



BUNDESPATEENTGERICHT

25 W (pat) 175/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 303 58 676

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 11. Oktober 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

Apotheke am Rathaus: Die Apotheke, die nach Hause kommt.

ist am 13. Oktober 2003 für die Waren

"Mittel und Gegenstände für die Hygiene und Körperpflege, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden (Klasse 3); apothekenpflichtige und verschreibungspflichtige Arzneimittel, Verbandmaterial (Klasse 5), diätetische Lebensmittel, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Nach Beanstandung der Anmeldung wegen absoluter Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG und teilweiser Unbestimmtheit der angemeldeten Warenbegriffe "berichtigte" der Anmelder sein Warenverzeichnis wie folgt:

"Mittel und Gegenstände für die Hygiene und Körperpflege, insbesondere Badesalze, Badetabletten, Desinfektionsmittel, Desodorierungsmittel, Eau de Toilette, Enthaarungsmittel, Frauenduschen, Fußpflegemittel, Haarwässer, Hygienebinden- und Tampons, Intimsprays, Körperpuder, Kölnisch Wasser, Kontaktlinsenmittel, Manikürbestecke, Massagebürsten und -handschuhe, Mittel zur Reinigung und Pflege von Zahnersatz, Mundwasser, Nagelbürsten, Nagelhautentferner, Puder, Rasierseifen, Rasierwasser, Seifen, Sonnenschutzmittel, Zahnbürsten und Zahnpasten, soweit

sie ausschließlich in Apotheken vertrieben; apothekenpflichtige und verschreibungspflichtige Arzneimittel, Verbandmaterial, diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke; Rasierapparate und -klingen; diätetische Lebensmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen und Spurenelementen, jeweils soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden; diätetische Lebensmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Proteinen, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden; diätetische Lebensmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden; Bürsten, Käämme, Rasierpinsel".

Mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 5. Oktober 2004 wurde die Anmeldung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG durch eine Prüferin des gehobenen Dienstes zurückgewiesen, ohne dass das Warenverzeichnis endgültig geklärt wurde. Es blieb dahingestellt, ob die Anmeldung auch gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht schutzfähig ist.

Entgegen der Auffassung des Anmelders handele es sich bei dem Markenbestandteil "Apothek am Rathaus" nicht um einen unterscheidungskräftigen Bestandteil, sondern lediglich um einen Hinweis auf den Vertriebsort der Waren. Es existierten bereits zahlreiche "Apotheken am Rathaus". Der Zusatz "Die Apotheke, die nach Hause kommt." bringe lediglich zum Ausdruck, dass die Apotheke Waren nach Hause liefere. So würden bereits verschiedene Anbieter mit Slogans wie "Easyeinkauf - Supermarkt, der nach Hause kommt!" oder "Hundeschule, die nach Hause kommt". Selbstverständlich sei dem Anmelder darin zuzustimmen, dass nicht die Apotheke selbst bei dem Konsumenten erscheine, sondern der Slogan lediglich im übertragenen Sinne zu verstehen sei. Hierin liege jedoch keine die Schutzfähigkeit begründende Mehrdeutigkeit. Die angesprochenen Verkehrskreise sähen in der um Schutz nachsuchenden Marke lediglich eine werbemäßig formu-

lierte Sachangabe dahingehend, dass die so gekennzeichneten Waren über eine (beliebige) Apotheke, deren Standort sich an einem Rathaus bzw in dessen Nähe befinde und die die Produkte zu den Kunden nach Hause liefere, vertrieben werden. Das Warenverzeichnis sei teilweise schon konkretisiert worden. Die noch erforderliche abschließende Klärung sei allerdings nach Rücksprache mit dem Anmelder vorläufig zurückgestellt worden. Bereits vorgenommene und gegebenenfalls noch erforderliche weitere Präzisierungen hätten im vorliegenden Fall jedoch keinen Einfluss auf die Beurteilung der Schutzfähigkeit, da es aufgrund der Formulierung im ursprünglichen Verzeichnis jedenfalls um Waren handele, die in Apotheken vertrieben und damit durch den Slogan beschrieben würden. Soweit der Anmelder sich auf Voreintragungen anderer Marken beziehe, vermöge dies die Schutzfähigkeit nicht zu begründen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders, der keinen ausformulierten Antrag gestellt hat.

