URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)

5. April 2006 *

In der Rechtssache T-202/04

Madaus AG mit Sitz in Köln (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt I. Valdelomar Serrano,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch J. Novais Gonçalves als Bevollmächtigten,

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM:

Optima Healthcare Ltd mit Sitz in Cardiff (Vereinigtes Königreich),

* Verfahrenssprache: Englisch.

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 30. März 2004 (Sache R 714/2002-2) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Madaus AG und der Optima Healthcare Ltd

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. D. Cooke sowie der Richterinnen I. Labucka und V. Trstenjak,

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 27. Mai 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 6. Oktober 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 19. Mai 2000 meldete die Optima Healthcare Ltd gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Dabei handelte es sich um das Wortzeichen ECHINAID.

3 Es wurde für „Vitamine, Nahrungsmittelergänzungsstoffe, Kräuterpräparate, pharmazeutische und medizinische Präparate" 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 18. Dezember 2000 wurde die Anmeldung im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 101/2000 veröffentlicht.

5 Am 16. März 2001 erhob die Madaus AG als Inhaberin der internationalen Marke ECHINACIN (mit Schutzwirkung für Spanien, Frankreich, Italien, Österreich, Portugal und die Benelux-Länder) für „chemische pharmazeutische Erzeugnisse" in Klasse 5 gegen die Anmeldung einen Widerspruch hinsichtlich aller beanspruchten Waren. Der Widerspruch war auf Verwechslungsgefahr im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gestützt.

6 Mit Entscheidung vom 15. Juli 2002 wies die Widerspruchsabteilung des HABM den Widerspruch im Wesentlichen mit der Begründung zurück, dass keine Verwechslungsgefahr bestehe, weil die Vorsilbe „Echina-", die sich auf den Pflanzennamen Echinacea beziehe, als beschreibend anzusehen sei. Dass beide Marken die gleichen Anfangssilben hätten, genüge daher nicht, um eine Verwechslungsgefahr anzunehmen.

7 Am 20. August 2002 legte die Klägerin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung nach den Artikeln 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM Beschwerde ein.

8 Mit Entscheidung vom 30. März 2004 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), der Klägerin zugestellt am 31. März 2004, wies die Zweite Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde zurück. Zur Begründung führte sie aus, es bestehe im Wesentlichen deshalb keine Verwechslungsgefahr, weil die normal informierten und hinreichend aufmerksamen Durchschnittsverbraucher, die an Produkte mit dem Wortanfang „Echina-" gewöhnt seien, ihre Aufmerksamkeit stärker auf die Endung der Marken richteten als auf den beschreibenden und damit nicht hinreichend unterscheidungskräftigen Wortanfang „Echina-".

9 Das Gericht (Erste Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters die mündliche Verhandlung eröffnet und für den 20. September 2005 eine Sitzung anberaumt, zu der die Parteien jedoch nicht erschienen sind. Zu dem ihnen übermittelten Sitzungsbericht haben sie keine Bemerkungen gemacht.

Anträge der Parteien

10 Die Klägerin beantragt,

— festzustellen, dass das HABM mit dem Erlass der angefochtenen Entscheidung fehlerhaft gehandelt hat;

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM den Erlass einer neuen Entscheidung aufzugeben, mit der die Anmeldung wegen Verwechslungsgefahr gemäß Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zurückgewiesen wird.

11 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zur Zulässigkeit der Anträge der Klägerin

12 Mit ihrem dritten Antrag begehrt die Klägerin im Wesentlichen eine Anordnung an das Amt, die Anmeldung zurückzuweisen.

13 Da die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Klage und der Klageanträge zwingenden Rechts sind, kann das Gericht sie von Amts wegen prüfen; es ist nicht auf die Prüfung der von den Parteien erhobenen Unzulässigkeitseinreden

beschränkt (Urteil des Gerichtshofes vom 23. April 1986 in der Rechtssache 294/83, Les Verts/Parlament, Slg. 1986, 1339, Randnr. 19, und Urteile des Gerichts vom 6. Dezember 1990 in der Rechtssache T-130/89, B./Kommission, Slg. 1990, II-761, abgekürzte Veröffentlichung, Randnrn. 13 und 14, und vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache T-99/95, Stott/Kommission, Slg. 1996, II-2227, Randnr. 22).

