



# BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 59/06

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
17. April 2007

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 303 35 327.9**

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 14. Juli 2003 die Wortmarke

### **Hausapotheke**

für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 1, 3, 5, 8, 9, 10, 16, 21, 25, 29, 30, 32, 35, 39, 40, 41, 42 und 44 angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 27. Juli 2004 hat die Markenstelle für Klasse 35 die Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG für folgende Waren und Dienstleistungen teilweise zurückgewiesen:

„Seifen; Wattestäbchen (soweit in Klasse 3 enthalten), pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Pflaster, Verbandstoffe; Desinfektionsmittel; Schwangerschaftsindikatoren soweit in Klasse 5 enthalten, Kinderwundcremes, medizinische Seifen, innerlich und äußerlich anwendbare Tierarzneimittel, Kalk-, Mineral-, Vitaminpräparate für Tiere, Mauserhilfe, Tierinsektizide, Desinfektionsmittel für Tiere, Verbandstoffe, Verbandwatte, Zellstoffwatte, Verbandmull, Mullbinden, Idealbinden, elastische Binden, Spezialbinden, Kompressen, gefüllte Verbandkästen, -taschen, -päckchen, Mittel für die Krankenpflege und Wöchnerinnen soweit in Klasse 5 enthalten, Mittel für die medizinische Krankenpflege und die Heimpflege soweit in Klasse 5 enthalten, Stärkungsprodukte (nicht Tonika) für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten), Stärkungsprodukte in trockener oder flüssiger Form für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten); Druckereierzeugnisse, insbeson-

dere Bücher, Zeitungen, Kalender, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckte Arbeitshilfen, wissenschaftliche, Publikationen und gedruckte Werbemittel; Prüfung und Zertifizierung von Apotheken, Marketing für Apotheken; organisatorische und pharmazeutische Beratung der Apotheker, insbesondere im Bereich des Apotheken- und Qualitätsmanagements und der Einführung von Apotheken- und Qualitätsmanagementsystemen; Vorrätighaltung und Abgabe von Arzneimitteln und apothekenüblichen Waren; Herstellung und Prüfung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und sonstigen apothekenüblichen Waren; Herausgabe, Erstellung und Veröffentlichung von Druckereierzeugnissen, insbesondere von Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckten Arbeitshilfen, wissenschaftlichen Publikationen, Werbemitteln und von bespielten Bild-, Ton- und Datenträgern sowie von Websites im Internet; Vorbereitung und Durchführung von Schulungsveranstaltungen, Aus-, Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen, Seminaren, Workshops und Fachkongressen; Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte, über die Zusammensetzung, Wirkungen, Arzneimittelrisiken, Dosierung und Anwendung von Arzneimitteln sowie über Messwerte von Blut- und Körperflüssigkeiten sowie andere pharmazeutische und medizinische Daten; Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte über Medizinprodukte und sonstige apothekenübliche Waren, pharmazeutische Betreuung der Patienten“.

Ihre Entscheidung hat sie damit begründet, dass die angemeldete Bezeichnung „Hausapotheke“ lexikalisch nachweisbar und leicht verständlich sei. Es gebe nicht nur Hausapotheken für Menschen, sondern auch für Haustiere. Die von der Zurückweisung betroffenen Waren und Dienstleistungen würden dazu eingesetzt, um Aufklärung und neuere Erkenntnisse im Zusammenhang mit einer Hausapotheke

zu vermitteln. Hierzu könnten auch Schulungs- und Weiterbildungsveranstaltungen durchgeführt werden, die sich mit der Verwendung, den Inhalt und der Anordnung von Hausapotheken beschäftigten. Bei den Waren würde es sich vornehmlich um Inhaltsstoffe einer solchen Hausapotheke handeln. Aufgrund ihres beschreibenden Charakters sei die Anmeldemarke nicht zur Herkunftsunterscheidung geeignet. Angesichts des Fehlens der Unterscheidungskraft könne die Frage des Bestehens eines Freihaltungsbedürfnisses dahingestellt bleiben.