Der Anmelder hält die angemeldete Marke für unterscheidungskräftig und nicht Freihaltungsbedürftig. Nur weil sich mehrere Unternehmer der selben Bezeichnung ("Apotheken am Rathaus") für die Kenntlichmachung der Herkunft ihrer Waren und Dienstleistungen bedienen, könne hieraus nicht per se der Schluss gezogen werden, dass der Bezeichnung jegliche Unterscheidungskraft fehle. Der Markenbestandteil "Die Apotheke, die nach Hause kommt." sei ebenfalls nicht rein beschreibend, da der Verkehr diese Bezeichnung nicht notwendigerweise dahingehend verstehe, dass der Betrieb des Anmelders Waren nach Hause liefere. So könne diese Formulierung ebenso bedeuten, dass der Service in der Apotheke derart gut sei, dass die telefonische Beratung dieselbe Wirkung entfalte, als stände der Apotheker bei dem Anrufer zu Hause. So hinke auch das von der Erstprüferin genannte Beispiel "Hundeschule, die nach Hause kommt". Dieser Slogan sei nämlich mit Sicherheit nicht dahingehend zu verstehen, dass etwas (Hunde?) geliefert werde. Im deutschen Sprachgebrauch werde das Wort "kommen" nicht als Synonym für das Verb "liefern" benutzt. Genau in diesem Unterschied liege die

maßgebliche Unterscheidungskraft, aufgrund derer die Eintragungsfähigkeit zu bejahen sei.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Anmelders ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg, denn der Eintragung des angemeldeten Zeichens steht für die beanspruchten Waren aus den von der Markenstelle bereits ausgeführten Gründen zumindest ein Schutzhindernis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Die Prüfung der Anmeldung auf absolute Schutzhindernisse ist dabei auch ohne eine endgültige Klärung des zu weite Oberbegriffe enthaltenden Warenverzeichnisses möglich. Selbst wenn weite Oberbegriffe, die noch nicht eine eindeutige Klassifizierung erlauben, gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 20 Abs. 1 MarkenV nicht eintragbar sind, können sie auf absolute Schutzhindernisse überprüft werden. Die Eintragung kann wegen Bestehens absoluter Schutzhindernisse versagt werden, selbst wenn die Anmeldung zudem (u. U. teilweise) wegen nicht innerhalb einer gesetzten Frist beseitigter Mängel nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 20 Abs. 1 MarkenV zurückgewiesen werden könnte. Die angemeldeten Warenoberbegriffe, über die eine präzisierte Fassung nicht hinausgehen kann, lassen erkennen, dass alle Waren über Apotheken vertrieben werden oder hinsichtlich der Ware "Verbandmaterial" zumindest werden könnten. Die angemeldete Marke ist deshalb - wie unten ausgeführt - nicht unterscheidungskräftig, unabhängig davon, ob man von den ursprünglichen oder den "berichtigten" Warenbegriffen ausgeht. Hinzu kommt, dass ein Oberbegriff nicht durch eine mit dem Wort "insbesondere" eingeleitete Aufzählung, wie im "berichtigten" Warenverzeichnis vom 1. April 2004 enthalten, präzisiert wird. Das "berichtigte" Warenverzeichnis ist deshalb nur als Versuch einer Präzisierung zu werten, wobei außer-

dem das "berichtigte" Warenverzeichnis vom 1. April 2004 dann Erweiterungen enthielte, wenn man die Klassenangaben im ursprünglichen Verzeichnis als Einschränkung verstünde.

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten, die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. zur st. Rspr. BGH GRUR 2003, 1050 – Cityservice; EuGH GRUR 2004, 674 – Postkantoor). Es muss also eine Kennzeichnungskraft mit der Eignung zur Ausübung der Herkunftsfunktion verbunden sein, auch wenn eine Marke zusätzlich noch weitere Funktionen haben kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 8 Rdn. 39).

Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren abzustellen ist.