14 Nach Artikel 63 Absatz 6 der Verordnung Nr. 40/94 hat das HABM die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gemeinschaftsrichters ergeben. Das Gericht kann somit dem HABM keine Anordnungen erteilen. Dieses hat die Konsequenzen aus dem Tenor und den Gründen der Urteile des Gemeinschaftsrichters zu ziehen (Urteile des Gerichts vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/HABM [Giroform], Slg. 2001, II-433, Randnr. 33, vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-34/00, Eurocool Logistik/HABM [EUROCOOL], Slg. 2002, II-683, Randnr. 12, vom 3. Juli 2003 in der Rechtssache T-129/01, José Alejandro/HABM — Anheuser-Busch [BUDMEN], Slg. 2003, II-2251, Randnr. 22, und vom 21. April 2005 in der Rechtssache T-164/03, Ampafrance/HABM — Johnson & Johnson [monBeBé], Slg. 2005, II-1401, Randnr. 24).

15 Der dritte Antrag der Klägerin ist daher unzulässig.

16 Dagegen sind der erste und der zweite Antrag der Klägerin, mit denen die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung begehrt wird, zulässig.

Zur Begründetheit

17 Die Klägerin rügt als einzigen Klagegrund einen Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 und offensichtliche Beurteilungsfehler. Der Klagegrund besteht aus fünf Teilen.

Zum ersten Teil des Klagegrundes: Fehlerhafte Bestimmung des maßgeblichen Schutzgebiets und Publikums

Vorbringen der Parteien

18 Die Klägerin rügt, dass die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf das englische Publikum abgestellt habe, obwohl das britische Hoheitsgebiet im vorliegenden Fall nicht betroffen sei. Außerdem habe die Beschwerdekammer nur spezialisierte Verkehrskreise (Apotheker und Ärzte) berücksichtigt, obgleich auch der „Endverbraucher", d. h. der „Durchschnittsverbraucher", zum relevanten Publikum gehöre.

19 Die Klägerin verweist insoweit auf eine Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer vom 3. November 2003 (Sache R 67/2003-1), wonach die Verbraucher beim Kauf rezeptfreier Heilmittel für leichte Gesundheitsprobleme (etwa eines diätetischen Produktes) keine besondere Aufmerksamkeit an den Tag legten. Folglich müsse im vorliegenden Fall beim Durchschnittsverbraucher Verwechslungsgefahr angenommen werden.

20 Das HABM hält dem entgegen, dass die Beschwerdekammer keineswegs das Gebiet des Vereinigten Königreichs als das relevante Schutzgebiet angesehen habe, denn sie habe darauf hingewiesen, dass die in Frage stehenden Länder Spanien, Frankreich, Italien, Österreich, Portugal und die Benelux-Länder seien. Die Beschwerdekammer habe für ihre Beurteilung auch nicht auf die Wahrnehmung von Fachleuten abgestellt, sondern (in Randnr. 23 der angefochtenen Entscheidung) die Sichtweise der Durchschnittsverbraucher der in Frage stehenden Produkte zugrunde gelegt.

Würdigung durch das Gericht

21 Der vorliegende Teil des Klagegrundes ist in tatsächlicher Hinsicht unschlüssig, weil das für ihn angeführte Vorbringen dem ausdrücklichen Wortlaut der angefochtenen Entscheidung widerspricht. So hat die Beschwerdekammer in den Randnummern 20, 21 und 23 der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die relevanten Hoheitsgebiete Spanien, Frankreich, Italien, Österreich, Portugal und die Benelux-Länder seien. Nach der Entscheidung der Beschwerdekammer bildet der Verkehr dieser Gebiete das für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebende Publikum.