Gegen diese Entscheidung hat der Anmelder Erinnerung eingelegt. Im Laufe des Erinnerungsverfahrens wurde ihm seitens der Markenstelle telefonisch in Aussicht gestellt, dass bei einer Neufassung des Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses die Erinnerung Erfolg haben könnte. Nach mehreren Beanstandungen durch die Markenstelle hat der Anmelder das Waren-/Dienstleistungsverzeichnis wiederholt präzisiert bzw. eingeschränkt und zuletzt wie folgt gefasst:

Mittel zum Entfernen von Flecken inklusive Rostentferner; Düngemittel für Zimmer- und Balkonpflanzen, Blumenerde; Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Zahnputzmittel; Körperpuder, Körperlotions und -cremes, Körperöle, Erfrischungsstifte, Erfrischungstücher, Haarentfernungsmittel, Öl-, Milch- und Cremebäder, Schaumbadzusätze, Duschbäder, Bade-Tabletten, Bade-Salze, Bade-Extrakte, Haarwaschmittel (flüssig, trocken, tönend), Haarfarben, Haarsprays und -lacke, Haaröle, Frisiermittel, Haarwässer, Haarkuren, Haarfestiger (klar und tönend), Mittel für Schnellfrisuren, Creme für Haarspülungen und Mittel zum Wellen der Haare, Zahncreme, Zahnpulver/medizinischer Kaugummi, Mundwässer, Mundsprays/Atemerfrischer, Gebissreinigungsmittel, Gebisshaftmittel, Gaumenschutzmittel, Mittel zur Intimpflege, Sprays für Damen (soweit in Klasse 3 enthalten), Tüchlein, nämlich getränkte

Tüchlein zur Intimpflege (soweit in Klasse 3 enthalten), Schaum, Sprays für Herren (soweit in Klasse 3 enthalten), Desodorantien als Puder, Cremes, Stifte, Roller, Flüssigkeiten, Sprays und Antitranspirantia, Kinderseifen, Kinderpuder, Kinderpflegecremes, Kinderöle, Kinderbadezusätze, Kindershampoos, Luxusseifen, Feinseifen, Deo-Seifen, Mittel für die pflegende Kosmetik (zum Reinigen, Erfrischen, Beleben, Adstringieren, Nähren und Schützen), Mittel gegen unreine Haut, Gesichtsmasken, Mittel für die Augenpflege, Gesichtspuder, Gesichtsstifte, Gesichts-Make-up (Cremes/flüssig/kompakt), Rouge/blusher, Make-up für die Beine, Augenbrauen-Make-up, Lidschatten, Eyeliner, Eye-Make-up-Pinsel, Wimperntusche, künstliche Wimpern, Augen-Make-up-Entferner, Lippenstifte, Konturenstifte, Lippenpomade, Lippenpinsel und -tupfer, Mittel zur Erzeugung glänzender Lippen, Handcremelotions, Nagellacke (Unterlacke und Überlacke), Nagellack-Creme und -Perllacke; Nagelcremes-Nagelöle, Nagelhärter, Nagellackentferner, Nagelhautentferner, kosmetische Mittel für Herren, nämlich Pre-Shave-Lotions, After Shave-Lotions, Gesichtscremes und -emulsionen, After Shave-Pflegemittel, Rasierseifen, Rasiercremes, Rasierschaum, Sonnenschutzmittel, nämlich Sonnenöle, -cremes, -emulsionen, -gelees, -lotions, -sprays, after-sun-bath-Mittel, Insektenschutzmittel, Selbstbräunungsmittel (Spray/Cremes/Milch/Lotions); Kosmetikwatte, Mittel für die Maniküre und Pediküre (soweit in Klasse 3 enthalten); Mittel für die Damenhygiene soweit in Klasse 5 enthalten, Tampons, Damenbindegürtel, Monatshöschen, diätetische Lebensmittel zur Gesundheitspflege auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination; Stärke für diätetische und pharmazeutische Zwecke; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Mittel zur Vertilgung von Unkraut und schädlichen Tieren; desinfizierende Schuhsprays,

