



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 503/13

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2012 013 619.2

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 23. April 2014 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, des Richters k.A. Portmann und der Richterin Grote-Bittner

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Anmelders wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen und Markenamts vom 21. November 2012 aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Ware „Babykost“ zurückgewiesen worden ist.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde des Anmelders zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

vital4age

ist am 08. Februar 2012 für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepreparate für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmittel für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide;

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Waren- und Dienstleistungspräsentation für Dritte, insbesondere im Internet; Werbung im Internet für Dritte; vorgenannte Dienstleistungen insbesondere im medizinischen, pharmazeutischen Wellness- und Gesundheitspflegebereich; Groß- und Einzelhandelsdienstleistungen mit Waren der Klassen 1 bis 33, insbesondere mit medizinischen und pharmazeutischen Waren sowie Körper- und Schönheitspflegemitteln; Marketing für Dritte in digitalen Netzen; Bereitstellung von Bewertungsrückmeldungen und Leistungsbewertungen im Internet über Waren, Dienstleistungen oder Handelspartner durch Dritte; Vermittlung von Putz- und Pflegepersonal;

Klasse 44: Medizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen

angemeldet worden. Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diese unter der Nummer 30 2012 013 619.2 geführte Anmeldung nach vorheriger Beanstandung durch Beschluss einer Beamtin des gehobenen Dienstes teilweise, nämlich für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepreparate für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster;

Klasse 35: Werbung; Waren- und Dienstleistungen für Dritte, insbesondere im Internet; Werbung im Internet für Dritte; vorgenannte Dienstleistungen insbesondere im

medizinischen, pharmazeutischen, Wellness- und Gesundheitspflegebereich;

Klasse 44: Medizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen;

zurückgewiesen, weil der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung in Bezug auf diese beanspruchten Produkte sowohl das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wie auch ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstünde. Es handele sich um eine englischsprachige Wortkombination mit den Bestandteilen „vital“ mit der Bedeutung von „leistungsstark, lebenswichtig“, der zentral eingefügten Ziffer „4“, in der englischen Sprache identisch mit „for“/“für“, und „age“, dem englischsprachigen Wort für „Alter“. Der Verkehr, dem englischsprachige Begriffe aus der Werbung und insbesondere auch im Kosmetik- und Ernährungsbereich geläufig seien, und der daran gewöhnt sei, ständig mit neuen Begriffen konfrontiert zu werden, werde das Zeichen in seiner Gesamtheit im Sinne von „vital/leistungsstark/lebenswichtig fürs Alter“ verstehen. Im Zusammenhang mit den zurückgewiesenen Waren der Klasse 5 werde der Verkehr in der angemeldeten Bezeichnung nur einen Sachhinweis dahingehend erkennen, dass diese Waren speziell für das Alter wichtige Inhaltsstoffe enthielten und zu einer Vitalität führen bzw. Vitalität für das Alter versprechen würden. In Verbindung mit den streitgegenständlichen Dienstleistungen liege ein enger beschreibender Bezug nahe, da diese Dienstleistungen „Vitalität fürs Alter“ versprechen bzw. anpreisen könnten oder diese Dienstleistungen mit Produkten erfolgen könnten, die „Leistungsstärke fürs Alter“ garantieren würden. Hinsichtlich der streitgegenständlichen Dienstleistungen der Klasse 44 beschränke sich der Aussagegehalt der angemeldeten Wortmarke auf die Zweckbestimmung und Ausrichtung dieser Dienstleistungen, zumal diese Dienstleistungen üblicherweise für Gesundheit, Lebensfreude und Entspannung sorgen und zu einer gesteigerten Vitalität in jedem Alter beitragen könnten. Die angemeldete Bezeichnung verfüge über keine schutzbegründende Mehrdeutigkeit und

weise auch keine über die bloße Summe ihrer Bestandteile hinausgehenden Besonderheiten auf. Unerheblich sei, dass die angemeldete Marke lexikalisch nicht nachweisbar sei, da der Verkehr gewohnt sei, mit neuen Wortzusammensetzungen konfrontiert zu werden, welche ihm Sachinformationen in einprägsamer Form übermitteln würden. Vorliegend sei kein „sprechendes Zeichen“ gegeben, sondern die angemeldete Bezeichnung vermittele nur einen beschreibenden Sachbezug, der sich dem angesprochenen Verkehr unmittelbar erschließe. Auf aus seiner Sicht vergleichbare Voreintragungen könne sich der Anmelder nicht erfolgreich berufen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders.

