



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 55/12

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2011 051 566.2

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 16. Januar 2014 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, des Richters Heimen und des Richters Jacobi

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Apocheck

ist am 17. September 2011 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die Waren und Dienstleistungen der

„Klasse 5: pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; in vitro Diagnostika für medizinische und veterinärmedizinische Zwecke; chemische Erzeugnisse zur Kontrolle in vitro diagnostischer Untersuchungsergebnisse für medizinische Zwecke, Lösungen und Teststreifen für medizinische und veterinärmedizinische Zwecke, Teststreifen zum Nachweis von Glukose in Körperflüssigkeiten;

Klasse 9: Computer und Computerzubehör für medizinische Zwecke; computergestützte Auswertung von Blutzuckermesswerten; Computer-Software zur Analyse von Blutzuckermesswerten;

Klasse 10: Apparate zur Messung des Blutzuckers; ärztliche, chirurgische, medizinische und veterinärmedizinische Instrumente, Geräte und Apparate, einschließlich Zubehör;

Klasse 44: medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen; medizinische Dienstleistungen im Bereich Diabetes; Gesundheitsberatung im Bereich Diabetes“

angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 13. September 2012 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen und offengelassen, ob darüber hinaus auch ein Freihaltebedürfnis anzunehmen sei. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das Anmeldezeichen setze sich aus den Bestandteilen „Apo“ und „check“ zusammen. „Apo“ sei die lexikalisch zwar nicht nachweisbare, aber dennoch weit verbreitete und damit auch für die angesprochenen weiten Verkehrskreise ohne weiteres verständliche Abkürzung für „Apotheke“. Das ursprünglich aus der englischen Sprache stammende weitere Markenelement „check“ sei bedeutungsgleich in die deutsche Sprache übernommen worden. Wortkombinationen mit dem Bestandteil „check“ und einem vorangestellten spezifizierenden Zusatz seien in der deutschen Sprache geläufig. **Apocheck** werde von den hier angesprochenen Verkehrskreisen stets als - meist fachkundige - Untersuchung eines Sachverhaltes unter medizinisch-pharmazeutischen Aspekten verstanden. Hinsichtlich der beanspruchten Waren der Klasse 5 weise das Zeichen schlagwortartig darauf hin, dass diese vor dem Verkauf einem besonderen Prüfungsverfahren unterzogen worden seien, das Apothekenstandards und damit qualitativ hohen Maßstäben genüge. Hinsichtlich der beanspruchten Waren der Klassen 9 und 10 beschreibe das Anmeldezeichen deren Eignung, besonders genaue und zuverlässige Messungen und Prüfungen durchzuführen und daher den Ansprüchen einer Apotheke zu genügen, etwa auch, weil die Apotheke die Apparate und Instrumente vor dem Verkauf überprüft habe. Zu den in Klasse 44 beanspruchten Dienstleistungen bestehe ein enger und konkreter sachlicher Zusammenhang, da diese - jedenfalls in beschränktem Umfang - auch in und von Apotheken mittels Gesundheitstests und -prüfungen erbracht werden könnten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dem Anmeldezeichen fehle es weder an der Unterscheidungskraft noch sei ein Freihaltebedürfnis gegeben. „Check“ habe zwar Eingang in den deutschen Sprachschatz gefunden, bedeute dort aber nicht nur „Prüfung oder Kontrolle“, sondern im Eishockey auch „Behinderung oder Rempeln“. Schon hieraus ergäben sich mehrere Bedeutungsmöglichkeiten. „Apo“ sei als Abkürzung für „Apotheken“ nicht gebräuchlich. Dass einige Apotheken in ihren web-Adressen die Abkürzung „Apo“ verwendeten, sei kein Hinweis auf die allgemeine Gebräuchlichkeit der Abkürzung. Die Zusammenfügung von „Apo“ und „check“ sei eine ungewöhnliche Verbindung und gerade kein bekannter beschreibender Ausdruck für Geräte und Teststreifen, insbesondere Blutzuckermessgeräte. Die im angefochtenen Beschluss aufgezeigte beschreibende Bedeutung sei das Ergebnis mehrerer gedanklicher Schritte.

Sie beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist in der Sache nicht begründet. Die angemeldete Marke ist wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen; die Markenstelle hat die Anmeldung deshalb zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen

als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR 2008, 608, 611, Rn. 66 f. - EUROHYPO; BGH GRUR 2013, 731, Rn. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143, Rn. 7 - Starsat; GRUR 2010, 825, 826, Rn. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 935, Rn. 8 - Die Vision; GRUR 2006, 850, 854, Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, 235, Rn. 45 - Standbeutel; GRUR 2006, 229, 230, Rn. 27 - BioID; GRUR 2008, 608, 611, Rn. 66 - EUROHYPO; BGH GRUR 2008, 710, Rn. 12 - VISAGE; GRUR 2009, 949, Rn. 10 - My World; GRUR 2006, 850, 854, Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bzw. -abnehmers der fraglichen Produkte abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412, Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944, Rn. 24 - SAT.2; BGH GRUR 2010, 935, Rn. 8 - Die Vision; GRUR 2010, 825, 826, Rn. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854, Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006).