Tabakentwöhnungsmittel, Mittel für die Kinderhygiene soweit in Klasse 5 enthalten, Textilwindeln, Windeleinlagen und Wegwerfwindeln aus Stoff, Zellulose, Windelhöschen, Nahrungszusätze für Säuglinge und Kleinkinder, Nähr- und Milchzucker; Säuglings- und Kleinkindernahrung auf Basis Getreide, Getreideerzeugnisse und Stärke in Form von Schleimen und Breien, Schleime, Grießbreie; Milch-Fertigbreie ohne Zusätze, Säuglings- und Kleinkindernahrung auf Basis Getreide, Getreideerzeugnisse und Stärke in getrockneter Form, Säuglings- und Kleinkindernahrung auf Basis Obst, Gemüse, Fleisch und als Nasskonserve, Gemüsesäfte/Fruchtsäfte/Saftzubereitungen, Gemüsebreie ohne Zusätze von Ei, Fleisch oder Fisch (auch fein püriert); Obstbreie (fein püriert), Fleischzubereitungen (püriert); Insektizide für Pflanzen, nämlich flüssige Emulsionskonzentrate, Spritzpulver, Stäubemittel, Insektizide, Saatgutpuder, Pflanzenspray, Winter- und Austriebsmittel, Schneckenköder, Fungizide/Fungizid- und Insektizid-Wirkstoffkombinationen sowie Saatbeizmittel, Herbizide/Moos- und Algenvernichtungsmittel, Selektiv-Herbizide für Getreide, Selektiv-Herbizide für Rasen, einschließlich Moosvernichtungsmittel, Selektiv-Herbizide für Sonderkulturen, Totalherbizide und Mittel zur Algenbekämpfung, Rodentizide, Mittel gegen Wildverbiss; Mittel zur Schädlingsbekämpfung in Gebäuden, Haushaltsinsektizide, Mottenmittel, Ameisenmittel insbesondere zur Anwendung in Lagerräumen bzw. Ställen, Aufzuchtmittel, Fernhaltemittel und Anti-Triebmittel für Tiere soweit in Klasse 5 enthalten, Zeckenschutzmittel/Abschreckmittel, Mittel für die Tierpflege, nämlich Tiershampoos/-seifen/-badezusätze, Mittel für die Fell- und Gefiederpflege soweit in Klasse 5 enthalten, Sterilisationsmittel, Windeldesinfektionsmittel, Diabetikerkost und -getränke, nämlich Schokoladen/Schokoladenerzeugnisse, Kuchen/Gebäck, Bonbons/sonstige Süßwaren, alkoholfreie Diabetikergetränke, alkoholhaltige Diabeti-

kergetränke, Desserts, Schonkost, nämlich Erzeugnisse auf Basis Getreide und Leinsamen, Margarine/Fette/Öle, Diät-Nahrungsmittel für medizinische Zwecke in Form von Obst- und Gemüsekonserven, Suppen, Trockenmagermilch, Wurst/Brot-aufstriche, Marmeladen/Konfitüren/Gelees/Honig, Kleie, spezielle Vollkornkost, Salze für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten), Brot-aufstriche (Pasteten), Desserts, Gebäck, Marmeladen/Konfitüren/Gelees/Honig, Eiweiß-Konzentrate, Schokoladen/Schokoladenerzeugnisse; Obst- und Gemüsekonserven, Zuckeraustauschstoffe, nämlich Sorbit (mit Zusatz von Süßstoffen), künstliche Süßstoffe, Diät-, Reform-, Diabetikernahrungsmittel für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten); Rasierklingen, Rasierpinsel, mechanische Rasierapparate, Kinder-essgeschirr, Bestecke, Milchflaschen, Sauger, Manikür- und Pediküretuis (gefüllt), Käämme; Bänder, Platten und sonstige Aufzeichnungsträger (soweit in Klasse 9 enthalten) zur Aufzeichnung von Ton und Bild, einschließlich Videokassetten; bespielte Bild-, Ton- und Datenträger (ausgenommen solche, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen); mit Daten und/oder Programmen versehene maschinenlesbare Datenträger aller Art; Software; elektronische Datenverarbeitungsgeräte und Drucker; Nabelbinden/Nabelkompressen; orthopädische Erzeugnisse, orthopädische Schuhe, Gesundheitsschuhe, Einlagen und Fußstützen; orthopädische Strümpfe und medizinische Leibbinden, Läusekäämme; Druckereierzeugnisse (ausgenommen solche, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen), insbesondere Bücher, Zeitungen, Kalender, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckte Arbeitshilfen, wissenschaftliche Publikationen und gedruckte Werbemittel; Abschminktücher aus Papier, Zellstofftaschentücher, Toilettenpapier; Tierkäämme/-bürsten/-strieigel; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für