Der Anmelder ist der Auffassung, dass die angemeldete Bezeichnung unterscheidungskräftig sei. Es handele sich insoweit nicht um einen in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehenden Sachhinweis, da die Bezeichnung diese Produkte nicht direkt und unmittelbar beschreiben würden. Die angemeldete Wortmarke stelle auch keine Bezeichnung oder Angabe dar, die aus gebräuchlichen Wörtern der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehe. Schließlich weise das Zeichen hinsichtlich der beanspruchten Produkte auch keinen engen beschreibenden Bezug auf, zumal die Bezeichnung auch über keine solche Bekanntheit verfüge, die die Annahme rechtfertigen würde, dass sie nicht als Unterscheidungsmittel aufgefasst werde. Vielmehr könne dem Gesamtzeichen „vital4age“ der markenrechtliche Schutz nicht versagt werden. Soweit die Markenstelle hinsichtlich des Gesamtzeichens von der Bedeutung „Vital fürs Alter“ ausgehe, erfordere dies mehrere Gedankenschritte, die der Durchschnittsverbraucher nicht nachvollziehen werde. Zum einen gliedere die Markenstelle das Anmeldezeichen in die Bestandteile „vital“, „4“ und „age“ auf, setze in weiteren analysierenden Gedankenschritten die Bestandteile „4“ mit „für“ und „age“ mit „Alter“ gleich und kombiniere in einem weiteren Gedankenschritt die einzelnen Markenelemente zu dem Slogan „vital/leistungsstark/lebenswichtig fürs Alter“ oder „Leistungsstärke fürs Alter“ bzw. „altersspezifische Vitalität“. Die Mar-

kenstelle habe aber selbst ausgeführt, dass die Gesamtbezeichnung in ihrer Bedeutung „verschiedene Facetten“ aufweise. Diese Mehrdeutigkeit spreche aber für die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke. Zudem handele es sich um eine ungewöhnliche Wort-Zahl-Kombination, innerhalb derer kein Bestandteil hervorstechen, so dass die angemeldete Bezeichnung auch unter diesem Aspekt als betrieblicher Herkunftshinweis geeignet sei. Ferner zeige die häufige Verwendung der Zahl „4“ i.V.m. englischsprachigen Begriffen in Marken wie „fit 4 age“ (eingetragen unter Nr. 307 42 436) für „Babykost“, „SMILE 4 BEAUTY“ (eingetragen unter Nr. 305 26 359) für „medizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen, insbesondere im Bereich der Zahnkosmetik, Zahnreinigung, Zahnprophylaxe, Dienstleistungen eines Zahnarztes“, „Fruits 4 you“ (eingetragen unter Nr. 302 52 292) für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ und „Doc 4 kids“ (eingetragen unter Nr. 301 64 417) für „ärztliche Versorgung, Gesundheits- und Schönheitspflege“, dass solche Kombinationen Unterscheidungskraft aufweisen könnten. Vorliegend gelange die Markenstelle erst nach einer unzulässigen, zergliedernden Betrachtungsweise und mittels Rückschlüssen zu der Auffassung, dass der Verkehr die angemeldete Bezeichnung als Synonym für „altersspezifische Vitalität, mit der subjektive Eindrücke verbunden sind“, verstehe. Die angemeldete Bezeichnung stelle vielmehr eine einprägsame Marke dar, wecke die Aufmerksamkeit des Verbrauchers und werde nicht nur als bloße Werbeanpreisung, sondern im Sinne einer „sprechenden Marke“ als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden. Hinsichtlich der zurückgewiesenen Waren der Klasse 5 habe die Markenstelle zudem theoretische Bedeutungsinhalte des angemeldeten Zeichens zugrunde gelegt, was für eine Verneinung der Unterscheidungskraft nicht ausreiche. Der Verbraucher werde bei Produkten wie Arzneimitteln, Pflaster, Babykost kaum an vitalisierende Produkte fürs Alter denken und die - ohnehin von der Markenstelle in unzulässiger Weise ermittelte - Bedeutung „vital fürs Alter“ keineswegs ohne weiteres mit diesen Waren in Verbindung bringen. Auch bei den zurückgewiesenen Dienstleistungen der Klasse 35 habe die Markenstelle den angefochtenen Beschluss lediglich auf theoretische Möglichkeiten einer beschreibenden Sachangabe gestützt und insoweit die Schutzfähigkeit zudem nicht unab-

