

# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 78/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
8. Juli 2002

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke 397 58 321**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richter Schramm und Voit

beschlossen:

Die Beschwerde wird verworfen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die am 2. April 1998 erfolgte Eintragung in das Markenregister ist seit 9. Mai 1998 veröffentlicht. Sie betrifft die Marke 397 58 321

### **Schumi fit**

und zwar verschiedene Waren der Klassen 3, 5 und 32 ua die Waren

"Pharmazeutische Präparate sowie Präparate für die Gesundheitspflege, nämlich Magnesium-Kautabletten, Vitamin-C-Kautabletten, Calcium-Kautabletten, Hefetabletten, Selen-Hefe Tabletten, Lachsöl-Kapseln, Nachtkerzenöl-Kapseln, Beta Carotin-Kapseln, Beta Carotin + Vit. C + Vitamin-E-Kapseln, Q-zehn-Kapseln, Q-Zehn-Kapseln, Weizenkeimöl-Kapseln, Vitamin-E-Kapseln, Multivitamin-Kautabletten, Multivitamin-Kapseln, Multivitamin + Eisen-Kapseln, Knoblauch-Kapseln, Knoblauch-Mistel-Weißdorn-Kapseln, Weißdorn-Drageés, Ginseng-Kapseln, Lecithin-Kapseln, Vitamin A-Kapseln, Galle Drageés mit Artischocke, Johanniskraut-Drageés, Schweizer Abführkapseln, Blütenpollen-Kapseln,

Lachsöl-Boretschöl-Kapseln, Vitamin C-Pulver, medizinische Tees, Ananas-Kaudrops, Ananaskaudrops mit Ballaststoffen, Mineralstoff-Kapseln, Enzym-Kapseln".

Widerspruch erhoben hat ua der Inhaber der rangälteren Marke 396 48 533

### **Schumi,**

die ua für Waren der Klassen 3 und 32 eingetragen ist.

Der Widerspruch richtet sich nach der Erklärung im Widerspruchsschreiben gegen folgende Waren:

"03: Kosmetika; ätherische Öle; 05-Präparate für die Gesundheitspflege, 32 Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken."

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat durch Beschluss des Erstprüfers die Löschung der angegriffenen Marke in vollem Umfang, auf die Erinnerung des Inhabers der angegriffenen Marke hin jedoch nur noch teilweise angeordnet und unter Zurückweisung der Erinnerung im übrigen den angefochtenen Beschluß insoweit aufgehoben, als er sich auf die Waren

Pharmazeutische Präparate, nämlich Magnesium-Kautabletten, Vitamin-C-Kautabletten, Calcium-Kautabletten, Hefetabletten, Selen-Hefe Tabletten, Lachsöl-Kapseln, Nachtkerzenöl-Kapseln, Beta Carotin-Kapseln, Beta Carotin + Vit. C + Vitamin-E-Kapseln, Q-zehn-Kapseln, Q-Zehn-Kapseln, Weizenkeimöl-Kapseln, Vitamin-E-Kapseln, Multivitamin-Kautabletten, Multivitamin-Kapseln, Multivitamin + Eisen-Kapseln, Knoblauch-Kapseln, Knoblauch-

Mistel-Weißdorn-Kapseln, Weißdorn-Dragées, Ginseng-Kapseln, Lecithin-Kapseln, Vitamin A-Kapseln, Galle Dragées mit Artischocke, Johanniskraut-Dragées, Schweizer Abführkapseln, Blütenpollen-Kapseln, Lachsöl-Boretschöl-Kapseln, Vitamin C-Pulver, medizinische Tees, Ananas-Kaudrops, Ananaskaudrops mit Ballaststoffen, Mineralstoff-Kapseln, Enzym-Kapseln

bezogen hat.

Der Widersprechende hat Beschwerde eingelegt und diese im wesentlichen damit begründet, die Entscheidung des Erinnerungsprüfers gehe zu Unrecht davon aus, dass sich die hinter dem Wort nämlich angeführten Einzelerzeugnisse auch auf pharmazeutische Produkte beziehen ließen. Bei diesen Produkten handele es sich nämlich nicht um Arzneimittel, sondern ausschließlich um Präparate für die Gesundheitspflege. Insoweit müsse die angegriffene Entscheidung korrigiert werden.

Der Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und das Warenverzeichnis der jüngeren Marke auf "pharmazeutische Präparate" zu beschränken.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Meinung, das Warenverzeichnis beziehe sich auch auf sogenannte freiverkäufliche Arzneimittel und nicht ausschließlich auf Präparate für die Gesundheitspflege.