22 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin hat die Beschwerdekammer ihre Beurteilung insoweit nicht auf Belege für die Bedeutung des Wortes „Echinacea" beim englischsprachigen Publikum gestützt. Auch wenn sich die Beschwerdekammer in Randnummer 18 der angefochtenen Entscheidung auf die Definition dieses Wortes in zwei englischen Wörterbüchern bezogen hat, ist dies doch nur im Rahmen ihrer Prüfung des lateinischen Wortursprungs geschehen. Die Beschwerdekammer hat lediglich festgestellt, dass es sich um einen wissenschaftlichen Pflanzennamen handele, der in mehreren Sprachen, darunter denen der Verkehrskreise der sechs relevanten Staatsgebiete, gebräuchlich sei.

23 Wie Randnummer 23 der angefochtenen Entscheidung weiter entnommen werden kann, hat die Beschwerdekammer auch nicht angenommen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise nur aus Fachleuten wie Apothekern und Ärzten bestehen. Vielmehr hat sie sich ausdrücklich auf den Durchschnittsverbraucher derartiger Produkte, also von Heilpflanzen und anderen pharmazeutischen Produkten, bezogen, der als angemessen informiert, aufmerksam und verständig anzusehen ist. Es handelt sich somit nicht um spezialisierte Verkehrskreise.

24 Was die angeblich abweichende Entscheidungspraxis des HABM angeht, so ist daran zu erinnern, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern ausschließlich auf der Grundlage der Verordnung Nr. 40/94 in ihrer Auslegung durch den Gemeinschaftsrichter und nicht anhand einer vorherigen Entscheidungspraxis des HABM beurteilt werden muss (vgl. Urteil des Gerichts vom 6. Juli 2004 in der Rechtssache T-117/02, Grupo El Prado Cervera/HABM — Héritiers Debuschewitz [CHUFAFIT], Slg. 2004, II-2073, Randnr. 57 und die dort zitierte Rechtsprechung).

25 Der erste Teil des Klagegrundes greift daher nicht durch.

Zum zweiten Teil des Klagegrundes: Beurteilung der Verwechslungsgefahr nach einem speziellen Kriterium wegen der besonderen Eigenschaften von pharmazeutischen Produkten

Vorbringen der Parteien

26 Nach Auffassung der Klägerin sind die betreffenden Waren teils identisch, teils ähnlich. So seien die von der Marke ECHINAID erfassten „pharmazeutischen und medizinischen Präparate" identisch mit den durch die Marke ECHINACIN geschützten „chemischen pharmazeutischen Produkten" und die in der Anmeldung beanspruchten Waren „Vitamine, Nahrungsmittelergänzungsstoffe, Kräuterpräparate" den „chemischen pharmazeutischen Produkten" ähnlich. Da die fehlerhafte Wahl eines pharmazeutischen Produktes schwerwiegende gesundheitliche Folgen haben könne, sei die Verwechslungsgefahr insoweit an einem wesentlich strengeren Maßstab zu messen als für andere Waren und Dienstleistungen.

27 Das HABM wendet dagegen ein, dass die Zurückweisung einer Anmeldung nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 subjektive Rechte, d. h. die durch die ältere Marke gewährten Ausschließlichkeitsrechte, schützen solle. Folglich könnten Risiken, die erst aus einer etwaigen Verwechslung resultierten, nicht schon bei der Beurteilung des Bestehens von Verwechslungsgefahr berücksichtigt werden.

Würdigung durch das Gericht

28 Gemäß Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist die angemeldete Marke auf Widerspruch des Inhabers 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.

29 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verwechslungsgefahr 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 Gerichts vom 11. Mai 2005 in der Rechtssache T-31/03, Grupo Sada/HABM — Sadia [GRUPO SADA], Slg. 2005, II-0000, Randnr. 42, und vom 14. Juli 2005 in der Rechtssache T-126/03, Reckitt Benckiser [España]/HABM — Aladin [ALADIN], Slg. 2005, II-2861, Randnr. 78).

30 Nach dieser Rechtsprechung ist das Vorliegen von Verwechslungsgefahr umfassend, anhand der Wahrnehmung der Zeichen und der betreffenden Waren oder Dienstleistungen durch die maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Zeichen und der der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, zu beurteilen (vgl. Urteile Grupo Sada, zitiert oben in Randnr. 29, Randnr. 43, und Aladin, zitiert oben in Randnr. 29, Randnr. 79 und die dort zitierte Rechtsprechung).