Keine Unterscheidungskraft besitzen nach der Rechtsprechung vor allem solche Marken, denen die angesprochenen Verkehrskreise für die fraglichen Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 678 – Postkantoor). Jedoch hat der EuGH auch darauf hingewiesen, dass eine unmittelbar beschreibende Bedeutung nicht Voraussetzung für die Annahme fehlender Unterscheidungskraft ist. Vielmehr kann die Unterscheidungskraft auch aus anderen Gründen fehlen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 – Postkantoor; GRUR 2004, 680 – Biomild).

Der Verkehr wird in der angemeldeten Marke lediglich einen werbeüblichen Sachhinweis und keine Marke sehen.

Der Markenbestandteil "Apotheke am Rathaus" ist wegen fehlender Unterscheidungskraft schutzunfähig, weil damit nur die (meist zentrale) Lage der Apotheke beschrieben wird, in der die Waren angeboten werden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Markenstelle das angemeldete Zeichen nicht deshalb zurückgewiesen, weil sich mehrere Unternehmen derselben Bezeichnung bedienen. Die Verwendungsbeispiele sind vielmehr ein zusätzlicher Hinweis, dass die besondere Lage der Apotheke häufig angegeben wird und der Verkehr an solche beschreibenden Hinweise gewöhnt ist. Der Bestandteil "Die Apotheke, die nach Hause kommt." hat ebenfalls keine Unterscheidungskraft. Im Zusammenhang mit den angemeldeten Waren versteht der Verkehr die Angabe dahingehend, dass die Waren auch nach Hause geliefert werden. Wenn die Apotheke daneben noch Beratung und andere Dienstleistungen anbietet und diese dann über das Telefon gegenüber dem Kunden zu Hause erbringt, so ändert sich dadurch nicht das Verständnis der Sachangabe, nämlich dass der Kunde von zu Hause aus die Waren und/oder Dienstleistungen der Apotheke in Anspruch nehmen kann. Dass das Verb "kommen" in diesem Zusammenhang noch mehr bedeuten kann als "liefern", ändert nichts an dem beschreibenden Charakter der Aussage. Eine solche "Mehrdeutigkeit" des Wortes "kommen" reicht für eine Unterscheidungskraft der Bezeichnung nicht aus, zumal das Wort je nach Zusammenhang einen eindeutigen Sinngehalt hat.

Unterscheidungskraft einer Bezeichnung liegt zudem nicht schon dann vor, wenn man allein aus der Bezeichnung noch nicht ersehen kann, um welche Art von Waren und Dienstleistungen es sich handelt. Man müsste vielmehr auch dann, wenn man die Waren und Dienstleistungen kennt, in dem angemeldeten Zeichen, wenn es in dem jeweiligen Zusammenhang verwendet wird, eine Marke sehen und nicht bloß einen Sachhinweis. Auch relativ allgemeine Angaben können von Fall zu Fall als verbraucherorientierte Sachinformation zu bewerten sein, insbesondere wenn

sie sich - wie hier - auf allgemeine Sachverhalte beziehen (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdn. 58). Der angemeldete Slogan wird auch in seiner Gesamtheit lediglich als werbeüblichen Hinweis darauf angesehen, dass die Waren von einer meist zentral gelegenen Apotheke am Rathaus angeboten werden und man das Angebot auch zu Hause in Anspruch nehmen kann.

Die angemeldeten Waren "Mittel und Gegenstände für die Hygiene und Körperpflege, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden (Klasse 3); apothekenpflichtige und verschreibungspflichtige Arzneimittel, Verbandmaterial (Klasse 5), diätetische Lebensmittel, soweit sie ausschließlich in Apotheken vertrieben werden", über die auch eine präzisierte Fassung nicht hinausgehen kann, lassen erkennen, dass sie alle über Apotheken vertrieben werden oder hinsichtlich des "Verbandmaterials" werden könnten. Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft besteht daher für die gesamte Anmeldung.

Ob darüber hinaus auch das Schutzhindernis der beschreibenden Angabe im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliegt, kann dahingestellt bleiben, da die Anmeldung bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückzuweisen ist.

gez.

Unterschriften