## II.

Die Beschwerde ist unzulässig. Der Widersprechende ist durch die angegriffene Entscheidung nicht beschwert. Die Beschwerde als sogenanntes ungeschriebenes Zulässigkeitsmerkmal jeglichen Rechtsmittels gilt auch im markenrechtlichen Widerspruchsverfahren (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl., § 66 Rdn 28 f). Gleichgültig, ob man hierzu den Begriff der formellen oder materiell-rechtlichen Beschwerde anwendet (vgl. Zöller/Gummer 23. Aufl., vor § 511 Rdn 13 f) ist diese beim Widersprechenden nicht gegeben.

Eine formelle Beschwerde, dh, ein Abweichen von dem zuletzt gestellten Antrag scheint zwar auf den ersten Blick gegeben, da in dem den Widerspruch begründenden Schriftsatz vom 4. Februar 1999 der Schlusssatz enthalten ist: "Die angemeldete Marke muß daher wieder gelöscht werden". Soweit darin der Antrag auf Gesamtlöschung der angegriffenen Marke gesehen werden könnte, ist dieses prozessuale Begehren jedoch bereits damals nicht von dem Umfang gedeckt, der durch die Einlegung des Widerspruchs vorgegeben war. Der Widerspruch selbst war nämlich innerhalb der Widerspruchsfrist nur auf die übrigen Waren, nicht jedoch auf pharmazeutische Präparate bezogen. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist (9.8.1998) konnte der Widerspruch nicht mehr auf weitere Waren der angegriffenen Marke ausgedehnt werden (Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 42 Rdn 61). In den Warenbereich der pharmazeutischen Erzeugnisse konnte somit die Markenstelle nicht eingreifen.

Auch materiell-rechtlich ist der Widersprechende durch die angegriffene Entscheidung nicht beschwert. Die Frage, ob sich die nach den beiden Oberbegriffen "pharmazeutische Präparate sowie Präparate für die Gesundheitspflege" anschließende Einzelaufzählung bestimmter Einzelwaren sich auf beide Oberbegriffe bezieht oder nur auf den zuletzt genannten Oberbegriff "Präparate für die Gesundheitspflege", ist nur insoweit von Bedeutung, als im zweiten Fall die Inhaberin der angegriffenen Marke durch die angegriffene Entscheidung beschwert worden

wäre, weil ihr zu Unrecht der Oberbegriff der pharmazeutischen Präparate auf die namentlich angeführten Einzelprodukte beschränkt worden werde. Für den Widersprechenden lässt sich daraus jedoch keine Beschwer ableiten. Für ihn ergibt sich im Gegenteil durch den angefochtenen Beschluss ein Vorteil dahingehend, dass die angegriffene Marke nicht für pharmazeutische Präparate schlechthin, sondern nur noch für die einzeln aufgeführten Waren eingetragen ist.

Die Frage, ob sich sämtliche hinter "nämlich" angeführten Einzelwaren auch unter pharmazeutische Erzeugnisse subsumieren lassen, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner abschließenden Entscheidung. Pharmazeutische Erzeugnisse umfassen jedenfalls nicht nur Arzneimittel im engeren Sinn, sondern umfassen beispielsweise alle pharmazeutischen Grundstoffe sowie Arzneimittel, die nach einer Einzelrezeptur hergestellt werden (vgl zB BGH MarkenR 2002, 127, 129 - OMEP-RAZOK). Dass sich aber beispielsweise sämtliche Vitaminpräparate, die sich unter dieser Einzelaufstellung befinden, auch unter pharmazeutische Erzeugnisse subsumieren lassen, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass die Vitamine eine Hauptgruppe in der Roten Liste darstellen. Diese erfasst aber die erhältlichen Präparatenamen von Fertigarzneimitteln/Medizinprodukten. Sollte gleichwohl ein einzelnes der hinter "nämlich" angeführten Produkte sich nicht unter den Oberbegriff pharmazeutische Präparate subsumieren lassen, so würde dies den Widersprechenden ebenfalls nicht beschweren, weil das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke in diesem Fall nur in einem einzelnen Punkt in sich widersprüchlich wäre, was aber nur den Inhaber der angegriffenen Marke in Schwierigkeiten bei der rechtserhaltenden Benutzung bringen könnte. Durch diese Fassung des Warenverzeichnisses wird aber der Begriff der pharmazeutischen Präparate als solcher nicht erweitert, so dass der Widersprechende auch nicht beschwert ist.

Zu einer Kostenauflegung besteht kein Anlass (§ 71 Abs 1 MarkenG). Die hier zu entscheidende Rechtsfrage ist insgesamt nicht so einfach gelagert, als dass die Einlegung der Beschwerde als gegen die prozessual einzuhaltenden Sorgfaltspflichten verstoßend angesehen werden könnte.

Dr. Buchetmann

Voit

Schramm

Hu