hängig von den beanspruchten Produkten der Klasse 5 beurteilt. In Bezug auf die zurückgewiesenen Dienstleistungen der Klasse 44 weise das angemeldete Zeichen keinen unmissverständlichen, klar erkennbaren Bedeutungsgehalt auf, der eine Zurückweisung rechtfertigen könnte. Die angemeldete Bezeichnung enthalte auch keine freihaltebedürftige Angabe. Schließlich habe sich die Markenstelle auch nicht hinreichend mit den vom Anmelder genannten Voreintragungen auseinandergesetzt.

Der Anmelder beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. November 2012 aufzuheben, soweit die Markenmeldung zurückgewiesen worden ist.

Der Anmelder hat seinen mit Beschwerdeerhebung hilfsweise gestellten Antrag auf mündliche Verhandlung mit Schriftsatz vom 5. Februar 2014 zurückgenommen. Der bereits bestimmte Verhandlungstermin ist daraufhin aufgehoben worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze des Anmelders und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere statthaft (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 MarkenG). Die Beschwerde hat jedoch nur in Bezug auf die Ware „Babykost“ Erfolg. Insoweit ist die Beschwerde begründet und im Übrigen unbegründet. Entgegen der Auffassung des Anmelders fehlt dem angemeldeten Zeichen „vital4age“ in Bezug auf nahezu alle streitgegenständlichen Waren und

Dienstleistungen der Klassen 5, 35 und 44 jegliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), so dass die Markenstelle die Anmeldung insoweit zu Recht zurückgewiesen hat (§ 37 Abs. 1 MarkenG). Lediglich hinsichtlich der Ware „Babykost“ kann der angemeldeten Marke nicht jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden, so dass der angefochtene Beschluss insoweit aufzuheben ist.

A. Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. u.a. EuGH GRUR 2004, 428, Tz. 30, 31 - Henkel; BGH GRUR 2006, 850, Tz. 17 - FUSSBALL WM 2006). Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH 2006, 850, Tz. 19 - FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674, Tz. 86 – Postkantoor). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft u.a. aber auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren zwar nicht unmittelbar betreffen, mit denen aber ein enger beschreibender Bezug zu dem betreffenden Produkt hergestellt wird (BGH - FUSSBALL WM 2006 a.a.O.).

Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen an (Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8, Rdn. 29, 30). Die beanspruchten Produkte der Klasse 5 und 44 sind an die breiten Kreise inländischen Verbraucher gerichtet, die Waren der Klasse 5 zudem auch an Fachleute, nämlich an Ärzte, Pflegepersonal, Apotheker u.a.. Die Dienstleistungen der Klasse 35 sind in erster Linie an Geschäftsleute bestimmt.