31 Diese umfassende Beurteilung muss objektiv und unbeeinflusst von Erwägungen vorgenommen werden, die mit der betrieblichen Herkunft der Ware nichts zu tun haben.

32 Hat die regelwidrige Verwendung eines Arzneimittels schädliche Folgen, so beruht dies jedoch darauf, dass der Verbraucher die Identität oder Merkmale des Mittels verwechselt, nicht aber seine betriebliche Herkunft im Sinne des Eintragungshindernisses des Artikels 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.

33 Auch soweit Erwägungen, die mit den Folgen der regelwidrigen Verwendung eines Produktes zusammenhängen, für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 relevant sind, ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass das HABM diese Erwägungen schon durch seine Feststellungen zu den Eigenschaften der betroffenen Verbraucher berücksichtigt hat. Wie das HABM in der angefochtenen Entscheidung zu Recht hervorgehoben hat, besteht das maßgebende Publikum nämlich aus den Durchschnittsverbrauchern der beiden in Frage stehenden Produktarten. Was die pharmazeutischen Produkte angeht, so hat sich die Beschwerdekammer der Auffassung der Widerspruchsabteilung angeschlossen, dass die Verbraucher bei ihrer Produktwahl durch hoch qualifizierte Fachleute unterstützt werden. Soweit die pflanzlichen Heilmittel in Frage stehen, ist davon auszugehen, dass die Verbraucher angemessen unterrichtet, aufmerksam und verständig sind und sich an die Verwendung von Produkten, deren Marke den Wortanfang „Echina-" enthält, gewöhnt haben. Denn es kann angenommen werden, dass Verbraucher, die sich für Produkte dieser Art interessieren, in besonderem Maß auf ihre Gesundheit achten, so dass sie verschiedene Produktvarianten weniger leicht verwechseln werden. Anders ausgedrückt, wird das etwaige Schadensrisiko infolge der fehlerhaften Auswahl und daher regelwidrigen Verwendung eines Produktes durch den erhöhten Grad an Informiertheit und Aufmerksamkeit ausgeglichen, den die betroffenen Durchschnittsverbraucher aufbringen.

34 Demnach ist auch der zweite Teil des Klagegrundes zurückzuweisen.

Zum dritten Teil des Klagegrundes: Kein beschreibender Charakter des Wortanfangs „Echina-"

Vorbringen der Parteien

35 Nach Ansicht der Klägerin hat die Beschwerdekammer fehlerhaft angenommen, dass das Präfix „Echina-" beschreibend oder zumindest nicht unterscheidungskräftig sei.

36 Das Wort „Echinacea" sei kein lateinisches, sondern ein englisches Wort, die maßgeblichen Verkehrskreise seien aber nicht das englische Publikum, und selbst von diesem verstehe nur eine Minderheit das Wort „Echinacea" und bringe es mit dem Präfix „Echina-" in Verbindung.

37 Die Zahl der in verschiedenen Ländern eingetragenen Marken mit dem Präfix „Echin-" oder „Echina-", die sich auf einer von der Optima Healthcare Ltd vorgelegten Liste befänden, sei nicht sehr groß und genüge daher nicht als Nachweis dafür, dass das Präfix „üblicherweise" verwendet oder von den angesprochenen Verbrauchern verstanden werde.

38 In klanglicher Hinsicht sei außerdem gerade der Teil der Zeichen, der den Verbrauchern am stärksten auffalle, nämlich der Wortteil „Echina-", in beiden Fällen identisch. Damit könnten die Verbraucher die Zeichen nicht unterscheiden.

39 Schließlich sei auf eine Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer vom 18. Juni 2003 (R 121/2002-4) zu verweisen, in der das Bestehen von Verwechslungsgefahr zwischen den Marken SELENIUM-ACE und Selenium Spezial A-C-E festgestellt worden sei. Nach dieser Entscheidung sei das Wort „Selenium", das ein chemisches

Element bezeichne, nicht einfach nur ein Teil der ersten Marke, sondern werde vom Durchschnittsverbraucher als ihr signifikantester Bestandteil wahrgenommen und sei deshalb als hinreichend unterscheidungskräftig anzusehen. Daraus ergebe sich die Gefahr von Verwechslungen.

