



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 8/13

(Aktenzeichen)

Verkündet am
27. Februar 2014

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 307 30 182
(hier: Lösungsverfahren S 154/12)

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2014 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Winter und des Richters Jacobi

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 29. Januar 2013 aufgehoben, soweit darin die teilweise Löschung der Marke 307 30 182 angeordnet worden ist.

Der Lösungsantrag wird auch insoweit zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 10. Mai 2007 angemeldete Wort-/Bildmarke

meso | Body Therapy

ist am 29. März 2012 unter der Nummer 307 30 182 für die Waren und Dienstleistungen der

„Klasse 3: Seifen, Parfums, ätherische Öle, Haarwässer, Zahnpfutzmittel, Lippenstifte, künstliche Nägel; Mittel zur Körper- und

Schönheitspflege und Kosmetika, nämlich Haut- und Gesichtscremes, Haut- und Gesichtslotionen, Puder für kosmetische Zwecke, Maskara, Lidschatten, Eyeliner, Nagelpflegemittel, Make-up, Rouge, Blush und Camouflage;

Klasse 41: Veranstaltung von Schulungen und Seminaren auf dem Gebiet der Rhetorik;

Klasse 44: Durchführung von kosmetischen Dienstleistungen im Bereich Wellness/Massagen“

in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden.

Der Antragsteller hat am 16. Juni 2012 die Löschung der Marke beantragt, da der Eintragung absolute Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG entgegengestanden hätten und weiterhin entgegenstünden, im Wesentlichen die Schutzhindernisse der Freihaltebedürftigkeit und der fehlenden Unterscheidungskraft. **meso|Body Therapy** sei eine beschreibende Angabe für eine konkrete Art der Gesundheits- und Schönheitspflege. „Mesotherapie“ werde bereits seit mehreren Jahrzehnten auf dem Markt angeboten. Die angegriffene Marke beschreibe nicht nur diese Behandlungsform, sondern in gleicher Weise sämtliche Waren und Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit der Gesundheits- und Schönheitspflege „Mesotherapie“ angeboten werden würden. „Meso“ sei ein Wortbildungsteil der Sachbezeichnung „Mesotherapie“, die als Therapieform u. a. auf dem Gebiet der ästhetischen Medizin und auf dem Gebiet der Gesundheits- und Schönheitspflege Verwendung finde. Es handele sich um eine seit vielen Jahren bekannte Behandlungsmethode. Im Gesundheitsbereich seien den angesprochenen Verkehrskreisen Abkürzungen für entsprechende Therapieformen geläufig. Das Wort „Body“ sei die allgemein bekannte englischsprachige Bezeichnung für „Körper“ und damit nichts anderes als eine Beschreibung des Ortes der Anwendung.

Dem Senat hätten bei seiner im Eintragungsbeschwerdeverfahren zur angegriffenen Marke getroffenen Entscheidung vom 21. Dezember 2011 (BPatG 30 W (pat) 101/10) nicht alle Informationen vorgelegen. Die Behandlungsform der „Mesotherapie“ gehe mit zahlreichen Kosmetik- und Make-up-Produkten und mit „kosmetischen“ Wirkstoffen einher. Es fänden sich zahlreiche kosmetische Produkte auf dem Markt, die im Zusammenhang mit der „Mesotherapie“ genutzt werden würden. Es erschließe sich jedem Marktteilnehmer selbst, dass eine Behandlungsform, die mit dem Ziel der Schönheitspflege angeboten werde, in unmittelbar beschreibendem Zusammenhang mit kosmetischen Produkten stehe, die einen entsprechenden Namen trügen. Für die Vermarktung der Behandlungsform „Mesotherapie“ würden üblicherweise „Verkaufstrainings“ und Seminare zum Thema „Marketing und Warenpräsentation“ angeboten werden. Die angegriffene Marke beschreibe deshalb sämtliche der von ihr beanspruchten Produkte und sei deshalb nicht unterscheidungskräftig. Da alle 950 Mitglieder des Antragstellers die „Mesotherapie“ und damit auch die „meso Body Therapy“ anböten, sei die angegriffene Marke auch freihaltebedürftig. Die grafische Gestaltung der angegriffenen Marke sei ohne jede Kennzeichnungskraft. Die fehlende Schutzfähigkeit sei dem Antragsgegner bestens bekannt gewesen, weshalb die Registrierung der Marke auch bösgläubig erfolgt sei.