1. Bei der angemeldeten Marke handelt es sich mit den Wortbestandteilen „vital“ und „age“ sowie dem zwischen diesen platzierten Zahlenelement „4“ verbunden zu „vital4age“ um eine Aneinanderreihung zweier beschreibender Begriffe verbunden mit einer Zahl als Synonym zu einem verständlichen, schlagwortartigen Sachbegriff in Bezug auf nahezu alle streitgegenständlichen Produkte. Zwar ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass sich selbst Sachangaben durch ihre Zusammenstellung zu einem kennzeichnungskräftigen Zeichen verbinden. Voraussetzung hierfür wäre aber, dass ein merklicher und schutzbegründender Unterschied zwischen der Kombination und der bloßen Summe ihrer Bestandteile besteht (vgl. EuGH GRUR 2006, 680, Tz. 39 - 41 Biomild). Das angemeldete Zeichen weist auch keine solche ungewöhnliche Struktur oder weitere Besonderheiten syntaktischer oder semantischer Art auf, die von einem rein sachbezogenen Aussagegehalt wegführen könnten, was im Einzelnen noch ausgeführt wird. Bereits die Konzeption des Anmeldezeichens ist, wie die vom Anmelder selbst beispielhaft genannten Zeichen zeigen, nicht ungewöhnlich, sondern weit verbreitet und als allgemein bekannt anzusehen.

Ausgehend von den genannten Grundsätzen weist das angemeldete Zeichen „vital4age“ in Bezug auf die im Beschwerdeverfahren streitgegenständlichen Produkte – ausgenommen die Ware „Babykost“ – keine Unterscheidungskraft auf. Das Anmeldezeichen ist insoweit nicht geeignet, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft dieser Waren und Dienstleistungen zu dienen. Denn der angesprochene Verkehr wird die Wort-Zahlenkombination „vital4age“ in diesem Zusammenhang ausschließlich als sachbezogenen, werbeüblichen Hinweis in dem Sinne verstehen, dass diese Produkte in welcher Form auch immer die „Vitalität“ im „Alter“ unterstützen oder erhöhen können. Damit werden die Verbraucher und erst recht die teilweise angesprochenen Fachleute die Bezeichnung als einen Hinweis auf wesentliche Merkmale der angebotenen Produkte auffassen. Dieser Aussagekern des Anmeldezeichens steht dabei im Vordergrund und wird entgegen der Auffassung des Anmelders vom Publikum nicht nach Art eines sprechenden Zeichen in

vager und unterschwelliger Form nahegebracht, sondern erschließt sich ihm unmittelbar und ohne Interpretationsaufwand.

Das angemeldete Zeichen ist ohne weiteres als eine Wort-Zahlen-Kombination erkennbar, die mit „vital“ und dem zum Grundwortschatz der englischen Sprache gehörenden Begriff „age“ aus zwei allgemein verständlichen Begriffen und der zwischen diesen Wörtern platzierten Zahl „4“ zusammengesetzt ist. Das Wortelement „vital“ hat in der deutschen und englischen Sprache die Bedeutung von „vital“, „lebenswichtig“, „leistungsstark“ bzw. „lebenskräftig“ (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., 2007, S. 1852, auf das die Markenstelle im angefochtenen Beschluss (Seite 5) verwiesen hat) und der englische Wortbestandteil „age“ bedeutet „Alter“. Die Zahl „4“ wird in der englischen Sprache wie „for“ (= für) ausgesprochen und in dieser Bedeutung vielfach auch als entsprechendes Synonym im Inland verwendet (s. hierzu Ausführungen in mehreren Beschlüssen des Bundespatentgerichts, z.B. 33 W (pat) 153/01 – 4students; 33 W (pat) 174/04 – 4FOUNDERSGROUP [PAVIS PROMA-Beschlussauszüge sind dem Anmelder mit Beanstandungsbescheid vom 30. März 2012 übermittelt worden, Bl. 7/8 der Patentamtsakte und zudem auf der Homepage des Bundespatentgerichts zu finden] sowie 30 W (pat) 163/01 – click4cash; 27 W (pat) 143/01 – 4fun; 33 W (pat) 548/10 – Do it 4 you; jeweils zugänglich über die Homepage des Bundespatentgerichts]).