nichtmedizinische Zwecke auf Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten; diätetische Nahrungsmittel (Schlankheitskost und –getränke), nicht für medizinische Zwecke, auf der Basis von Proteinen und in Form von Suppen und Fertiggerichten/Kompaktmahlzeiten; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; diätetische Nahrungsmittel (Schlankheitskost und -getränke), nicht für medizinische Zwecke, auf der Basis von Kohlehydraten und in Form von Suppen und Fertiggerichten/Kompaktmahlzeiten; Diabetikerkost und -getränke, nämlich Marmeladen/Konfitüren/Gelees/Honig, Obst- und Gemüsekonserven; Kindernahrungsmittel (soweit in Klasse 30 enthalten), Fertigmilchnahrung (in Pulverform, flüssig, konzentriert), Heil- und Spezialnahrungen (soweit in Klasse 30 enthalten), Diät- und Reformnahrungsmittel (soweit in Klasse 30 enthalten), Kuchen, Gebäck, Bonbons/sonstige Süßwaren, Desserts, Schonkost, nämlich Erzeugnisse auf Basis Getreide und Leinsamen, Salze, Schlankheitskost und Getränke, nämlich Erzeugnisse auf Getreidebasis, Desserts, Gebäck, Schokoladen/Schokoladenerzeugnisse, Traubenzucker, Fruktose und natürliche Süßstoffe; Diätgetränke (nicht Diabetikergetränke), nämlich Fruchtsäfte, Gemüsesäfte, Tafelwasser, Diätkaffee, alkoholfreie Getränke, nämlich Fruchtsäfte, Gemüsesäfte, Mineral- und Tafelwässer;

Werbung und Öffentlichkeitsarbeit; Entwicklung von Programmen für die Öffentlichkeitsarbeit (public relations) zum Zwecke der Kundenbetreuung (soweit in Klasse 35 enthalten); Entwicklung

von Marketingprogrammen (Absatzforschung) zum Zwecke der Kundenbetreuung; umweltanalytische Untersuchungen; elektronische Speicherung persönlicher, pharmazeutischer, medizinischer Daten Dritter auf maschinenlesbaren Datenträgern; Systematisieren persönlicher, pharmazeutischer, medizinischer Daten Dritter in Computerdatenbanken auf maschinenlesbaren Datenträgern; medizinische und apothekenübliche Untersuchungen zur Bestimmung von Körperfunktionen und -zuständen; Gesundheitspflege und Gesundheitsberatung;

Marketing für Apotheken, organisatorische und pharmazeutische Beratung der Apotheker, insbesondere im Bereich des Apotheken- und Qualitätsmanagements und der Einführung von Apotheken- und Qualitätsmanagementsystemen; Lagerung von Arzneimitteln und apothekenüblichen Waren; vorgenannte Dienstleistungen ausgenommen solcher Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen;

Herstellung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und sonstigen apothekenüblichen Waren im Auftrag Dritter, vorgenannte Dienstleistungen ausgenommen solcher Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen;

Herausgabe und Veröffentlichung von Druckereierzeugnissen, insbesondere von Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckten Arbeitshilfen, wissenschaftlichen Publikationen, Werbemitteln, auch in elektronischer Form und im Internet; Vorbereitung und Durchführung von Schulungsveranstaltungen, Aus-, Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen, Seminaren, Workshops und Fachkongressen; vorgenannte Dienstleistungen ausgenommen solcher Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen;

Qualitätsprüfung und Zertifizierung von Apotheken; Qualitätsprüfung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und sonstigen apothekenüblichen Waren; Erstellung von Websites im Internet; vorgenannte Dienstleistungen ausgenommen solche Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen;

Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte, über die Zusammensetzung, Wirkungen, Arzneimittelrisiken, Dosierung und Anwendung von Arzneimitteln sowie über Messwerte von Blut- und Körperflüssigkeiten sowie andere pharmazeutische und medizinische Daten; Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte über Medizinprodukte und sonstige apothekenübliche Waren; pharmazeutische Betreuung der Patienten; Entwicklung von Programmen für die pharmazeutische Betreuung von Apothekenkunden (soweit in Klasse 44 enthalten); vorgenannte Dienstleistungen ausgenommen solcher Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen.

Nach Zahlung einer weiteren Klassengebühr, die durch die Klärung des Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses angefallen ist, hat die Markenstelle die Schutzfähigkeit der Marke mit der Begründung, sie weise auf eine Apotheke der Wahl im Sinne einer Stammapotheke hin, erneut beanstandet. Diese Bedeutung sei durch die Gesundheitsreform nunmehr in das Bewusstsein der angesprochenen Verkehrskreise gelangt.