Dem am 28. Juni 2012 abgesendeten Löschungsantrag hat der Inhaber der angegriffenen Marke am 5. Juli 2012 widersprochen und ist dem Löschungsbegehren auch inhaltlich entgegengetreten. Zur Begründung hat er ausgeführt, Eintragungshindernisse bestünden nicht. Er beruft sich insbesondere auf die im Eintragungsbeschwerdeverfahren BPatG 30 W (pat) 101/10 ergangene Entscheidung des Senats vom 21. Dezember 2011. Er bestreite, dass alle Mitglieder des Antragstellers eine „meso Body Therapy“ anböten.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat dem Löschungsantrag mit Beschluss vom 29. Januar 2013 teilweise stattgegeben, nämlich hinsichtlich der Waren der Klasse 3 „Seifen, ätherische Öle, Haarwässer,

Zahnputzmittel; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und Kosmetika, nämlich Haut- und Gesichtscremes, Haut- und Gesichtslotionen“ und hinsichtlich der Dienstleistungen der Klassen 41 und 44. Zur Begründung hat sie ausgeführt, im Umfang der Teillöschung sei die angegriffene Marke im Zeitpunkt der Eintragung eine beschreibende, freihaltebedürftige und nicht unterscheidungskräftige Angabe gewesen, was auch für den Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag noch gelte. Die Bezeichnung „meso Body Therapy“, aus der die angegriffene Marke im Wesentlichen bestehe, benenne eine medizinische Behandlungsmethode, bei der durch Injektionen Medikamente in die mittlere Hautschicht eingebracht würden. Darüber hinaus ergebe sich aus den von dem Antragsteller eingereichten Unterlagen und den von der Markenabteilung durchgeführten Ermittlungen, dass es sich bei der „Mesotherapie“ auch um ein medizinisches Verfahren zur Hautstraffung und Faltenbehandlung handele, also eine Behandlung zur Körper- und Schönheitspflege. Damit sei „meso Body Therapy“ auch für die Waren der Klasse 3 „Seifen, ätherische Öle, Haarwässer, Zahnputzmittel; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und Kosmetika, nämlich Haut- und Gesichtscremes, Haut- und Gesichtslotionen“ eine unmittelbare Sachangabe für den speziellen Einsatzbereich dieser Produkte, was offenbar im Eintragungsbeschwerdeverfahren nicht berücksichtigt worden sei. Es komme nicht entscheidend darauf an, ob und inwieweit bei diesen Waren - im Rahmen der Anwendung für eine „Mesotherapie“ - eine Einbringung durch Injektion in die mittlere Hautschicht möglich sei oder nicht. Selbstverständlich könnten im Rahmen der unmittelbar der „Mesotherapie“ dienenden Injektionen, vor allem im Anschluss an die direkte Behandlung, auch noch weitere Mittel zur Anwendung kommen, die selbst nicht in die mittlere Hautschicht injiziert würden, aber trotzdem für die Gesamtbehandlung und vor allem den Gesamtbehandlungserfolg eine maßgebliche Rolle spielen könnten. Dies gelte auch für die „Zahnputzmittel“; denn da die „Mesotherapie“ auch von Zahnärzten z. B. bei Erkrankungen des Zahnfleisches eingesetzt werde, liege es auf der Hand, dass in Ergänzung und Fortführung dieser Therapie ganz spezielle Zahnputzmittel eingesetzt werden würden. Ebenso ergebe sich aus den vom Antragsteller eingereichten Unterlagen, dass es für die „Meso-Body-Therapy“ Schu-

lungen zu verschiedenen Zwecken gebe, darunter auch Verkaufsgespräche, was in den Bereich der Rhetorik falle. Damit könne die angegriffene Marke auch für die Dienstleistungen der Klasse 41 eine beschreibende Sachangabe sein, indem sie das Thema bzw. den Gegenstand benenne. Da die von der „Mesotherapie“ umfassten Behandlungen der ästhetischen Medizin im Zusammenhang mit den Dienstleistungen der Klasse 44 „Durchführung von kosmetischen Dienstleistungen im Bereich Wellness/Massagen“ erbracht werden würden, wirke die angegriffene Kennzeichnung auch insoweit lediglich als beschreibende Sachangabe. Auf die Frage der Bösgläubigkeit infolge einer Kenntnis der Schutzunfähigkeit komme es nicht weiter an.

Gegen diese Ausführungen wendet sich der Antragsgegner mit seiner Beschwerde. Er ist weiterhin der Auffassung, der Löschungsantrag sei unbegründet. Die Markenabteilung habe zu Unrecht angenommen, dass die angegriffene Marke im Umfang der Stattgabe des Löschungsantrags schon im Zeitpunkt der Eintragung und noch immer eine beschreibende, freizuhaltende und nicht unterscheidungskräftige Angabe sei. Das Schutzhindernis der Freihaltebedürftigkeit komme schon wegen der grafischen Gestaltung der angegriffenen Marke nicht in Betracht. Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft liege nicht vor. Zunächst könnten die Begriffe „Mesotherapie“ und „meso Body Therapy“ nicht gleichgestellt werden. Die angegriffene Marke beanspruche mit den gelöschten Waren nicht solche, die im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlungsmethode stünden. Der Begründungsansatz der Markenabteilung, diese Waren könnten auch im Rahmen einer „Mesotherapie“ eingesetzt werden, sei nicht nachvollziehbar. Bereits im Eintragungsverfahren zur angegriffenen Marke habe das Deutsche Patent- und Markenamt hinsichtlich sämtlicher nun gelöschter Produkte in dieser Weise argumentiert. Dieser Begründungsansatz sei vom Bundespatentgericht im Eintragungsbeschwerdeverfahren BPatG 30 W (pat) 101/10 jedoch nicht bestätigt worden. Neue Erkenntnisse gebe es nicht. Die dem angegriffenen Beschluss der Markenabteilung beigefügten Anlagen seien nicht geeignet, die damals getroffene eindeutige Entscheidung des Senats in Zweifel zu ziehen,

zumal es sich um Ausdrücke handele, die aus der Zeit nach der Registrierung der angegriffenen Marke stammten.

Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 29. Januar 2013 aufzuheben, soweit darin die teilweise Löschung der Marke 307 30 182 angeordnet worden ist, und den Löschungsantrag auch insoweit zurückzuweisen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung der Markenabteilung unter Hinweis auf seinen bisherigen Vortrag für zutreffend.

Der Senat hat mit den Beteiligten am 12. Dezember 2013 mündlich verhandelt und die Akten der am Bundespatentgericht anhängig gewesenen Beschwerdeverfahren 27 W (pat) 73/10 (Beschwerde des hiesigen Antragstellers gegen die Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts im Löschungsverfahren S 143/09 betreffend die Wortmarke 307 10 264 - Meso), 30 W (pat) 101/10 (Beschwerde des hiesigen Antragsgegners gegen die Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts im Eintragungsverfahren der angegriffenen Marke) sowie 30 W (pat) 48/10 (Beschwerde gegen die Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts im Löschungsverfahren S 126/09 auf Antrag des hiesigen Antragstellers betreffend die Wort-/Bildmarke 306 57 718 - |meso|L(FT)) zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Er hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass sich abweichend von der der angefochtenen Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes zugrunde gelegten Rechtslage durch eine

erst im November 2013 publizierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs die hier maßgebliche Beurteilungsperspektive vom Eintragungstag (29. März 2012) um fast fünf Jahre auf den Anmeldetag (10. Mai 2007) verschoben hat (BGH GRUR 2013, 1143, Rn. 15 - Aus Akten werden Fakten). Ferner sind die Beteiligten unter Hinweis auf einen mit „Mesolift/Ästhetische Mesotherapie“ überschriebenen Online-Artikel einer orthopädischen Praxis aus Münster (Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2013) darauf hingewiesen worden, dass der Senat die von der Markenabteilung ohne belastbare Belege getroffene Annahme, im Rahmen einer als „Mesotherapie“ bezeichneten medizinischen Behandlung kämen „selbstverständlich“ und „in einer für die Gesamtbehandlung und den Gesamtbehandlungserfolg maßgebenden Weise“ auch noch weitere Mittel, nämlich die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen der Kosmetik zur Anwendung, für wenig überzeugend erachtet. Der Antragsteller hat daraufhin behauptet, unter dem Begriff „Mesotherapie“ seien bereits im Jahr 2007 rein kosmetische Behandlungen angeboten worden, und erklärt, er sei im Termin nicht in der Lage, über die dem Senat bereits vorliegenden Unterlagen hinaus konkrete Belege für diese Behauptung zu benennen.

Die geschlossene mündliche Verhandlung hat der Senat mit Beschluss vom gleichen Tag wiedereröffnet, um dem Antragsteller - wie beantragt - ergänzenden Vortrag zu ermöglichen. In diesem Beschluss hat der Senat die Beteiligten u. a. darauf hingewiesen, dass die vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen als Beleg für eine beschreibende Verwendung des Begriffs „Mesotherapie“ gerade für eine kosmetische Behandlungsmethode nicht geeignet erscheinen.

Der Antragsteller hat seinen Vortrag ergänzt und abschließend erklärt, er habe im Rahmen des ihm Möglichen schriftsätzlich vorgetragen und Beweis angeboten; an einem weiteren Termin zur mündlichen Verhandlung werde er nicht teilnehmen. Zur Sache hat er ausgeführt, in der ästhetischen Medizin würden spezielle dermatologische Cremes zur Vermeidung von Infektionen und zur optischen Abdeckung der Rötungen verwendet werden. Zu solchen Präparaten gehör-