Die angesprochenen Verkehrskreise werden daher die angemeldete Wort-Zahlenkombination „vital4age“ in ihrer Gesamtheit ohne weiteres als „vital“ bzw. „lebenswichtig fürs Alter“ bzw. „leistungsstark fürs Alter“ auffassen und mit dieser Bedeutung in Verbindung mit den streitgegenständlichen Waren der Klasse 5 – mit Ausnahme von „Babykost“ – ausschließlich als werblich anpreisenden Sachhinweis dahingehend erkennen, dass diese Waren speziell für Menschen ab einem gewissen Alter geeignet und bestimmt sind oder insbesondere „altersgerecht“ zusammengesetzt sind und deshalb zur Erhaltung bzw. Erhöhung der Vitalität beitragen können. Auf dem Markt wird eine Vielzahl von für ältere Menschen bestimmten „pharmazeutischen Erzeugnissen“, „Hygienepräparaten für medizinische Zwecke“

und auch „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke (z.B. bei sogenannter Altersdiabetes, früher Typ2-Diabetes genannt) angeboten. Im Zusammenhang mit „veterinärmedizinischen Erzeugnissen“ wird der Verkehr „vital4age“ in entsprechender Weise ausschließlich als sachbezogenen Hinweis darauf erkennen, dass diese Produkte zur Erhaltung bzw. Erhöhung der Vitalität von Tieren fortgeschrittenen Alters bestimmt und geeignet sind. Auch können „Pflaster“ zur Erhaltung der Vitalität von Menschen im Alter eingesetzt oder verwendet werden, wie z.B. Rheumapflaster, die insbesondere von älteren Menschen benutzt werden, die häufiger als jüngere Menschen unter Rheumaerkrankungen leiden, so dass das angemeldete Zeichen „vital4age“ auch in Verbindung mit dieser Ware nur als werblich anpreisender Sachhinweis auf die Eignung bzw. Bestimmung der Ware für ältere Menschen wahrgenommen werden wird. In Verbindung mit den Dienstleistungen der Klasse 44 „Medizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen“ wird das Anmeldezeichen „vital4age“ vom Verbraucher ebenso ausschließlich als sachbezogene Anpreisung dahingehend aufgefasst, dass diese Dienstleistungen vornehmlich für ältere Menschen bzw. Erhaltung oder Erhöhung der Vitalität dieser Menschen bestimmt bzw. besonders geeignet oder auf diese ausgerichtet sind. So gibt es z.B. Kosmetikstudios und Fußpflegesalons u.Ä., die spezielle auf ältere Menschen ausgerichtete Haut- und Körperpflegeleistungen offerieren. Dies gilt gleichermaßen im dermatologischen Bereich.

Im Zusammenhang mit allen streitgegenständlichen Dienstleistungen der Klasse 35 wird das Publikum „vital4age“ ebenfalls nur als werblich anpreisenden Hinweis auf die Thematik dieser Dienstleistungen wahrnehmen, nämlich dass die „Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Waren- und Dienstleistungspräsentation für Dritte, insbesondere im Internet; Werbung im Internet für Dritte; vorgenannte Dienstleistungen insbesondere im medizinischen, pharmazeutischen Wellness- und Gesundheitspflegebereich“ sich mit älteren Menschen als Zielgruppe und ihren besonderen Lebens- und Gesundheitsbedürfnissen befasst. Bei dieser schon heute einen erheblichen Teil der deutschen Ge-