Mit Beschluss vom 8. März 2006 hat die Markenstelle die Erinnerung wegen Bestehens eines Freihaltungsbedürfnisses und Fehlens der Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Hierzu hat sie ausgeführt, dass sie für einen Teil der zurückgewiesenen und im beschränkten Verzeichnis nicht mehr enthaltenen Waren ge-

genstandslos sei. Hinsichtlich der übrigen von der Zurückweisung betroffenen Waren und Dienstleistungen stünden aus den im Erstprüferbeschluss genannten Gründen der Eintragung der Marke die Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegen. Darüber hinaus gebe es hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Bezeichnung „Hausapotheke“ über seine ursprüngliche Bedeutung hinaus eine Begriffserweiterung im Sinne von „Apotheke nach Wahl“ oder „Stammapotheke“ erfahren habe. Hierbei komme es nicht auf die lexikalisch nachweisbare Bedeutung, den Umfang der Verwendung in der deutschen Sprache oder den Umstand, dass der Anmelder den Begriff geschaffen habe, an. Das gegenständliche Zeichen stelle - wie u. a. an Begriffen „Hausarzt“, „Hauswein“ oder „Hausmarke“ deutlich werde - in syntaktischer oder semantischer Hinsicht keine ungewöhnliche Wortkombination dar. Mit der Bezeichnung „Hausapotheke“ solle eine engere Bindung des Patienten an „seine“ Apotheke erreicht werden. Für ihn biete eine Hausapotheke eine optimale Beratung, da alle notwendigen Informationen an einer Stelle zusammenfließen würden. Im Übrigen sei der verwendete Disclaimer „ausgenommen solche Waren/Dienstleistungen, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen“ unzulässig. Sowohl nach der europäischen (unter Verweis auf EuGH GRUR Int. 2004, 500 - Postkantoor) als auch der deutschen Rechtsprechung sei eine Beschränkung nur dann wirksam, wenn sie nach der gattungsmäßigen Art oder Zweckbestimmung der Waren oder Dienstleistungen den Schutzbereich der Marke begrenze. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall, da die gegenständlichen Waren und Dienstleistungen weiterhin unverändert ihrer jeweiligen Gattung zuzurechnen seien. So würden häusliche Arzneimittelvorräte keinen eigenen abgrenzbaren Bereich bilden. Damit beschreibe die Anmeldemarke den Inhalt, den Gegenstand und die thematische Ausrichtung der verbliebenen zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen.

Gegen diese Entscheidung hat der Anmelder Beschwerde eingelegt, mit der er beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 35 vom 27. Juli 2004 und vom 8. März 2006 aufzuheben, soweit die Anmeldung zurückgewiesen worden ist.

Zur Begründung trägt er vor, dass die Beschränkung des Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses im Einvernehmen mit der Markenstelle erfolgt und zulässig sei. Im Gegensatz zum gegenständlichen Ausnahmevermerk sei der der Postkantor-Entscheidung zugrunde liegende äußerst vage und unbestimmt gewesen. Zudem sei der Anmelder an die Spezifizierung des Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses gebunden. Auch gewährleiste § 23 Nr. 2 MarkenG eine beschreibende Verwendung des Zeichens „Hausapotheke“. Darüber hinaus weise es lediglich die Bedeutung „häuslicher Arzneimittelvorrat“, nicht jedoch „Apotheke nach Wahl“ bzw. „Stammapotheke“ auf. Auch wenn von der Interpretation der Anmeldemarke im Sinne von u. a. „Hausarzt“ oder „Hauslieferant“ ausgegangen werde, so beschreibe sie lediglich ein Unternehmen, nicht jedoch ein Konzept. Dies ergebe sich auch aus den von der Markenstelle angeführten Belegen. Eine Hausapotheke sei dann allenfalls ein Unternehmen, das das von dem Beschwerdeführer kreierte Konzept umsetze. Belege für eine beschreibende Verwendung als auch für das Bestehen eines zukünftigen Freihaltungsbedürfnisses habe die Markenstelle somit nicht vorgelegt. Des Weiteren besage der Zeichenbestandteil „Haus“ im hier relevanten Zusammenhang für sich allein betrachtet nichts aus und ergebe erst durch die Zusammenfügung mit dem weiteren Element den von der Markenstelle angeführten Sinn. Lexikalisch sei lediglich die Bedeutung „häuslicher Arzneimittelvorrat“ nachweisbar. Aus den Belegen der Markenstelle ergebe sich ansonsten, dass mit dem Wort „Hausapotheke“ ein von dem Beschwerdeführer entwickeltes Versorgungs- und Serviceprogramm gekennzeichnet werde. Etwaige Zweifel, ob ein Zeichen beschreibend oder kennzeichnend verwendet werde, gingen zu Lasten des Deutschen Patent- und Markenamts (unter Verweis auf BGH GRUR 1993, 744 - MICRO CHANNEL). Auch bestehe kein unmittelbarer sachlicher Bezug zwischen dem Zeichen und den Merkmalen der gegenständlichen Waren und Dienstleistungen, zumal einige von ihnen lediglich ge-

genüber Fachkreisen, nicht jedoch gegenüber den Patienten erbracht würden. Demzufolge könne der Marke kein im Vordergrund stehender beschreibender Sinngehalt zugeordnet werden, so dass ihr die erforderliche Hinweisfunktion nicht fehle.