ten - unter Hinweis auf die in seinem Schriftsatz vom 13. Dezember 2013 wiedergegebenen Auszüge aktueller Internetseiten - u. a. die „CICAPLAST WUNDPFLEGE CREME“, die „Exfoliac Creme“ und das Produkt „Postopyl+“. Dies ergebe sich aus der eidesstattlichen Versicherung seiner Vorsitzenden vom 13. Dezember 2013. Die „medizinische Mesotherapie“ werde auch seit jeher zur Behandlung der Kopfhaut angeboten. Das Angebot von „Haarwässern“ in Zusammenhang mit der medizinischen „Mesotherapie“ sei daher ebenfalls naheliegend. Unter der Bezeichnung „Mesotherapie“ werde zumindest seit dem Jahr 2003 auf kosmetischer Ebene, d. h. ohne Injektionstechnik, die sogenannte „Elektroporation“ eingesetzt. Zum Beweis für diesen Sachverhalt, der bereits eidesstattlich versichert und durch die vorgelegten Unterlagen belegt sei, biete er seine Vorsitzende als Zeugin an. Durch den vorgelegten Auszug aus dem „Brigitte-forum“ zum Thema „Beauty/Schönheitsbehandlungen/Mesotherapie“ mit Beiträgen der Autoren „B07“, „Lolletta“, „goldchen“, „vitabella“ und „julisa“, beginnend ab dem 30. März 2007, werde bewiesen, dass bereits vor Anmeldung der streitgegenständlichen Marke eine kosmetische Behandlung unter der Bezeichnung „Mesotherapie“ angeboten und diese unter Zuhilfenahme von Cremes/Salben durchgeführt worden sei. Hieraus ergebe sich auch, dass innerhalb der beteiligten Verkehrskreise zum Anmeldezeitpunkt durchaus über die Unterschiede der „medizinischen Mesotherapie“ (mit Nadeln/Spritzen) und der „kosmetischen Mesotherapie“ (ohne Nadeln/Spritzen aber mit Strom = Elektroporation) diskutiert worden sei. Ein bereits „gewachsenes Verkehrsverständnis“, wie es im Beschluss des Senats vom 12. Dezember 2013 verlangt werde, sei nicht erforderlich. Die „medizinische Mesotherapie“ werde in Deutschland bereits seit 1984 praktiziert. Für den Fall der Zurückweisung des Löschungsantrags werde die Zulassung der Rechtsbeschwerde beantragt, nämlich zu den Fragen, ob es für das Vorliegen eines Freihaltebedürfnisses auf „ein gewachsenes Verkehrsverständnis“ ankomme und weiter, ob für die Annahme einer beschreibenden Verwendung eines Markenwortes die Verwendung in Internetforen ausreiche.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, der vorgelegte Auszug aus dem „Brigitteforum“ und die weiteren Unterlagen belegten eine stichtagsbezogene Eignung von „Mesotherapie“ zur Beschreibung der beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen nicht. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die „medizinische Mesotherapie“ seit 1984 zur Behandlung der Kopfhaut angeboten werde. Die vorgelegten Unterlagen sprächen auch gegen ein gewachsenes Verkehrsverständnis dahingehend, dass es zwei Arten der „Mesotherapie“ gegeben habe, nämlich eine „medizinische“ und eine „kosmetische“. Bei den offenbar über Apotheken vertriebenen Produkten „CICAPLAST WUNDPFLEGE CREME“, „Exfoliac Creme“ und „Postopyl+“ handele es sich nicht um „kosmetische Artikel“. Die vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen seien auch nicht auf den Anmeldetag bezogen; ein solcher Bezug ergebe sich auch nicht aus der eidesstattlichen Versicherung der Vorsitzenden des Antragstellers.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und auch in der Sache begründet. Die Marke 307 30 182 ist nicht entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 oder Nr. 10 MarkenG eingetragen worden. Die Markenabteilung hat zu Unrecht die teilweise Löschung der Streitmarke angeordnet (§§ 50 Abs. 1, Abs. 2, 54 MarkenG).

Der Antrag auf Löschung der Marke 307 30 182 **meso|Body Therapy** ist zulässig. Nach §§ 54 Abs. 1, 50 Abs. 1 und 2 MarkenG kann der Antrag auf Löschung von jeder Person innerhalb von zehn Jahren seit dem Tag der Eintragung gestellt werden, sofern die Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 - 3 MarkenG eingetragen worden ist. Die Zehn-Jahres-Frist ist mit dem am 16. Juni 2012 gestellten Löschungsantrag gegen die am 29. März 2012 eingetragene Marke offenkundig gewahrt. Für

den Lösungsgrund nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG besteht keine Antragsfrist (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl. 2012, § 50 Rn. 15).

Für die absoluten Lösungsgründe nach § 50 Abs. 1 MarkenG gilt, dass eine Löschung nur erfolgen kann, wenn das Vorliegen von Schutzhindernissen zu den jeweils maßgeblichen Zeitpunkten zweifelsfrei feststeht. Wird geltend gemacht, die Eintragung habe gegen einen oder mehrere Tatbestände des § 8 Abs. 2 MarkenG verstoßen, kann eine Löschung nur erfolgen, wenn das Eintragungshindernis sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke (BGH GRUR 2013, 1143, Rn. 15 - Aus Akten werden Fakten) bestanden hat als auch - soweit es um die Tatbestände nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-9 MarkenG geht - im Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag noch besteht (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Ist eine solche Feststellung, auch unter Berücksichtigung der von den Beteiligten vorgelegten und von Amts wegen zusätzlich ermittelten Unterlagen nicht möglich, muss es - gerade in Grenz- oder Zweifelsfällen - bei der Eintragung der angegriffenen Marke sein Bewenden haben (BPatG GRUR 2006, 155 - Salatfix; zur Feststellungslast des Lösungsantragstellers vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Rn. 48 - ROCHER-Kugel).