Hiervon ausgehend besitzen Wortmarken dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, Rn. 15 - Aus Akten werden Fakten) lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 678, Rn. 86 - Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270, 271, Rn. 11 - Link economy; GRUR 2009, 952, 953, Rn. 10 - DeutschlandCard; GRUR 2006, 850, 854, Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2001, 1153 - antiKALK) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die - etwa wegen einer entsprechenden

Verwendung in der Werbung oder in den Medien - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. u. a. BGH GRUR 2006, 850, 854, Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten).

Nach diesen Grundsätzen fehlt dem zur Eintragung in das Markenregister angemeldeten Zeichen **Apocheck** jegliche Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Die Buchstabenfolge **Apocheck** ist lexikalisch nicht nachweisbar. Sie besteht für die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen zu einem Teil sowohl der Endverbraucher als auch Fachkreise und zu einem anderen Teil nur Fachkreise (nämlich Labore, Ärzte oder Apotheken) gehören, ungeachtet der Zusammenschreibung erkennbar aus den Elementen „Apo“ und „check“.

Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, werden diese Kreise „Apo“ im Zusammenhang mit den beanspruchten pharmazeutischen und medizinischen Waren und Dienstleistungen als Hinweis auf eine „Apotheke“ und „check“ als Hinweis auf „eine Untersuchung“ wahrnehmen.

Dass „APO“ als Abkürzung für „allgemeine Prüfungsordnung“, „Army Post Office“, „Asian Productivity Organization“, „Ausbildungs- und Prüfungsordnung“ oder „Außerparlamentarische Opposition“ gebräuchlich ist (vgl. DUDEN Das Wörterbuch der Abkürzungen, 2011, S. 42; garant Wörterbuch Abkürzungen, 2008, S. 46), ist im Zusammenhang mit den von dem Anmeldezeichen beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht relevant. Die amtliche Abkürzung des Gesetzes über das Apothekenwesen (Apothekengesetz) ist „ApoG“, kürzt „Apotheken“ also mit der Buchstabenfolge „Apo“ ab. Die von den medizinischen Produkten auch angesprochenen Fachkreise (Ärzte, Labore und Apotheker) werden das Apothekengesetz und Zitierungen daraus („§ ... ApoG“) kennen und „Apo“ im Zusammenhang mit derartigen Produkten als Hinweis auf eine „Apotheke“ verstehen. Die

von der Markenstelle ermittelten zahlreichen Internetadressen von Apotheken (www.apodiscounter.de, www.apotal.de, www.apo-rot.de, www.unsere-apo.de, www.schloss-apo.de, www.asam-apo.de, www.johannes-apo.de, www.st-martin-apo.de, www.1-apo.de, www.arcaden-apo.com oder www.apo-buy.com) belegen überdies, dass die Buchstabenfolge „apo“ zur Bezeichnung einer „Apotheke“ bzw. zur Abkürzung des Wortes „Apotheke“ breite Verwendung findet. Diese breite Verwendung - wenngleich vielfach als Element einer Marken- oder Firmenkennzeichnung - bleibt auch für den Endverbraucher nicht ohne Wirkung; auch dieser wird „apo“ deshalb im Zusammenhang mit medizinischen Produkten als Hinweis auf eine Apotheke wahrnehmen.

„Check“ ist in der deutschen Sprache das Wort für einen „Scheck“ (im Sinne einer „Anweisung eines Kontoinhabers an seine Bank, zulasten seines Kontos einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen“ oder eines „Anrechtsscheins“ oder „Gutscheins“) oder die „Überprüfung von technischen Geräten hinsichtlich ihrer Funktionsfähigkeit, Sicherheit“. „Check-in“ bezeichnet im Flugverkehr „das Einchecken“ und „Check-up“ eine „umfangreiche medizinische Vorsorgeuntersuchung“ (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, Mannheim 2006, CD-ROM). Dass „Check“ im Eishockey eine „Behinderung des Spielverlaufs“ bezeichnet, ist außerhalb des Eishockeyspiels nicht - und somit auch hier nicht - von Bedeutung. Im Zusammenhang mit den hier beanspruchten medizinischen Produkten werden die angesprochenen Verkehrskreise entweder von „Scheck“ oder von „Überprüfung“ ausgehen.

Apocheck wird demnach selbst vom normal informierten und verständigen Durchschnittsverbraucher jedenfalls auch als Hinweis auf eine „Apotheken-Überprüfung“ verstanden werden. Damit ist das Anmeldezeichen einerseits geeignet, in Anlehnung an die von der Markenstelle benannten und allgemein bekannten Begriffe „Sicherheitscheck“, „Gesundheitscheck“, „Soundcheck“, „Firmencheck“, „Depotcheck“ oder „Fitnesscheck“ darauf hinzuweisen, dass eine Apotheke Gegenstand einer Prüfung ist. Andererseits kann es - in Anlehnung beispielsweise an

den Begriff „Werkstatt-Check“, bei dem dem Element „Check“ der Anbieter und nicht das Objekt der Überprüfung vorangestellt ist - auch auf den Anbieter oder Ort der Überprüfung hinweisen, nämlich auf eine „Prüfung oder Untersuchung durch eine Apotheke bzw. in einer Apotheke“.

