



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 33/13

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2009 042 812.3

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 24. September 2014 unter Mitwirkung des Richters Reker als Vorsitzendem sowie der Richterin Eder und des Richters Dr. Himmelmann

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Markenstelle für Klasse 20 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung der für die Waren

„Klasse 6 Bauten aus Metall, Schilder aus Metall, Poller aus Metall;

Klasse 20 Werbevitrine, Sitzbänke;

Klasse 21 Abfallbehälter, Pflanzkübel“

bestimmten Wortmarke

Avus

mit Beschluss vom 13. September 2010 teilweise, nämlich für die Waren

„Bauten aus Metall, Schilder aus Metall; Werbevitrine, Sitzbänke“

zurückgewiesen, weil es sich bei der angemeldeten Marke um eine für diese Waren beschreibende Angabe handele (§ 37 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Die dagegen von den Markenanmeldern eingelegte Erinnerung hat die Markenstelle mit Beschluss vom 19. Februar 2013 zurückgewiesen.

Zur Begründung hat die Markenstelle ausgeführt, das Wort "Avus" sei die im Verkehr übliche und dem Allgemeinverkehr bekannte Abkürzung für die "Automobil-, Verkehrs- und Übungsstraße" im Südwesten Berlins. Die fragliche Straße sei nunmehr zwar ein Teilstück der Bundesautobahn A 115, sei aber aufgrund ihrer

Geschichte als erste ausschließliche Autostraße Europas, als Autorennstrecke bis zum Jahre 1998 und als Versuchsstrecke für den Straßenbau den inländischen Verkehrskreisen allgemein bekannt. Zudem stünden einige Bereiche der ehemaligen AVUS unter Denkmalschutz, wobei es auch Pläne für eine zukünftige Nutzung gebe, wie sich aus den von den Anmeldern im Eintragungsverfahren vorgelegten Unterlagen ergebe. Die angemeldete Marke könne im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung der versagten Waren "Schilder aus Metall, Bauten aus Metall; Werbevitrine, Sitzbänke" dienen. Der Verkehr erkenne in der Bezeichnung "Avus" einen Hinweis darauf, dass die so bezeichneten Waren zur Verwendung an bzw. auf der AVUS bzw. im Zusammenhang mit der AVUS geeignet und/oder bestimmt seien. Schilder aus Metall mit dem Schriftzug "Avus" könnten als Werbe- und/oder Hinweisschilder auf der heutigen Bundesautobahn 115, die teilweise auf der Strecke der alten Berliner Rennstrecke AVUS verläuft, aufgestellt werden oder für diese bestimmt und/oder geeignet sein. Die Waren "Bauten aus Metall" und "Sitzbänke" könnten so beschaffen sein, dass sie für die Instandsetzung und/oder Erhaltung der noch vorhandenen, denkmalgeschützten Tribüne der AVUS geeignet seien. Die Ware "Werbevitriolen" könne der geschärften Wahrnehmung markanter Punkte rundum oder entlang der AVUS dienen. Diese Beurteilung stehe im Einklang mit der Aussage der Anmelder, die Produkte, die sie mit der Bezeichnung "Avus" versehen wollten, seien ausschließlich für den Berliner Stadtraum im Bereich der Berliner Verkehrsbetriebe vorgesehen.

Gegen die teilweise Zurückweisung ihrer Anmeldung wenden sich die Anmelder mit der Beschwerde. Sie sind der Ansicht, das angemeldete Zeichen sei weder beschreibend noch fehle ihm jegliche Unterscheidungskraft. Es sei zwar richtig, dass das Wort "Avus" einen Teil einer Autobahn im Südwesten von Berlin bezeichne. Diese Strecke stelle jedoch weder einen Bau noch ein Schild aus Metall, eine Werbevitrine oder eine Sitzbank dar. Insbesondere seien diese Waren auch nicht zur Verwendung an bzw. auf der Avus geeignet oder bestimmt. Es sei nicht möglich, Werbevitriolen an oder auf der Avus aufzustellen, da es sich um eine Autobahn handle und sich rechts und links davon der Grunewald befinde, dessen Baumbestand bis zum Straßenrand reiche, so dass dort nichts aufgestellt werden könne. Dem Verkehr sei zudem nicht bekannt, dass an der Avus noch Reste der ehemaligen Tribüne vorhanden seien, so dass der Verkehr keinen Bezug zwischen den beanspruchten Waren "Sitzbänke" und der Avus herstelle. Die Tribüne