Nach diesen Grundsätzen kommt eine Löschung der Streitmarke vorliegend nicht in Betracht. Es kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass die geltend gemachten und von der Markenabteilung angenommenen Lösungsgründe fehlender Unterscheidungskraft im Sinn von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG oder einer Freihaltebedürftigkeit im Sinn von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorlagen; gleiches gilt für die vom Antragsteller behauptete Bösgläubigkeit der Markenmeldung.

Im Einzelnen:

1. Zunächst ist festzustellen, dass der Senat an seine im Eintragungsbeschwerdeverfahren 30 W (pat) 101/10 zur angegriffenen Marke getroffene Entscheidung vom 21. Dezember 2011 nicht gebunden ist (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 54 Rn. 16).

2. Der Streitmarke **meso|Body Therapy** kann zunächst hinsichtlich der beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen nicht jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG abgesprochen werden.

a) 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 (oder Dienstleistungen) als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR Int. 2012, 914, 916, Rn. 23 - WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH; GRUR 2012, 610 Rn. 42 - Freixenet; GRUR 2010, 228, 229, Rn. 33 - Vorsprung durch Technik; BGH GRUR 2013, 731, 732, Rn. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143, Rn. 7 - Starsat; GRUR 2012, 1044, 1045 Rn. 9 - Neuschwanstein). 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). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2012, 1143, Rn. 7 - Starsat; GRUR 2012, 1044, 1045, Rn. 9 - Neuschwanstein; GRUR 2012, 270, Rn. 8 - Link economy).

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 bzw. die Wortelemente von Wort-/Bildmarken 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). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft auch solche Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1100, Rn. 23 - TOOOR!; GRUR 2006, 850, 855, Rn. 28 f. - FUSSBALL WM 2006).

b) Nach diesen Grundsätzen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Wort-/Bildmarke **meso**|Body Therapy hinsichtlich der gelöschten Waren und Dienstleistungen bei Anmeldung am 10. Mai 2007 jegliche Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gefehlt hat.

(1.) Zutreffend ist die Markenabteilung allerdings davon ausgegangen, dass **meso**|Body Therapy von dem angesprochenen interessierten Verbraucher als Hinweis auf die Behandlungsform „Mesotherapie“ verstanden wird. Die Marke ist im Wortbestand gebildet aus „meso“, „Body“ und „Therapy“. Die englischen Wörter „body“ und „therapy“ bedeuten im Deutschen „Körper“ und „Therapie“ (Behandlung); „Body Therapy“ ist auch im Deutschen die geläufige Bezeich-

nung für „Körpertherapie“, die ganz allgemein zur Behandlung von Beschwerden durch am Körper angewendete Techniken eingesetzt werden kann. Durch das Wort „Therapy“ wird darüber hinaus eine Verbindung zwischen „meso“ und „Therapy“ hergestellt, so dass den angesprochenen Verkehrskreisen mit der Begriffsbildung „Meso-Körpertherapie“ zugleich der Fachbegriff „Mesotherapie“ vor Augen geführt wird. Der Antragsgegner hat keine Umstände vorgetragen, die gegen diese bereits im Eintragungsbeschwerdeverfahren eingenommene Sichtweise sprechen würden.

(2.) Weiter zutreffend ist die Markenabteilung davon ausgegangen, dass der Begriff „Mesotherapie“ bereits vor dem Tag der Anmeldung die Bezeichnung für eine medizinische Behandlungsmethode war, bei der durch Injektionen Medikamente in die mittlere Hautschicht eingebracht werden.

Im „Pschyrembel Naturheilkunde und alternative Heilverfahren“ aus dem Jahr 2006 wird „Mesotherapie“ als ein „von dem französischen Landarzt Michel Pistor 1950 vorgestelltes Verfahren“ beschrieben, „bei dem ... die spezifische Wirkungsweise von in die Haut applizierten Medikamenten abgeleitet wird“. Und weiter: „Die Mesotherapie stellt eine Kombination mehrerer Elemente bekannter Einzelverfahren wie Akkupunktur, Neuraltherapie, Homöopathie und indikationsorientierter Arzneimittel allopathischer Herkunft dar. Ein mit einem Lokalanästhetikum verdünntes Arzneimittelgemisch wird mit kurzen Nadeln oder eigens hierfür konzipierten Mikroinjektionsgeräten in die Haut eingespritzt, ...“ (a. a. O., S. 241). Dieses Verfahren kam bereits lange vor der Anmeldung der angegriffenen Marke insbesondere in der ästhetischen Medizin zum Einsatz. So heißt es in einem im November 2005 veröffentlichten Artikel in der „aesthetic Tribune“ über „Ästhetische Mesotherapie“: „Die Mesotherapie hat verschiedenste Indikationsgebiete, von denen drei ins Gebiet der ästhetischen Therapien fallen. ...Anwenden dürfen das Verfahren in Deutschland alle approbierten Ärzte“. In einem Artikel „Mesotherapie Mikroinjektionstechnik mit langer Tradition“ (Der Deutsche Dermatologe, 12/2005, S. 854-855) heißt es