samtbevölkerung ausmachenden Altersgruppe, die sich in Anbetracht der Steigerung des durchschnittlichen Lebensalters der Deutschen und wegen des demographischen Wandels in den nächsten Jahren zahlenmäßig noch signifikant erhöhen wird, handelt es sich nicht nur wegen ihrer hohen Anzahl, sondern auch wegen ihrer häufig gegebenen guten finanziellen Ausstattung um eine überaus attraktive Zielgruppe, die heute schon, insbesondere im Gesundheitsbereich im weiteren Sinne ein eigenes Geschäftsfeld einnimmt, so dass für das Publikum bei dem Zeichen „vital4age“ in Verbindung mit den vorgenannten Dienstleistungen der Klasse 35 ein entsprechender werblich anpreisender, sachbezogener Hinweis überaus naheliegend ist. Auch in Bezug auf die weiteren beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen der Klasse 35, nämlich „Groß- und Einzelhandelsdienstleistungen mit Waren der Klassen 1 bis 33, insbesondere mit medizinischen und pharmazeutischen Waren sowie Körper- und Schönheitspflegemitteln; Marketing für Dritte in digitalen Netzen; Bereitstellung von Bewertungsrückmeldungen und Leistungsbewertungen im Internet über Waren, Dienstleistungen oder Handelspartner durch Dritte; Vermittlung von Putz- und Pflegepersonal“, wird das Publikum „vital4age“ unmittelbar und ohne Interpretationsaufwand lediglich als einen werblich anpreisenden Sachhinweis auf das Thema im vorgenannten Sinne, und daher nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen.

Dass das Anmeldezeichen nicht lexikalisch nachweisbar ist und es sich um eine Neuschöpfung handelt, wenn auch die Zeichenkonzeption aus kombinierten Wort- und Zahlenelementen bereits gut bekannt ist, vermag - entgegen der Auffassung des Anmelders - für sich genommen eine hinreichende Unterscheidungskraft nicht zu begründen (vgl. dazu auch Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8, Rdn. 139).

Soweit der Anmelder auf Voreintragungen von aus seiner Sicht vergleichbarer Anmeldezeichen verweist, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Bestehende Eintragungen sind zwar zu berücksichtigen, vermögen aber keine für den zu entscheidenden Fall rechtlich bindende Wirkung zu entfalten. Dies hat der EuGH

mehrfach entschieden (ständige Rspr., vgl. EuGH GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u.a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229, Tz. 47-51 - BioID; GRUR 2004, 674, Tz. 42-44 - Postkantoor; GRUR 2004, 428 Tz. 63 - Henkel). Dies entspricht auch ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundespatentgerichts (vgl. BGH GRUR 2011, 230, Tz. 12 – SUPERgirl; GRUR 2008, 1093 Tz. 18 - Marlene-Dietrich-Bildnis; BPatG MarkenR 2010, 145 - Linuxwerkstatt; GRUR 2007, 333 - Papaya). Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen ist. Aus dem Gebot rechtmäßigen Handelns folgt, dass sich niemand auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen.

2. Dagegen kann entgegen der Auffassung der Markenstelle dem angemeldeten Zeichen „vital4age“ in Bezug auf die Ware „Babykost“ nicht jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden, da bei diesem für Kleinkinder bestimmten Produkt ein sachbezogener Hinweis im Sinne von „vital“ bzw. „lebenswichtig fürs Alter“ nicht naheliegend erscheint. Ausgehend hiervon können die angesprochenen Verkehrskreise das Anmeldezeichen in diesem Zusammenhang als betrieblichen Herkunftshinweis wahrnehmen.

3. Soweit die Markenstelle im angefochtenen Beschluss das angemeldete Zeichen für „Waren- und Dienstleistungen für Dritte, insbesondere im Internet“ zurückgewiesen hat, der Anmelder laut Markenmeldung aber „Waren- und Dienstleistungspräsentation für Dritte, insbesondere im Internet“ beansprucht, besteht kein Anlass, die Sache insoweit an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen, zumal die Sache entscheidungsreif ist. Eine Zurückverweisung nach § 70 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 MarkenG ist nicht angezeigt. Es liegt eine Entscheidung des Patentamts vor, wenn auch über eine zur beanspruchten etwas anders formulierte Dienstleistung, die aber nach der Beschlussbegründung der Marken-

stelle auch bei richtiger Bezeichnung wohl nicht anders ausgefallen wäre, so dass eine Zurückverweisung mit dem Gebot der Prozessökonomie nicht vereinbar erscheint.

B. Gegen diesen Beschluss kann der Anmelder das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. 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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Portmann

Grote-Bittner

Hu