40 Das HABM weist darauf hin, dass das Wort „Echinacea" kein englisches Wort sei, sondern zum „modernen" Latein gehöre, das sich keinem bestimmten Land oder Gebiet zuordnen lasse. In der Pharmaindustrie ebenso wie in der medizinischen Praxis sei jedoch die Verwendung des Lateinischen gängig.

41 So werde durch die von der Optima Healthcare Ltd vorgelegte Liste, die mehr als 30 in einem oder mehreren der hier relevanten Schutzgebiete eingetragene Marken mit dem Präfix „Echin-" oder „Echina-" umfasse, belegt, dass das Wort „Echinacea" und damit auch das Präfix „Echin-" aus Sicht des Publikums dieser Gebiete beschreibend sei. Dem habe die Klägerin im Verfahren vor der Widerspruchsabteilung auch nicht widersprochen.

42 Auch Internet-Recherchen zu dem Wort „Echinacea" bestätigten für alle betroffenen Sprachen, dass das Wort beschreibend sei. So hätten diese Recherchen 1 940 Ergebnisse für das Spanische, 2 630 für das Französische, 6 080 für das Italienische, 1 160 für das Portugiesische, 36 600 für das Deutsche und 7 360 für das Niederländische erbracht.

43 Als ein beschreibendes Wort sei das Präfix „Echina-" nur in geringem Maße oder gar nicht geeignet, Waren nach ihrer Herkunft von einem bestimmten Unternehmen zu unterscheiden. Der normal informierte und hinreichend aufmerksame Durchschnittsverbraucher könne sich daher für die Unterscheidung zwischen konkurrierenden Marken nicht verlässlich auf das Präfix stützen. Er könne nicht davon

ausgehen, dass die Marken ECHINACIN und ECHINAID nur deshalb vom selben Unternehmen stammten, weil ihnen der Wortanfang „Echina-" gemeinsam sei. Dieser sei vielmehr ein eindeutiger und unmittelbarer Hinweis auf die Zusammensetzung und die Merkmale der fraglichen Produkte, nicht aber eine Angabe ihrer jeweiligen Hersteller.

Würdigung durch das Gericht

44 Das Gericht ist der Auffassung, dass das HABM das Präfix „Echina-" zu Recht als beschreibend betrachtet und demgemäß angenommen hat, dass die Verkehrskreise der maßgeblichen Schutzgebiete, wenn sie mit der Anmeldemarke bei Waren der Klasse 5 konfrontiert werden, in diesem Präfix einen Hinweis auf Produkte sehen werden, deren Wirkstoffe auf der Pflanze „Echinacea" beruhen.

45 Die Feststellung, dass die angemeldete Marke beschreibend ist, wird durch die Gesichtspunkte gerechtfertigt, die die Beschwerdekammer insbesondere in den Randnummern 18 bis 21 der angefochtenen Entscheidung geprüft hat. Denn das Wort „Echinacea" ist der wissenschaftliche lateinische Name einer Pflanze, die in den Bereichen der pharmazeutischen Produkte und pflanzlichen Heilmittel verwertet wird. In diesen Bereichen ist die Verwendung der lateinischen Pflanzennamen jedoch üblich. Dies wird durch die große Zahl von Eintragungen mit dem Präfix „Echin-" oder „Echina-" in den relevanten Hoheitsgebieten bestätigt. Das HABM hat daher zutreffend festgestellt, dass das Präfix „Echina-" aus der Sicht der betroffenen Durchschnittsverbraucher auf die Zusammensetzung des Produktes und nicht auf dessen betriebliche Herkunft hinweist.