Der Senat hat den Anmelder mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung unter Übersendung der ermittelten Unterlagen auf Bedenken hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Beschwerde hingewiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Seitens der Markenstelle liegt ein Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs vor, der zwischenzeitlich jedoch geheilt ist.

In dem Beanstandungsbescheid vom 29. August 2003 ist die Ware „Schwangerschaftsindikatoren soweit in Klasse 5 enthalten“ nicht erwähnt. Sie ist jedoch von der Teilzurückweisung des Erstprüferbeschlusses vom 27. Juli 2004 mit umfasst. Dem Anmelder wurde somit insoweit entgegen § 59 Abs. 2 MarkenG vorab keine Gelegenheit gegeben, sich hierzu zu äußern.

Im Rahmen des Erinnerungs- als auch des Beschwerdeverfahrens und insbesondere in der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2007 hat der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers den Verstoß gegen § 59 Abs. 2 MarkenG jedoch nicht geltend gemacht, obwohl er bei einem Vergleich des Tenors des Beschlusses vom 27. Juli 2004 mit den Ausführungen in dem Beanstandungsbescheid

29. August 2003 ohne weiteres zu erkennen gewesen wäre. Der Beschwerdeführer hat angesichts der Entscheidung des Erstprüfers sogar auf die Ware „Schwangerschaftsindikatoren soweit in Klasse 5 enthalten“ ohne weitere Ausführungen zur Verletzung des Gebots des rechtlichen Gehörs verzichtet.

Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 295 Abs. 1 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr geltend werden, wenn die Partei den Mangel nicht rügt, obgleich ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Äußerung bewusst oder aus Nachlässigkeit unterlassen wurde (vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 27. Auflage, Einl I 4I)). Eine Rechtspflicht des Gerichts, auf den Verstoß und die Rügemöglichkeit hinzuweisen, besteht nicht (vgl. auch BGH VersR 1985, 767). Aufgrund der somit eingetretenen Heilung des Verfahrensverstößes sieht der Senat von einer Zurückverweisung gemäß § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG ab.

Dessen ungeachtet wird die Markenstelle zukünftig darauf zu achten haben, dass eine Zurückweisung nur im Umfang der zuvor erfolgten Beanstandung erfolgt.

2. Bei der Prüfung der Schutzzfähigkeit der Anmeldemarke ist von folgenden Waren/Dienstleistungen auszugehen:

„Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher, Zeitungen, Kalender, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckte Arbeitshilfen, wissenschaftliche Publikationen und gedruckte Werbemittel;

Marketing für Apotheken, organisatorische und pharmazeutische Beratung der Apotheker, insbesondere im Bereich des Apotheken- und Qualitätsmanagements und der Einführung von Apotheken- und Qualitätsmanagementsystemen; Lagerung von Arzneimitteln und apothekenüblichen Waren;

Herstellung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und sonstigen apothekenüblichen Waren im Auftrag Dritter;

Herausgabe und Veröffentlichung von Druckereierzeugnissen, insbesondere von Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, Informationsschriften, gedruckten Arbeitshilfen, wissenschaftlichen Publikationen, Werbemitteln, auch in elektronischer Form und im Internet; Vorbereitung und Durchführung von Schulungsveranstaltungen, Aus-, Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen, Seminaren, Workshops und Fachkongressen;

Qualitätsprüfung und Zertifizierung von Apotheken; Qualitätsprüfung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und sonstigen apothekenüblichen Waren; Erstellung von Websites im Internet;

Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte, über die Zusammensetzung, Wirkungen, Arzneimittelrisiken, Dosierung und Anwendung von Arzneimitteln sowie über Messwerte von Blut- und Körperflüssigkeiten sowie andere pharmazeutische und medizinische Daten; Aufklärung, Information und Beratung des Publikums und der Fachkreise, insbesondere der Ärzte über Medizinprodukte und sonstige apothekenübliche Waren; pharmazeutische Betreuung der Patienten“.

a) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind aufgrund des Verbots der „reformatio in peius“ (vgl. hierzu BGH GRUR 1984 870 - Schweißpistolenstromdüse II) die von der Zurückweisung betroffenen Waren und Dienstleistungen. Von diesen hat der Beschwerdeführer folgende wirksam ausgenommen (§ 39 Abs. 1 MarkenG), so dass sie nicht weiter zu berücksichtigen sind:

