



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 18/11

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
15. Februar 2012

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 303 59 740
(hier: Lösungsverfahren S 206/09)

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker und der Richterinnen Winter und Hartlieb

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Wortmarke **physiomobil** ist am 23. April 2004 für „Geräte für die Physiotherapie; physiotherapeutische Behandlungen“ unter der Nummer 303 59 740 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden.

Der Antragsteller hat am 4. August 2009 die Löschung der Marke beantragt, da der Eintragung absolute Schutzhindernisse entgegengestanden hätten und weiterhin entgegenstünden. Die Marke bedeute „mobile Physiotherapeuten“ und sei deshalb für die eingetragenen Waren und Dienstleistungen weder schutzfähig gewesen noch heute schutzfähig. Das ergäbe sich aus seiner 2003/2004 erfolglosen gleichlautenden Markenmeldung für Dienstleistungen der Klasse 44. Ebenso sei seine weitere Anmeldung 30 2009 052 350.9/44 „mobile physios“ wegen bestehender absoluter Eintragungshindernisse durch Bescheid des Patentamts vom 19. Januar 2010 beanstandet worden.

Dem am 16. November 2009 per Einschreiben abgesendeten Löschungsantrag hat die Markeninhaberin am 27. November 2009 widersprochen und ist dem Löschungsbegehren auch inhaltlich entgegengetreten. Sie hält ihre Marke wegen Neuheit, fehlendem lexikalischen Eintrag und Mehrdeutigkeit für schutzfähig.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 11. November 2010 die Eintragung der Marke 303 59 740 gelöscht, weil die Marke im Zeitpunkt der Eintragung eine beschreibende, freizuhaltende und nicht unterscheidungskräftige Angabe i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG gewesen sei, was auch für den Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag noch gelte. Im Hinblick auf die eingetragenen Produkte weise die Marke „physiomobil“ darauf hin, dass diese speziell dazu bestimmt und besonders dafür geeignet seien, im Zusammenhang mit einem entsprechenden Physiotherapeutenauto, also einem „physiomobil“, zum Einsatz zu kommen bzw. dass die mit „physiomobil“ gekennzeichneten physiotherapeutischen Behandlungen unter Verwendung eines solchen Gefährtes angeboten und erbracht werden sollen; gleichzeitig erfolge ein Hinweis auf ambulant erbrachte physiotherapeutische Dienstleistungen.

Die Markeninhaberin/Antragsgegnerin hat Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, dass der Löschungsantrag unbegründet sei. Weder die Elemente „physio“ und „mobil“ wiesen eindeutige Sachbezüge auf, noch die neu gebildete, lexikalisch nicht nachweisbare und mehrdeutige Gesamtmarke mit Interpretationen wie „Körper beweglich“ oder „den Körper betreffend ortsungebunden“ oder „Gefährt eines Physiotherapeuten“. Die Marke sei daher für die geschützten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend und es fehle ihr auch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft.

Die Markeninhaberin/Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. November 2010 aufzuheben und den Löschantrag zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner/Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsteller hält die Entscheidung der Markenabteilung für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss der Markenabteilung sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Der Marke **physiomobil** steht jedenfalls das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Dieses Schutzhindernis bestand sowohl zum Zeitpunkt der Eintragung dieser Marke am 23. April 2004, als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den vorliegenden Löschantrag (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG), wobei der Löschantrag auch innerhalb der Frist des § 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG gestellt worden ist. Die Markenabteilung hat auf den zulässigen Löschantrag des Antragstellers die Löschung der angegriffenen Marke somit zu Recht angeordnet (§§ 50 Abs. 1, 54 MarkenG).

Nach § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG sind von der Eintragung solche Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr u. a. zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder zur Bezeichnung

sonstiger Merkmale der Waren/Dienstleistungen dienen können. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verfolgt die mit Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c Markenrichtlinie übereinstimmende Bestimmung des § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass alle Zeichen oder Angaben, die Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, von allen frei verwendet werden können. Sie erlaubt es daher nicht, dass solche Zeichen oder Angaben aufgrund ihrer Eintragung nur einem Unternehmen vorbehalten werden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 725 (Nr. 25) - Chiemsee; GRUR 2004, 146, 147 (Nr. 31) - DOUBLEMINT; GRUR 2004, 674, 676 (Nr. 54, 56) - Postkantoor; GRUR 2004, 680, 681 (Nr. 35, 36) - BIOMILD; BGH GRUR 2008, 900, 901 - Tz. 12 - SPA; GRUR 2006, 850, 856 - Tz. 35 - FUSSBALL WM 2006). Von einem die Waren oder Dienstleistungen beschreibenden Begriff kann auch auszugehen sein, wenn das Markenwort verschiedene Bedeutungen hat (vgl. BGH GRUR 2008, 900, 901 - Tz. 15 - SPA; GRUR 2006, 760 - Tz. 14 - LOTTO), sein Inhalt vage ist (BGH GRUR 2000, 882, 883 - Bücher für eine bessere Welt) oder nur eine der möglichen Bedeutungen die Waren oder Dienstleistungen beschreibt (EuGH GRUR 2004, 146 - Tz. 33 - DOUBLEMINT).