bestehe zudem aus Beton und nicht aus Stahl und die ehemaligen Sitzbänke der Avus-Tribüne seien aus Holz gefertigt gewesen. Ein Umbau der Avus-Tribüne durch die private Eigentümerin sei zwar geplant, aber bisher nicht erfolgt. Ferner solle das Areal dem nahegelegenen Messegelände zugeordnet werden, weswegen der Verkehr diesen Bereich nicht mehr mit der Avus in Verbindung bringen werde. Die versagten Waren stünden thematisch mit einer Autobahn überhaupt nicht im Zusammenhang. Werbevitruinen befänden sich normalerweise auf ausgedehnten Bürgersteigen an Prachtstraßen oder Flaniermeilen, da das Aufstellen einer Werbevitruine nur dann Sinn mache, wenn der vorbeiflanierende Fußgänger auch davon Notiz nehmen könne, anders als ein vorbeirasender Autofahrer. Außerdem dürften an Fernstraßen keine Werbeanlagen errichtet werden. Ähnliches gelte für Sitzbänke. Niemand wolle sich auf eine Bank an der Autobahn setzen. Auch für weitere Bauten sei an der Avus kein Platz oder Bedarf. Für den Großteil der Bevölkerung stelle das Wort "Avus" einen Phantasiebegriff dar. Lediglich den Bewohnern des Berliner Südwestens sei bewusst, dass ein Autobahnabschnitt „Avus“ heiße. Bei "Avus" handele es sich auch um keine schutzunfähige geographische Herkunftsangabe, denn als solche kämen lediglich bekannte Straßen oder Plätze in Betracht, und diese auch nur dann, wenn ein Interesse der Allgemeinheit ersichtlich sei, auf den Sitz eines Unternehmens an dieser Stelle besonders hinzuweisen (BPatGE 4, 74 - Champs-Elysees; BPatGE 7, 53 - Broadway; BPatGE 12, 215 - Park Avenue). Die Avus weise dazu keine ausreichende Bekanntheit auf. Die versagten Waren wiesen auch keinen thematischen Zusammenhang mit einer Autobahn auf. Es sei daher nicht erkennbar, dass Wettbewerber den Begriff "Avus" zur Bezeichnung von Metallbauten oder Stadtmöbeln benötigten. Der Begriff "Avus" weise auch die nötige Unterscheidungskraft auf, da der Verkehr darin keine beschreibende Angabe für die versagten Waren sehe. Ergänzend verweist die Markenansmelderin auf ihrer Ansicht nach mit der angemeldeten Marke vergleichbare, als schutzfähig erachtete Marken.

Die Markenansmelder beantragen sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 20 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. September 2010 und 19. Februar 2013 aufzuheben.

II

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist unbegründet. Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um eine Angabe, die für die Waren „Bauten aus Metall, Schilder aus Metall; Werbevitrine, Sitzbänke“ zur Bezeichnung der Bestimmung, aber auch der Beschaffenheit dieser Waren dienen kann (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) und der angesichts ihres beschreibenden Begriffsgehalts für die versagten Waren auch jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Nach der Vorschrift des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Diese auf Art. 3 Abs. 1 Buchst. c MarkenRL beruhende Vorschrift verfolgt das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass beschreibende Zeichen oder Angaben i. S. d. Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von jedermann frei verwendet werden können (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 - Postkantoor; BGHZ 167, 278 - FUSSBALL WM 2006).

Maßgeblich für die Beurteilung der Schutzfähigkeit einer angemeldeten Marke nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist in erster Linie deren objektiv beschreibender Charakter. Die subjektive Beurteilung der Marke kann Bedeutung für die Vorfrage haben, ob die Marke aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise als beschreibende Bezeichnung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen verständlich ist und deshalb im Verkehr zur Beschreibung dieser Waren und Dienstleistungen dienen kann. Die beteiligten Verkehrskreise müssen sofort und ohne weiteres Nachdenken einen konkreten und direkten Bezug zwischen der Marke und den beanspruchten Waren und Dienstleistungen herstellen können (vgl. EuGH GRUR 2010, 534 - PRANAHAUS; GRUR Int. 2010, 503 - Patentscout). Hierbei muss sich die beschreibende Bedeutung der Marke unmittelbar und nicht erst auf Grund einer näheren analysierenden Betrachtungsweise ergeben. Jedoch darf die Verständnissfähigkeit der beteiligten Verkehrskreise im Hinblick auf das Leitbild eines angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers nicht zu

gering veranschlagt werden. Die insoweit maßgeblichen Verkehrskreise definiert der EuGH als den Handel und/oder den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (vgl. EuGH GRUR 2008, 411 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 - Bostongurka). Dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass auch das Verständnis der am Handel beteiligten Fachkreise allein von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (vgl. BPatG MarkenR 2007, 527, 529 f. - Rapido). Insoweit können bereits die Kenntnisse eines relativ kleinen Teils aller beteiligten Verkehrskreise einer Markeneintragung entgegenstehen, zumal jeder Mitbewerber beschreibende Angaben frei verwenden können muss (vgl. EuGH a. a. O. - Postkantoor; a. a. O. -- PRANAHAUS).