„Seifen; Wattestäbchen (soweit in Klasse 3 enthalten); pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Pflaster, Verbandstoffe; Desinfektionsmittel; Schwangerschaftsindikatoren soweit in Klasse 5 enthalten, Kinderwundcremes, medizinische Seifen; innerlich und äußerlich anwendbare Tierarzneimittel, Kalk-, Mineral-, Vitaminpräparate für Tiere, Mauserhilfe, Tierinsektizide, Desinfektionsmittel für Tiere, Verbandstoffe, Verbandwatte, Zellstoffwatte, Verbandmull, Mullbinden, Idealbinden, elastische Binden, Spezialbinden, Kompressen, gefüllte Verbandkästen, -taschen, -päckchen, Mittel für die Krankenpflege und Wöchnerinnen soweit in Klasse 5 enthalten, Mittel für die medizinische Krankenpflege und die Heimpflege soweit in Klasse 05 enthalten; Stärkungsprodukte (nicht Tonika) für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten), Stärkungsprodukte in trockener oder flüssiger Form für medizinische Zwecke (soweit in Klasse 5 enthalten)“.

b) Bei den übrigen im Tenor des Beschlusses vom 27. Juli 2004 genannten Waren und Dienstleistungen hat der Beschwerdeführer zum einen zulässige Präzisierungen vorgenommen. Zum anderen hat er jedoch sämtliche Waren und Dienstleistungen durch Zusätze im Sinne von „ausgenommen solcher, die sich inhaltlich mit häuslichen Arzneimittelvorräten befassen“ eingeschränkt, die allerdings keine Berücksichtigung finden können.

Ausnahmevermerke, die lediglich darauf angelegt sind, dass die fraglichen Waren und Dienstleistungen ein bestimmtes Merkmal nicht mehr aufweisen, das durch die Marke ausdrücklich benannt ist, kommt keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu (vgl. EuGH, a. a. O. - Postkantoor). Damit sind Fälle umfasst, in denen der Schutzgegenstand der ursprünglich angemeldeten Marke durch die „Einschränkung“ keine wirtschaftlich nachvollziehbare und damit rechtlich rele-

vante Reduzierung erfährt (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, § 8, Rdnr. 207).

Vorliegend dient der Disclaimer nur dazu, das von dem Erstprüfer angenommene Schutzhindernis des Fehlens der Unterscheidungskraft zu beseitigen. Er ist sachlich jedoch nicht begründet, da alle oben unter 2.) einleitend genannten Waren und Dienstleistungen mit einer Hausapotheke im Sinne eines häuslichen Medizinschranks, in dem häufig benutzte Medikamente gelagert werden (vgl. „Wikipedia“ unter „<http://de.wikipedia.org/wiki/Hausapotheke>“), in engem sachlichen Zusammenhang stehen (vgl. unten 3. a)). Dieser ist durch den Zweck der Waren und Dienstleistungen nahe gelegt und kann angesichts der für den Verkehr maßgeblichen objektiven Kriterien nicht beseitigt werden.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Ausnahmevermerke - wie insbesondere die in der Vorakte enthaltenen Telefonvermerke nahe legen - eventuell erst nach Rücksprache mit der Markenstelle seitens des Beschwerdeführers eingefügt wurden. Zwar sollte einem Anmelder erst dann die Eintragung in Aussicht gestellt werden, wenn die konkret beabsichtigte Änderung des Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses abschließend geprüft ist. Allerdings ist vorliegend kein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der es ausschließen würde, die Zulässigkeit der Ausnahmevermerke zu prüfen. Es liegt allein im Verantwortungsbereich des Anmelders, inwieweit er das Verzeichnis gemäß § 39 Abs. 1 MarkenG einschränkt.

Auf die Frage, ob mit den Ausnahmevermerken ggf. eine ersichtliche Täuschungsgefahr und damit ein neues Schutzhindernis (§ 8 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 37 Abs. 3 MarkenG) verbunden ist, kommt es somit nicht an.