u. a.: „Moderne Mesotherapie ... Seit 1990 wurde die Behandlung zunehmend zur Gesunderhaltung der Haut und Vorbeugung von Hautalterungserscheinungen genutzt. Damit hat die Mesotherapie Eingang in die ästhetische Medizin gefunden...“. In der Zeitschrift Celebrity (Heft 2/2007) wird die „Mesotherapie“ unter der Überschrift „Weichzeichner - Neue, sanfte Methoden der Schönheitschirurgie“ u. a. wie folgt vorgestellt: „Die unter dem Namen Mesolift bekannte Therapie wurde ursprünglich zur Schmerzbehandlung eingesetzt und schleust Wirkstoffe gezielt in die Haut. Mittlerweile kommt sie auch zur Verbesserung der Hautstruktur und Flächenglättung im Gesicht, am Hals, am Dekolleté und Handrücken zum Einsatz.“

(3.) Aus den genannten Gründen ist der Streitmarke im Eintragungsbeschwerdeverfahren 30 W (pat) 101/10 die Eintragung für die zunächst ebenfalls beanspruchten Dienstleistungen „Veranstaltung von Schulungen und Seminaren auf dem Gebiet der Verkaufspsychologie, der Verkaufstechnik, der Produkt- und Behandlungskunde; Gesundheits- und Schönheitspflege“ versagt worden.

(4.) Dagegen kann - entgegen der in der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2013 vom Antragsteller aufgestellten Behauptung - nicht festgestellt werden, dass „Mesotherapie“ bereits am Tag der Anmeldung der angegriffenen Marke die beschreibende Bezeichnung für eine rein kosmetische Behandlungsform war, hinsichtlich der sich ein sachlicher Zusammenhang zu den beanspruchten Produkten herstellen ließe.

Richtig ist allerdings, dass es bereits im Jahr 2007 eine Entwicklung gegeben hat, den Begriff „Mesotherapie“ über die beschriebene medizinische Behandlungsform hinaus zu verwenden. So heißt es in dem als Anlage 16 zu dem als Anlage A3 zum Löschungsantrag vorgelegten Artikel: „Weltneuigkeit in der Kosmetik: Mesotherapie ohne Nadel“. Beschrieben wird ein als „Mesoporation“ bezeichnetes Verfahren, mit dem „hoch dosierte Wirkstoffkonzentrate“

mittels elektrischer Impulse zum Zweck der Hautstraffung bzw. Faltenglättung „zu den Problemzonen“ geschleust werden. Eben um dieses Verfahren geht es auch in dem als Anlage A12 vorgelegten Artikel „SCHÖN SANFT“, wobei hier das Verfahren als „Elektroporation - die sanfte Mesotherapie“ bezeichnet wird.

Die genannten Belege stammen jedoch aus der Zeit nach der Anmeldung, nämlich vom Dezember 2007 (Anlage 16 zu Anlage A3; und dort als „Weltneuigkeit“ bezeichnet) und vom September 2007 (Anlage A12 mit Anlage A11). Möglicherweise ist das genannte Verfahren - u. U. sogar unter der Bezeichnung „Mesotherapie“ - aber schon vor dem Anmeldetag bekannt gewesen. Dafür könnte neben den Anlagen A9 und A10, die allerdings nur die Begriffe „Meso-Elektroporation“ bzw. „Mesoporation“ verwenden, der als Anlage A13 vorgelegte Auszug aus dem Brigitte-forum, insbesondere der Eintrag der Teilnehmerin B07 vom 3. April 2007 sprechen, wo davon die Rede ist, dass „meine Kosmetikerin“ offenbar eine Elektroporation durchgeführt hat, die „sich auch Mesotherapie (nennt)“.

Ob dieser einzige Beleg aus einem Internetforum, der noch dazu von einer nicht näher identifizierten Teilnehmerin stammt, die möglicherweise gar nicht zu den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen gehört, für die Löschung der Streitmarke ausreichen könnte, ist sehr zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Denn die beschriebene Behandlungsmethode weist keinen Bezug zu den von der Streitmarke erfassten Waren und Dienstleistungen auf. Das mithilfe der Elektroporation, gegebenenfalls der „kosmetischen Mesotherapie“ eingebrachte Wirkstoffkonzentrat besteht im wesentlichen aus Hyaluronsäure und Vitaminkomplexen (so Anlage 16 zu Anlage A3 und ähnlich der erwähnte Forumseintrag). Unter die beschwerdegegenständlichen Waren „Seifen, ätherische Öle, Haarwässer, Zahnputzmittel; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und Kosmetika, nämlich [Hervorhebung diesseits] Haut- und Gesichtscremes, Haut- und Gesichtslotionen“ lassen sich diese Konzentrate nicht sub-