46 Der dritte Teil des Klagegrundes greift daher nicht durch.

Zum vierten Teil des Klagegrundes: Fehlerhafte Beurteilung der Verwechslungsgefahr

Vorbringen der Parteien

47 Die Klägerin rügt erstens, dass die Beschwerdekammer, die die Endsilben „-id" und „-cin" der Marken als ihre dominierenden Elemente angesehen habe, die Zeichen nicht so verglichen habe, wie sie von den Verbrauchern wahrgenommen würden, also jeweils als Ganzes. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nehme der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahr und achte nicht auf ihre verschiedenen Einzelheiten (Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, SABEL, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23).

48 Zweitens habe die Beschwerdekammer, da sie nur Fachleute und nicht den Endverbraucher berücksichtigt habe, den Begriff des „Durchschnittsverbrauchers" fehlerhaft angewandt. Dieser Fehler ergebe sich aus Randnummer 23 der angefochtenen Entscheidung, wonach die Verbraucher der in Frage stehenden Art von Produkten an Marken mit dem Wortanfang „Echina-" gewöhnt seien. Produkte dieser Art seien aber im Handel nicht häufig. Überdies erscheine es möglich, dass diese Verkehrskreise, die verschiedene Marken nur selten unmittelbar miteinander vergleichen könnten und sich auf das unvollkommene Bild der Marken verlassen müssten, das sich ihnen eingeprägt habe, die Marken zwar zwei verschiedenen Produktserien, aber demselben Hersteller zuordneten (Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002 in der Rechtssache T-104/01, Oberhauser/HABM — Petit Liberto [Fifties], Slg. 2002, II-4359, Randnr. 49).

49 Die Klägerin nimmt in ihrer Klageschrift schließlich auf eine Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer vom 25. April 2001 (R 816/1999-3) Bezug. Nach dieser Entscheidung bestehe für den Durchschnittsverbraucher Verwechslungsgefahr

zwischen den beiden Marken A-MULSIN und ALMOXIN für pharmazeutische Produkte mit etwa gleicher Zusammensetzung und therapeutischer Wirkung. Dabei habe die Beschwerdekammer insbesondere darauf hingewiesen, dass der Durchschnittsverbraucher Arzneimitteln zur Behandlung geringfügiger gesundheitlicher Probleme wie Kopfschmerztabletten, Schlafmitteln oder Massageölen nur relativ geringe Aufmerksamkeit entgegenbringe. In der Regel erwerbe der Durchschnittsverbraucher Produkte dieser Art, ohne den Beipackzettel zu lesen oder notwendig den Apotheker um Rat zu fragen. Der Moment des Erwerbs sei jedoch der Augenblick, in dem eine Verwechslung eintreten könne. Auch wenn nach der genannten Entscheidung der Beschwerdekammer ein aufmerksamer Verbraucher die in Frage stehenden Marken visuell — besonders an dem Bindestrich — unterscheiden könne, sei doch der Durchschnittsverbraucher nicht in der Lage, den geringen klanglichen Unterschied zwischen den Marken in Erinnerung zu behalten.

50 Zu dem ersten Gesichtspunkt meint das HABM, es seien, auch wenn das Zeichen als Ganzes gewürdigt werden müsse, bei der umfassenden Beurteilung gerade auch die verschiedenen Elemente jedes Zeichens zu berücksichtigen (Urteil des Gerichts vom 9. April 2003 in der Rechtssache T-224/01, Durferrit/HABM — Kolene [NUTRIDE], Slg. 2003, II-1589). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei die Unterscheidungskraft einer Marke einer der Faktoren, die in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr einzubeziehen seien (Urteil SABEL, Randnr. 24; Urteile des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 18, und vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 25). Um festzustellen, ob eine Marke Unterscheidungskraft habe, seien ihre originären Merkmale und insbesondere die Frage zu prüfen, ob die Marke von jedem für die Produkte oder Dienstleistungen beschreibenden Element frei sei (Urteile des Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in den Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnrn. 49 und 51, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnrn. 22 und 23). Die Ähnlichkeit der in Frage stehenden Marken in Bild, Klang oder Bedeutung müsse auf dem durch die Marken hervorgerufenen Gesamteindruck beruhen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen seien (Urteile SABEL, Randnr. 23, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnrn. 22 und 23).