3. Die Anmeldemarke ist bezüglich der verbliebenen zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen nicht ausreichend unterscheidungskräftig, so dass ihrer Eintragung das Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen, zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der Waren und Dienstleistungen abzustellen ist. Kann einer Wortmarke ein für die fraglichen Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden oder handelt es sich sonst um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so ergibt sich daraus ein tatsächlicher Anhalt dafür, dass ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. BGH GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice).

a) Die Anmeldemarke weist zum einen auf den Gegenstand und die Bestimmung der gegenständlichen Waren und Dienstleistungen hin. So werden in Druckereierzeugnissen auch Beiträge zu einem häuslichen Medizinschrank veröffentlicht. Marketing, Beratung, Lagerung und Herstellung können sich auf Arzneimittel beziehen, die Bestandteil einer Hausapotheke sind. Ebenso umfassen Schulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen, Seminare, Workshops und Fachkongresse Themen zu einem häuslichen Arzneimittelvorrat. Qualitätsprüfung und Zertifizierung betrifft sowohl Apotheken, mit deren Hilfe eine Hausapotheke ausgestattet wird, als auch den Inhalt des häuslichen Arzneimittelschranks. Die Erstellung von Websites im Internet dient der Präsentation von Arzneimitteln, die laufend zuhause vorrätig gehalten werden sollten. Schließlich kann Aufklärung, Information und Beratung den Inhalt einer Hausapotheke zum Gegenstand haben. Im Rahmen der pharmazeutischen Betreuung von Patienten werden auch Arzneimittel vorgestellt und erläutert, die zuhause vorrätig gehalten werden sollten.

b) Zum anderen wird das angemeldete Zeichen - wie der Erinnerungsprüfer zutreffend ausgeführt hat - im Verkehr auch im Sinne von „persönliche Apotheke“ verwendet. Eine Hausapotheke hat den Überblick über die komplette Medikation

und erkennt eventuelle Risiken oder Fehldosierungen (vgl. „apotheken.de“ unter „<http://www.apotheken.de/popup.php>“). Neben diesem Arzneimittel-Service werden ein Bonus-, Check-up- und ein Home-Service als auch pharmazeutisches Management angeboten (vgl. „BARMER“ unter „[http://www.barmer.de/barmer/web/Portale/Versichertenportal/Leistungen 20und 20B...](http://www.barmer.de/barmer/web/Portale/Versichertenportal/Leistungen%20und%20B...)“; „hausapotheke“ unter „<http://www.bkk-hausapotheke.de/start/main.php>“ und „<http://www.linda.de/hausapotheken/hausapotheke/index.htm>“). Hierbei handelt es sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers um ein Konzept, das von den Deutschen Apothekenverbänden ausdrücklich als „Hausapothekenkonzept“ beworben wird (vgl. „Hausapotheke“ unter „<http://www.abda.de/hausapotheke.html>“). Wie das Wort „Hausarzt“ lässt sich demzufolge auch der Begriff „Hausapotheker“ nachweisen (vgl. „Hausarztapotheke“ unter „<http://www.aok.de/bra/rd-/155518.htm>“). Eine kennzeichnende Verwendung im Verkehr konnte abweichend von dem zitierten Fall „MICRO CHANNEL“ (BGH, a. a. O.) nicht nachgewiesen werden und liegt angesichts des klar beschreibenden Sinngehalts der Anmeldemarke auch nicht nahe. Sie bringt lediglich zum Ausdruck, dass die einleitend unter 2.) genannten Waren und Dienstleistungen der Förderung der persönlichen Bindung des Patienten an eine bestimmte Apotheke, seiner Betreuung und insbesondere seiner pharmazeutischen Versorgung dienen.

Die Tatsache, dass der Begriff „Hausapotheke“ im Sinne eines Hausapothekenkonzepts lexikalisch nicht nachweisbar ist, begründet nicht die Schutzfähigkeit des gegenständlichen Zeichens. Die Neuheit einer Marke stellt weder eine unabdingbare Voraussetzung für deren Eintragungsfähigkeit dar, noch begründet sie für sich gesehen eine hinreichende Unterscheidungskraft (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8, Rdnr. 89). Auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf § 23 Nr. 2 MarkenG führt zu keinem anderen Ergebnis, da die Möglichkeit der freien Verwendbarkeit (unter dem Gesichtspunkt des Freihaltungsbedürfnisses) im Rahmen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht entscheidungserheblich ist.

Schließlich zwingen auch die von dem Beschwerdeführer geltend gemachten Voreintragungen zu keiner anderen Sichtweise. Sie sind mit vorliegender Anmeldung nicht vergleichbar. Schließlich kommt selbst unter Berücksichtigung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes, der Gleichbehandlung oder einer einheitlichen Verwaltungspraxis Voreintragungen allgemein keine Bindungswirkung zu (vgl. BPatG MarkenR 2007, 88 - Papaya).

4. Ob das gegenständliche Zeichen darüber hinaus eine Freihaltungsbedürftige Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG darstellt, kann folglich dahingestellt bleiben.

Die Beschwerde war demnach zurückzuweisen.

gez.

Unterschriften