sumieren; erst recht haben die Dienstleistungen nichts mit einer Elektroporation zu tun. Soweit der Antragsteller auf den Forumsbeitrag von „Lolleta“ ebenfalls vom 3. April 2007 verweist, wonach die „Emla-Salbe sehr gut betäubt“ habe, ergibt sich nichts anderes. Zum einen lässt der Gesamtzusammenhang nicht erkennen, dass die Teilnehmerin diese Salbe im Zusammenhang mit einer Elektroporation verabreicht bekommen hat; der vorangehende Beitrag von 13.42 Uhr spricht eher für eine Injektionsbehandlung. Zum andern ist nicht bekannt, um welches Produkt es sich genau gehandelt hat; die beschriebene betäubende Wirkung spricht jedoch für ein pharmazeutisches Präparat.

(5.) Nach alledem kann der angegriffenen Marke kein unmittelbar beschreibender Sinngehalt in Bezug auf die von der Streitmarke erfassten Produkte entnommen werden.

(6.) Nach den eingangs aufgeführten Rechtsgrundsätzen müsste die Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke allerdings gleichwohl verneint werden, wenn die von ihr erfassten Waren und Dienstleistungen zumindest auch solche Produkte einschließen würden, die einen spezifischen Bezug zur Mesotherapie als medizinische Behandlung oder zur Elektroporation, soweit diese schon vor dem Anmeldetag als kosmetische Variante der Mesotherapie im Verkehr bekannt gewesen sein sollte, aufweisen. Von ersterem ist die Markenabteilung ausgegangen, jedoch ohne jeden Beleg und auch im Ergebnis zu Unrecht.

Zunächst kann keine Rede davon sein, dass die beanspruchten Produkte der Klasse 3 „selbstverständlich“ - so der angefochtene Beschluss, S. 4/5 - auch im Rahmen der Gesamtbehandlung eine maßgebliche Rolle spielen können. Es gibt vielmehr Hinweise darauf, dass der von der Markenabteilung ohne Belege unterstellte Zusammenhang gerade nicht besteht. Aus dem Abdruck vom Internetauftritt einer Orthopädischen Praxis aus Münster (www.muens-

ter.de), der Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2013 war, heißt es unter der Überschrift „Mesolift - Ästhetische Mesotherapie“ nämlich u. a.: „Zu beachten ist: Zwei Tage vor der Mesotherapie ... Hautreinigung nur mit Wasser und Seife, keine Pflegecremes, Körpermilch oder -puder auf die zu behandelnde Stelle geben. ... 24 Stunden nach der Behandlung keine Vollbäder, Sauna, Massagen, Packungen und Lymphdrainagen ...“.

Auf diesen Vorhalt hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 13. Dezember 2013 unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung seiner Vorsitzenden und entsprechendem Beweisantritt vorgetragen, die zitierte Aussage gelte nur für übliche Pflegecremes und Kosmetika, in der medizinischen Mesotherapie würden indes spezielle dermatologische Cremes zur Vermeidung von Infektionen und zur optischen Abdeckung der Rötungen verwendet werden; in diesem Zusammenhang hat er die Produkte „CICAPLAST WUNDPFLEGE-CREME“, „Exfoliac Creme“ und „Postopyl+“ genannt.

Dieser Vortrag ist schon deswegen unbeachtlich, weil er sich nicht zu der in der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2013 ausdrücklich als entscheidungserheblich dargestellten Frage verhält, ob dies bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke der Fall war; auch die eidesstattliche Versicherung der Vorsitzenden des Antragstellers macht dazu keine Angabe. Davon abgesehen handelt es sich bei den konkret benannten Produkten nicht um kosmetische Mittel, wie sie die angegriffene Marke beansprucht, sondern um pharmazeutische Erzeugnisse, die der Warenklasse 5 zuzurechnen sind.

Ausweislich der Recherchebelege des Senats, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2014 waren (vgl. die Anlagen zum Protokoll der mündlichen Verhandlung), wird „Noreva Postopyl+“ als „die Heilung aller oberflächlichen Verletzungen förderndes bzw. beschleunigendes“ und

„keimhemmendes“ Mittel beschrieben. „Noreva EXFOLIAC Creme“ benennt als „Indikationen“ „zur Akne neigende Haut“ und „Neigung zu perioraler Dermatitis, zu Rasazea, zu mikrobiellem Ekzem sowie zu Entzündungsreaktionen durch einwachsende Haare nach der Rasur“ und soll u. a. „die bakterielle Vermehrung auf der Haut hemmen“, „die Barrierefunktion verbessern“, „die Talgsekretion regulieren“, „hydratisierend und reizlindernd“ wirken und die „Haut glätten“. Auch „CICAPLAST WUNDPFLEGE CREME“ tritt als pharmazeutisches Präparat auf, wenn als „Indikationen“ „Beeinträchtigungen der Haut durch Reizungen, Hautflechten, Risse, nach dermatologischen Eingriffen, Narbenbehandlung“ genannt werden. „CICAPLAST“ soll „dank seiner Zusammensetzung die Hautbarriere erneuern“, „die Bildung neuer Hautzellen anregen und der Narbenbildung vorbeugen“. Mit den von der Streitmarke insoweit allein („nämlich“) beanspruchten kosmetischen „Haut- und Gesichtscremes, Haut- und Gesichtslotionen“ haben diese Produkte nichts zu tun.