51 Wenn eine Marke ein beschreibendes Element enthalte, könne dieses folglich nicht als ihr dominierendes Element angesehen werden, denn Verwechslungsgefahr könne nicht auf Elemente außerhalb des markenrechtlichen Schutzes gestützt werden. Die Beschwerdekammer sei daher zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der in beiden Marken enthaltene Wortanfang „Echina" nicht genüge, um eine Verwechslungsgefahr anzunehmen.

52 Zu dem zweiten Gesichtspunkt sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdekammer auf die Sichtweise der Durchschnittsverbraucher von Vitaminen, Nahrungsmittelergänzungsstoffen, Kräuterpräparaten, pharmazeutischen und medizinischen Produkten und nicht auf die von professionellen Abnehmern, d. h. Ärzten und Apothekern, abgestellt habe. Wenn diese Produkte rezeptfrei abgegeben werden dürften, so deshalb, weil die Gesundheitsbehörden die Durchschnittsverbraucher für hinreichend informiert und befähigt hielten, selbst ihre Auswahl zu treffen. Außerdem handele es sich bei dem Durchschnittsverbraucher dieser Erzeugnisse um einen typischerweise an natürlichen Heilmitteln besonders interessierten Verbraucher, der über diese ein Minimum an Kenntnissen besitze und gegenüber den besonderen Eigenschaften von Produkten, die Echinacea enthielten, Aufmerksamkeit aufbringe.

53 Der Durchschnittsverbraucher dieser Produkte, der ihre Eigenschaften kenne, werde den Wortanfang als Hinweis auf die Natur der fraglichen Produkte und nicht auf ihre betriebliche Herkunft wahrnehmen. Die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers sei je nach Art des in Frage stehenden Produktes unterschiedlich (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 26), weshalb es bei Heilmitteln keinerlei Grund für die Annahme gebe, dass der Durchschnittsverbraucher im Moment seiner Produktwahl nicht aufmerksam sein werde. Dies gelte erst recht, wenn — wie die Klägerin behaupte — bei einer Verwechslung der eingesetzten Produkte ernste Gesundheitsrisiken bestünden.

Würdigung durch das Gericht

54 Es ist daran zu erinnern, dass das Publikum einen beschreibenden Bestandteil einer komplexen Marke im Allgemeinen nicht als unterscheidungskräftiges und dominierendes Merkmal des Gesamteindrucks dieser Marke ansehen wird (Urteil BUDMEN, Randnr. 53).

55 Im vorliegenden Fall wird, wie bereits oben in Randnummer 44 ausgeführt, durch den Wortanfang „Echina-", der beiden Zeichen gemeinsam ist, wegen seines beschreibenden Charakters keine Unterscheidung der Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft ermöglicht. Das HABM hat deshalb zu Recht die jeweiligen Endsilben „-id" und „-cin" als die unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente der Zeichen angesehen, die die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf sich ziehen werden.

56 Soweit die Klägerin der Beschwerdekammer zur Last legt, sie habe in Randnummer 25 der angefochtenen Entscheidung den Begriff des „Durchschnittsverbrauchers" fehlerhaft angewandt, genügt der Hinweis, dass in dieser Randnummer nicht auf Fachleute, sondern die „beteiligten Verkehrskreise" Bezug genommen wird. Dieser Ausdruck wird in Randnummer 23 der Entscheidung definiert, in der sich die Beschwerdekammer ausdrücklich auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren bezieht. Dieser Durchschnittsverbraucher ist als angemessen unterrichtet, aufmerksam und verständig anzusehen. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin hat das HABM seine Prüfung der Verwechslungsgefahr somit nicht auf professionelle Abnehmer beschränkt, sondern eindeutig die Wahrnehmung der Erzeugnisse durch die Endverbraucher berücksichtigt.

57 Auch wenn der Durchschnittsverbraucher, wie die Klägerin zutreffend hervorhebt, verschiedene Marken nur selten unmittelbar vergleichen kann, sondern sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das ihm von den Marken in Erinnerung geblieben ist, kann doch im vorliegenden Fall dieses Argument angesichts des beschreibenden Charakters des Wortanfangs „Echina" nicht durchgreifen.