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass Apotheken in Erweiterung ihres eigentlichen Aufgabengebiets zunehmend Beratungen und Untersuchungen anbieten, beispielsweise eine „Diabetikerberatung“, die in vielen Apotheken Blutzuckeruntersuchungen umfasst, oder „Gen-Checks“, bei denen auf der Grundlage einer in der Apotheke entnommenen Speichelprobe an zentraler Stelle das Genom von einem Arzt analysiert und eine Prognosebewertung für die zu erwartende Wirksamkeit und Risiken bestimmter Arzneimittel abgegeben wird. Auch eine in Apotheken vielfach angebotene individuelle „reisemedizinische Beratung“ kann einen „Check in einer Apotheke“, z. B. eine Blutdruck-, Hautfett- oder Gewichtsmessung, einschließen.

Insoweit kann **Apocheck** beschreibend auf eine „Untersuchung in einer Apotheke“ hinweisen. Unmittelbar beschreibend ist das Anmeldezeichen deshalb für die beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 „medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen; medizinische Dienstleistungen im Bereich Diabetes; Gesundheitsberatung im Bereich Diabetes“.

Im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren ist **Apocheck** geeignet, auf deren Bestimmung hinzuweisen, dass nämlich die Waren der Klasse 5 „pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; in vitro Diagnostika für medizinische und veterinärmedizinische Zwecke; chemische Erzeugnisse zur Kontrolle in vitro diagnostischer Untersuchungsergebnisse für medizinische Zwecke, Lösungen und Teststreifen für medizinische und veterinärmedizinische Zwecke, Teststreifen zum Nachweis von Glukose in Körperflüssigkeiten“, der Klasse 9: „Computer und Computerzubehör für medizinische Zwecke; computergestützte Auswertung von Blutzuckermesswerten; Computer-Software zur Analyse von Blut-

zuckermesswerten“ und der Klasse 10 „Apparate zur Messung des Blutzuckers; ärztliche, chirurgische, medizinische und veterinärmedizinische Instrumente, Geräte und Apparate, einschließlich Zubehör“ für einen **Apocheck**, also für eine „Untersuchung in einer Apotheke“, bestimmt sind, etwa weil sie auf die spezifischen Anforderungen der Anwendung in einer Apotheke ausgelegt sind.

Ob mit der Markenstelle weitergehend davon ausgegangen werden kann, dass **Apocheck** - gleich einem Qualitätssiegel - geeignet ist, auf eine erfolgte Untersuchung der genannten Waren und Dienstleistungen „unter medizinisch-pharmazeutischen Aspekten“ hinzuweisen (im Sinne einer Werbeaussage produktbezogener Art: „von Apothekern getestet“ oder „für die Anwendung in Apotheken geeignet“), ist fraglich. Bei der Interpretation der Markenstelle stellt sich jedenfalls die Frage, welchen Aussagegehalt die angesprochenen Verkehrskreise einer erfolgten Untersuchung „unter medizinisch-pharmazeutischen Aspekten“ beimessen würden. Dass ein Apotheker Produkte geprüft hat oder dass ein Produkt im Hinblick auf die Verwendung in einer Apotheke überprüft worden ist, hat keinen nachvollziehbaren Aussagegehalt. Eine besondere Sachkompetenz von Apothekern zur Prüfung der Qualität der beanspruchten Waren der Klassen 9 und 10 ist jedenfalls nicht ersichtlich und auch nicht durch ihre Ausbildung (Studium der Pharmazie, § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Approbationsordnung für Apotheker) oder ihren Aufgabenkreis (Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung, § 1 Abs. 1 ApoG) nahegelegt. Diese Frage bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Von einem die Waren oder Dienstleistungen beschreibenden Begriff kann nämlich auch dann auszugehen sein, wenn das Zeichen verschiedene Bedeutungen hat (vgl. BGH GRUR 2006, 760, Rn. 14 - LOTTO), sein Inhalt vage ist (BGH GRUR 2000, 882- Bücher für eine bessere Welt) oder nur eine der möglichen Bedeutungen die Waren oder Dienstleistungen beschreibt (EuGH GRUR 2004, 146, Rn. 33 - DOUBLEMINT; BGH GRUR 2008, 900, Rn. 15 - SPA II).

Wegen des dargelegten beschreibenden Gehalts wird **Apocheck** im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen in der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise in naheliegender und im Vordergrund stehender Weise als beschreibender Sachhinweis verstanden werden, nicht aber als betrieblicher Herkunftshinweis. Damit kann das Zeichen die Hauptfunktion einer Marke, nämlich den Verkehrskreisen die Ursprungsidentität der mit ihr gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu garantieren, nicht erfüllen. Die angemeldete Bezeichnung ist damit nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen.

Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung er-
gangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit
des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Heimen

Jacobi

CI