Soweit der Antragsteller weiter vorgetragen hat, die „medizinische Mesotherapie“ werde seit jeher zur Behandlung der Kopfhaut angeboten, weshalb das Angebot von „Haarwässern“ in Zusammenhang mit der „medizinischen Mesotherapie“ ebenfalls naheliegend sei, kann dem ebenfalls nicht beigetreten werden. Eine begleitende Anwendung „Mesotherapie“-spezifischer „Haarwässer“ im Zusammenhang mit einer „Mesohair-Behandlung“ bei „nicht krankheitsbedingtem Haarausfall“ ergibt sich jedenfalls nicht - und erst recht nicht stichtagsbezogen - aus dem vom Antragsteller vorgelegten Auszug aus dem Internetauftritt der G&R GmbH / Haarwunschzentrum vom 23. Januar 2014 (Anlage A 15).

(7.) Hinsichtlich der beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 „Durchführung von kosmetischen Dienstleistungen im Bereich Wellness/Massagen“ ist ein beschreibender Gehalt von „Mesotherapie“ zum Anmeldetag der angegriffenen Marke ebenfalls nicht feststellbar. Im Gegenteil

sind derartige Behandlungen nach der oben zitierten Fundstelle „Mesolift-Ästhetische Mesotherapie“ ausdrücklich kontraindiziert.

(8.) Schließlich ist auch hinsichtlich der in Klasse 41 beanspruchten Dienstleistung „Veranstaltung von Schulungen und Seminaren auf dem Gebiet der Rhetorik“ ein beschreibender Gehalt von „Mesotherapie“ zum Tag der Anmeldung der angegriffenen Marke nicht zweifelsfrei feststellbar. Insoweit hat sich die Markenabteilung auf zwei von dem Antragsteller vorgelegte Ausdrücke aus dem Internet gestützt (Anlage A5). Aus dem Auszug vom Internetauftritt www.shoppssl.de ergibt sich, dass dort am 28. Juni 2010 neben Informationen über „Wirkstoffe Meso-Lifting“ für „Kosmetikerinnen“ ein „Seminar Verkaufstraining, Marketing und Warenpräsentation“ angeboten wurde. In einem Schulungsprogramm auf dem Internetauftritt www.labiocome-cosmetics.de vom 28. Juni 2010 finden sich neben einer „Ausbildung zur „meso | Therapeutin“ auch „Verkaufsschulungen“ und „NLP Seminare/Rhetorik“. Insoweit ist schon nicht ersichtlich, ob und inwieweit überhaupt ein spezifischer Zusammenhang zwischen „Mesotherapie“ und „Verkaufsschulung“ bzw. „Rhetorik“-Seminar besteht. Jedenfalls sind Belege dafür, dass es Kurse - etwa mit dem Thema: Führung eines Verkaufsgesprächs „Mesotherapie“ - bereits zum Anmeldezeitpunkt der angegriffenen Marke gab, nicht vorgelegt worden; dies ist auch sonst nicht ersichtlich. Eine Feststellung, dass es zum Anmeldetag für die angesprochenen Verkehrskreise erwartbar bereits „Rhetorik-Kurse mit einer Fokussierung auf die Vermarktung der Mesotherapie“ gegeben haben könnte, ist auf dieser Grundlage nicht möglich.

(9.) Nach alledem kann nicht festgestellt werden, dass die angegriffene Marke zum Tag ihrer Anmeldung für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen unmittelbar oder auch nur mittelbar beschreibend und damit nicht unterscheidungskräftig war.

3. Wegen ihres fehlenden beschreibenden Inhalts unterliegt die angegriffene Marke, die zudem mit dem vertikalen Strich, einem Verkettungszeichen, das Möglichkeiten der Worttrennung anzeigt (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl., S. 9, unter 6.) über eine grafische Gestaltung verfügt, auch keinem Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.
4. Anhaltspunkte für eine Bösgläubigkeit des Antragsgegners im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Allein das Vorliegen eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 MarkenG, auf das sich der Antragsteller insoweit stützt, würde ohnehin nicht zur Bösgläubigkeit führen (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 712).
5. Die Beschwerde des Antragsgegners hat damit Erfolg.
6. Für die vom Antragsteller angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand kein Anlass. Eine grundsätzliche Rechtsfrage (vgl. § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) steht nicht im Raum. Auch für das Vorliegen der weiteren Zulassungsgründe des § 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist weder etwas ersichtlich noch vom Antragsteller vorgetragen.
7. Eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen war nicht veranlasst (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

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 ergangen 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

Winter

Jacobi

CI