58 Soweit sich die Klägerin schließlich auf eine Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer beruft, ist auf die Ausführungen oben in Randnummer 24 zu verweisen.

59 Der vierte Teil des Klagegrundes ist daher zurückzuweisen.

Zum fünften Teil des Klagegrundes: Fehlende Berücksichtigung des „Grundsatzes der Wechselbeziehung"

Vorbringen der Parteien

60 Die Klägerin wirft der Beschwerdekammer vor, dass sie den „Grundsatz der Wechselbeziehung" nicht angewandt habe. Nach diesem „Grundsatz" schließe die umfassende Berücksichtigung der Verwechslungsgefahr eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den zu berücksichtigenden Faktoren ein. So könne insbesondere ein schwacher Grad an Ähnlichkeit zwischen den gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen durch einen erhöhten Ähnlichkeitsgrad der Zeichen ausgeglichen werden und umgekehrt (Urteil Canon, Randnrn. 15 bis 18).

61 Im vorliegenden Fall hätte die Beschwerdekammer den hohen Grad an Produktähnlichkeit für ausreichend erachten müssen, um die geringen Unterschiede zwischen den Zeichen zu kompensieren.

62 Das HABM räumt ein, dass bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr auch die Wechselbeziehung zwischen den zu berücksichtigenden Faktoren zu prüfen sei und dass die einander gegenüberstehenden Marken im vorliegenden Fall identische Produkte erfassten. Jedoch müsse die Produktidentität durch die Bedeutung der Unterscheidungskraft der Marken aufgewogen werden. Da jedoch im vorliegenden Fall der Wortanfang der Marken beschreibend sei, beschränke sich ihre Unterscheidungskraft auf ihre Wortendung, die die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf sich ziehe. Infolgedessen sei der Schutzbereich der älteren Marke erheblich eingeschränkt.

Würdigung durch das Gericht

63 Nach ständiger Rechtsprechung impliziert die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr 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 des Gerichts in der Rechtssache Canon, Randnr. 17, und vom 24. November 2005 in der Rechtssache T-3/04, Simonds Farsons Cisk/HABM — Spa Monopole [KINJI by SPA], Slg. 2005, II-4837, Randnr. 33).

64 Die Klägerin hält die vom HABM vorgenommene Beurteilung der Verwechslungsgefahr im vorliegenden Fall für fehlerhaft, weil in der angefochtenen Entscheidung nicht der von der Klägerin als solcher bezeichnete „Grundsatz der Wechselbeziehung", den die Rechtsprechung entwickelt habe (Urteil Canon, Randnr. 17), erwähnt worden sei.

65 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass dieses Vorbringen, falls es dahin aufzufassen sein sollte, dass der „Grundsatz der Wechselbeziehung" nach der einschlägigen Rechtsprechung eine eigenständige Rechtsregel sei, nicht begründet ist. Die diesen „Grundsatz" betreffenden Erwägungen bringen nur einen der zahlreichen Faktoren

zum Ausdruck, die in die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Einzelfall einzubeziehen sind. Allein der Umstand, dass dieser Faktor in der angefochtenen Entscheidung nicht erwähnt wird, kann daher nicht zu der Annahme führen, dass die Verwechslungsgefahr in der Entscheidung fehlerhaft beurteilt wurde.

66 In Anbetracht aller für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigenden Faktoren, wie sie in der angefochtenen Entscheidung dargelegt sind, und insbesondere der darin angeführten Nachweise für die Koexistenz mehrerer Marken mit den Wortanfängen „Echin-" oder „Echina-" und diversen Wortendungen in den relevanten Schutzgebieten erscheint das Vorbringen der Klägerin nicht geeignet, in den Darlegungen der Beschwerdekammer einen wie auch immer gearteten Fehler aufzuzeigen.

67 Auch der fünfte Teil des Klagegrundes kann daher nicht durchgreifen. Damit ist die Klage insgesamt abzuweisen.

Kosten

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

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Cooke Labucka Trstenjak

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 5. April 2006.

Der Kanzler

E. Coulon

Der Präsident

J. D. Cooke