In diesem Sinn war und ist die vorliegende Marke **physiomobil** eine beschreibende Angabe, die im Verkehr zur Bezeichnung der Waren und Dienstleistungen dienen konnte bzw. dienen kann.

„Physio“, hergeleitet von dem griechischen Wort „physis“ (Natur), hat in Wortzusammensetzungen die Bedeutung von „Natur, natürlich, die natürlichen Lebensvorgänge betreffend“ sowie auch „körperlich/Körper“ (vgl. Duden, Das Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, 5. Aufl., 1992, S. 554, und 7. Aufl., 2007, S. 612; Thiele, Handlexikon der Medizin, Bd. L - Z, 1982, S. 1904, Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 18 Ot-Pold, 1981, S 656; jeweils Stichw. „Physio“). „Physio“ ist insbesondere aus den Wörtern „Physiotherapie“ und „Physiotherapeut“ seit langem bekannt.

„Physiotherapie“ bildet den Oberbegriff für die Krankengymnastik und die physikalische Therapie. Als natürliches Heilverfahren nutzt die Physiotherapie natürliche Anpassungsmechanismen des Körpers, um Störungen körperlicher Funktionen gezielt zu behandeln oder als Maßnahme in der Gesundheitsvorsorge (Prävention) diese zu vermeiden. Behandlungsformen der Physiotherapie sind zum Beispiel Bewegungstherapie, Massagen oder - gerätegestützte - Krankengymnastik, wobei durch äußerliche Anwendung vor allem die Bewegungs- und Funktionsfähigkeit des menschlichen Körpers wiederhergestellt, verbessert oder erhalten werden soll. Physiotherapie stellt eine Alternative und/oder Ergänzung zur medikamentösen und operativen Krankheitsbehandlung dar (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S 1209 und 7. Aufl. 2011, S. 1339; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 259. Aufl. 2002, S. 1303, 1649; auch 263. Aufl. 2012, S. 1625). „Physiotherapeut“ ist die mit dem „Gesetz über die Berufe in der Physiotherapie (Masseur- und Physiotherapeutengesetz, MPhG)“ 1994 eingeführte Berufsbezeichnung für die frühere Bezeichnung „Krankengymnast“ (vgl. Pschyrembel, a. a. O., 259. Aufl. 2002, S. 1303; auch 263. Aufl. 2012, S. 1625).

Wie die in der mündlichen Verhandlung überreichten Ausdrücke aus dem Internet belegen, ist „Physio“ in Wortzusammensetzungen bereits im Jahr 2004 als Kurzform des Wortes „Physiotherapie/Physiotherapeut“ verwendet worden; darin ist zum Beispiel zur Ausbildung zum Physiotherapeuten von „Physioausbildung“ die Rede; es gab (und gibt) eine „Physio-Akademie“, ein Bildungswerk des Verbandes der Physiotherapeuten; in einem bereits von der Markenabteilung übersendeten Nachweis ist von einem „Physiotrainer“ die Rede, der als Therapeut Fitnessstraining und Physiotherapie verbindet.

In diesem Sinn ist „physio“ für die geschützten Waren und Dienstleistungen der Physiotherapie eine beschreibende Angabe über deren Art, Bestimmung und Gegenstand. Angesichts dieser Verwendung des Begriffs „Physio“ tritt die weitere, lexikalisch auch angeführte Bedeutung im Sinn von „körperlich“ gegenüber der erstgenannten zurück. Die beiden Bedeutungen ergänzen einander aber auch

eher, als dass sie sich ausschließen. Denn Waren und Dienstleistungen der Physiotherapie dienen, wie oben schon ausgeführt, auch dazu, körperlich beweglich zu bleiben oder zu werden.

