgeworfen worden ist, muss sie vor der Entscheidung über den Widerspruch selbst beantwortet werden (Urteil FLEXI AIR, oben angeführt in Randnr. 105, Randnr. 26).

107 Aus Art. 43 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 22 der Verordnung Nr. 2868/95 ergibt sich nämlich, dass das HABM, nachdem ein Widerspruch gegen eine Gemeinschaftsmarkenanmeldung bei ihm eingegangen ist, diesen Widerspruch dem Anmelder mitteilt und ihm eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme setzt. Da der Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke nach Art. 43 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 nur vom Anmelder der Gemeinschaftsmarke verlangt werden kann, muss dieses Verlangen ausdrücklich vor der Widerspruchsabteilung geäußert werden, weil es zu einer Änderung der Natur des Rechtsstreits führt, indem es dem Widersprechenden eine Verpflichtung auferlegt, die ihm nicht notwendigerweise oblag.

108 Fehlt es an einem solchen vor der Widerspruchsabteilung geäußerten Verlangen und liegt keine Entscheidung derselben über die Frage der ernsthaften Benutzung der älteren Marke vor, müsste die erstmals mit der Forderung eines Nachweises der ernsthaften Benutzung befasste Beschwerdekammer eine Entscheidung auf der

Grundlage eines neuen Antrags überprüfen, der eine Frage aufwirft, die die Widerspruchsabteilung nicht prüfen konnte und zu der sie in ihrer Entscheidung nicht Stellung genommen hat.

109 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das Verlangen des Nachweises der ernsthaften Benutzung der älteren Marke nur vor der Widerspruchsabteilung geäußert werden kann.

110 Diese Auslegung widerspricht nicht dem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung angeführten Grundsatz der zwischen den verschiedenen Stellen des HABM bestehenden funktionalen Kontinuität im Sinne der Rechtsprechung des Gerichts (Urteile KLEENCARE, oben angeführt in Randnr. 19, Randnrn. 25 und 26, HOOLIGAN, oben angeführt in Randnr. 27, Randnr. 18, und vom 10. Juli 2006, La Baronia de Turis/HABM - Baron Philippe de Rothschild [LA BARONNIE], T-323/03, Slg. 2006, II-2085, Randnrn. 57 und 58).

111 Im vorliegenden Fall handelt es sich nämlich jedenfalls nicht um tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte, die die Klägerin nicht vor der Widerspruchsabteilung vorgebracht hätte, sondern um ein Verlangen des Nachweises der ernsthaften Benutzung der älteren Marke, d. h., um einen neuen Verfahrensantrag, der den Inhalt des Widerspruchsverfahrens ändert und somit eine notwendige Vorfrage der Prüfung des Widerspruchs darstellt, so dass er rechtzeitig vor der Widerspruchsabteilung hätte geäußert werden müssen.

112 Das Verlangen des Nachweises der ernsthaften Benutzung führt demgemäß diese Vorfrage zusätzlich in das Widerspruchsverfahren ein und ändert damit dessen Inhalt. Würde dieses Verlangen erstmals vor der Beschwerdekammer vorgebracht, hätte diese einen neuen und spezifischen Antrag zu prüfen, der mit tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen verbunden ist, die von denen, die zur Erhebung eines Widerspruchs gegen die Registrierung einer Gemeinschaftsmarke geführt haben, verschieden sind.

113 Auch wenn jedoch die funktionale Kontinuität zwischen der Widerspruchsabteilung und der Beschwerdekammer im Sinne der oben in Randnr. 110 genannten Rechtsprechung eine erneute Prüfung der Sache durch die Beschwerdekammer impliziert, kann sie es doch jedenfalls nicht rechtfertigen, dass ein solches Verlangen erstmals vor der Beschwerdekammer vorgebracht wird, denn dieser Grundsatz schließt keineswegs ein, dass die Beschwerdekammer eine andere Streitsache prüft als diejenige, die der Widerspruchsabteilung unterbreitet wurde, d. h. eine Streitsache, deren Umfang durch die zusätzliche Einführung der Vorfrage der ernsthaften Benutzung der älteren Marke erweitert wurde.

114 Unter diesen Umständen hat die Beschwerdekammer in Randnr. 14 der angefochtenen Entscheidung zu Recht entschieden, dass das „Verlangen [der AMS Advanced Medical Services GmbH] nach Erbringung des Benutzungsnachweises zurückzuweisen [sei], weil es erstmals im Lauf dieses Verfahrens vorgebracht worden [sei], obwohl dies rechtzeitig vor der Widerspruchsabteilung hätte getan werden können und müssen".

115 Der zweite Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

116 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

**Kosten**

117 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr, wie von diesen beantragt, die Kosten des HABM und der Streithelferin aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

**1. Die Klage wird abgewiesen.**

**2. Die AMS Advanced Medical Services GmbH trägt die Kosten.**

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. Oktober 2007.

Der Kanzler Der Präsident

E. Coulon M. Vilaras