Das zweite Zeichenelement ist das ursprünglich aus dem Lateinischen stammende Wort „mobil“, das als Eigenschaftswort für „beweglich“ in der deutschen Sprache im Gebrauch ist und auch in dem Sinn verwendet wird, dass eine Dienstleistung vor Ort erfolgt, zum Beispiel am Ort oder in der Wohnung der Verbraucher. Es gibt „mobile Büchereien“ (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1091; 7. Aufl. 2011, S. 1203), welche oft in einem entsprechend genannten Fahrzeug - dem Büchermobil - die jeweiligen Zielorte und Kunden anfahren, um vor allem mobil eingeschränkten Menschen den Zugang zu Medien und Informationen zukommen zu lassen. „Mobil“ wurde und wird zudem als Kurzform des Wortes „Automobil“ gebraucht (vgl. Duden a. a. O., 5. Aufl. 2003, S. 1091). Mit diesen Bedeutungen wird „mobil“ in der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts seit langem bewertet (vgl. BPatG 25 W (pat) 149/02 - Rehamobil; BPatG 25 W (pat) 225/01 - Pflegemobil, beide veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts).

In all diesen Bedeutungen bleibt indessen ein beschreibender Sinngehalt für die hier geschützten Waren und Dienstleistungen erhalten, weil die „Geräte für die Physiotherapie“ dafür bestimmt und geeignet sein können, entweder die Beweglichkeit der Patienten zu verbessern, wiederherzustellen oder zu erhalten oder auch nach ihrer Beschaffenheit für die Verwendung bei der Physiotherapie vor Ort oder in einem entsprechend ausgerüsteten Fahrzeug bestimmt und geeignet sind, zum Beispiel tragbare Massageliegen oder sonst hierfür erforderliche Therapiegeräte. Bezüglich der Dienstleistungen „physiotherapeutische Behandlungen“ wird beschreibend darauf Bezug genommen, dass diese entweder auf die Beweglichkeit des Patienten gerichtet sind oder aber auf die Erbringung vor Ort (Wohnung, Arbeitsplatz, Altenheim, Krankenhaus) oder etwa auch in einem für die Erbringung physiotherapeutischer Leistungen bestimmten und ausgerüsteten Fahrzeug.

Die Gesamtmarke **physiomobil** ließ und lässt sich somit ohne weiteres mit der Bedeutung „Physiotherapie mobil/mobile Physiotherapie“ oder „Physiotherapiefahrzeug/Fahrzeug für Physiotherapie“ erfassen. Zwei beschreibende Begriffe sind in sprachüblicher Weise so zusammengefügt, dass sie auch durch die Kombination als rein beschreibend unter § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG fallen. Der Wortkombination **physiomobil** war und ist zu entnehmen, dass so gekennzeichnete Waren und Dienstleistungen dem Bereich der Physiotherapie zuzuordnen sind und ambulant, also beim Patienten zu Hause oder sonst vor Ort, gegebenenfalls mittels eines entsprechend ausgestatteten Fahrzeugs, erbracht werden und/oder die Waren und Dienstleistungen geeignet sind, die körperliche Beweglichkeit herzustellen oder zu erhalten.

In all diesen Bedeutungen war und ist die Marke für die gelöschten Waren und Dienstleistungen eine beschreibende Angabe im Sinn von § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG. Aus den oben genannten Nachweisen ergibt sich, dass dies auch bereits vor der Eintragung der hier maßgeblichen Marke der Fall war und dies auch heute noch der Fall ist.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass das Wort „physiomobil“ lexikalisch nicht verzeichnet war und ist. Denn das Schutzhindernis des § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG erfordert nicht, dass die Marke in dem für die Entscheidung über die Schutzfähigkeit maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Eintragung - bzw. ihrer Löschung - bereits tatsächlich zu beschreibenden Zwecken für die von ihr erfassten Waren und Dienstleistungen verwendet wird. Es genügt vielmehr, wie sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, dass die Marke dazu „dienen kann“; Gesichtspunkte einer „neuheitsschädlichen Vorwegnahme“ spielen im Markenrecht keine Rolle (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG. 10. Aufl., § 8 Rdn. 404 m. w. N.). Angesichts der dargelegten, für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen glatt beschreibenden Bedeutung des Wortes „physiomobil“ konnte im Eintragungszeitpunkt und kann im Entscheidungszeitpunkt von einem

dahingehenden vernünftigerweise zu erwartenden merkmalsbeschreibenden Einsatz im Verkehr ausgegangen werden.

Die Antragsgegnerin kann auch nicht mit Erfolg einwenden, die Bezeichnung sei wegen Mehrdeutigkeit nicht zur Beschreibung geeignet. Wie oben bereits dargelegt, führen sämtliche Bedeutungen zu einer beschreibenden Angabe.

Da die angegriffene Marke hiernach bereits nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen war und ist, kann dahingestellt bleiben, ob diese sich auch wegen des Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG als nicht schutzfähig erweist.

Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg.

Eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen ist nicht veranlasst (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG).

Hacker

Winter

Hartlieb

CI