Bei Zugrundelegung dieses rechtlichen Maßstabs ist die Eignung des angemeldeten Wortzeichens "Avus" als beschreibende Angabe für die Waren der Klasse 20 „Bauten aus Metall; Schilder aus Metall; Werbevitrine, Sitzbänke“ i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen. Das Wort "Avus" stellte, was bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt und auch die Anmelder nicht in Abrede gestellt haben, ursprünglich die Abkürzung für die im Südwesten Berlins angelegte „Automobil-, Verkehrs- und Übungsstraße“ dar. Diese Abkürzung erlangte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts deutschland- und europaweit große Bekanntheit als Austragungsort für Automobil- und Motorradrennen und wurde bekannter als die ihr zugrundeliegende lange und wenig einprägsame Bezeichnung „Automobil-, Verkehrs- und Übungsstraße“. Die Avus stellte neben dem Nürburgring, dem Hockenheimring und dem Lausitzring die bekannteste Rennstrecke auf deutschem Boden dar.

Das Wort „Avus“ wird auch heute noch von dem weitaus überwiegenden Teil des durchschnittlich informierten inländischen Verkehrs und nicht nur von den Bewohnern des Berliner Südwestens als Bezeichnung einer ehemaligen Berliner Automobil- und Motorradrennstrecke verstanden. Dies ist nicht nur auf die häufige Erwähnung der Avus im Rahmen von Berichten über die deutsche Automobilrenngeschichte, sondern auch darauf zurückzuführen, dass auch heute noch ein Teilstück der Autobahn im Berliner Südwesten auf einem Teil der ehemaligen Avus-Rennstrecke verläuft und es einen als „Avus“ bezeichneten Rasthof auf diesem Autobahnteilstück gibt, sowie darauf, dass auf diesem Teilstück, wie die Markenstelle zutreffend ermittelt und dargelegt hat, seit dem Jahre 2011 wieder eine

Auto-Rallye stattfindet, zu denen Teilnehmer und Zuschauer aus ganz Deutschland und auch aus dem Ausland anreisen (<http://rallye-avus-classic.com/>). Bei dieser Sachlage kann der Senat der Darstellung der Anmelder, der Begriff „Avus“ weise im Inland keine genügende Bekanntheit auf, um als beschreibende Angabe dienen zu können, nicht folgen.

Das Wort "Avus" stellt eine Angabe dar, mit der entgegen der Ansicht der Anmelder auf die Bestimmung und/oder die Beschaffenheit der Waren "Bauten aus Metall, Schilder aus Metall; Werbevitrine, Sitzbänke" hingewiesen werden kann. Die „Avus“ bestand nicht nur aus der Rennstrecke selbst, sondern aus weiteren Bauten und Einrichtungen am Rande ihres Verlaufs, z. B. auf bzw. im Umfeld ihrer Tribünenanlage. Zu diesen zählten u.a. auch Bauten aus Metall, denn dieser weite Oberbegriff umfasst alle Arten von Metallbauten, wie z. B. Verkaufskioske, Reporterkabinen oder -häuser und andere im Start- bzw. Zielbereich der Rennstrecke erforderliche Bauten. Zu ihnen zählten auch Schilder aus Metall, wie z. B. Hinweis- und Verbotsschilder aller Art, Werbevitriolen wie z. B. Schaukästen und Sitzbänke, z. B. im Bereich der Tribüne(n). Angesichts dieser Sachlage ist das Wort „Avus“ geeignet darauf hinzuweisen, dass es sich bei unter dieser Bezeichnung angebotenen Bauten aus Metall, Schildern aus Metall, Werbevitriolen und Sitzbänken um solche handelt, die den (Original-)Bauten, Schildern, Werbevitriolen und Sitzbänken auf der Avus nachgebildet sind bzw. dafür bestimmt sind, im Rahmen einer Restauration bzw. Rekonstruktion dieser Rennstrecke und ihrer Einrichtungen zu dienen. Die Annahme einer solchen Restauration bzw. Rekonstruktion ist keineswegs fernliegend oder nur eine theoretische Annahme, da sich den im Eintragungsverfahren vorgelegten Unterlagen und dem Sachvortrag der Anmelder entnehmen lässt, dass eine teilweise Wiederherstellung der Anlagen der ehemaligen Avus-Rennstrecke beabsichtigt bzw. jedenfalls angedacht worden ist. Bei Bauten und Ausstattungsgegenständen für den öffentlichen Bereich ist es auch nicht unüblich, auf deren Bestimmungs- bzw. Einsatzort hinzuweisen (BPatG PAVIS ROMA 29 W (pat) 3/10 - URBAN EDITION).

Die Eignung der angemeldeten Marke als eine die versagten Waren beschreibende Angabe ist auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass – wie die Anmelder vorgetragen haben – entlang des ehemaligen AVUS-Teilstücks, über das heute eine Autobahn verläuft, keine Werbevitriolen aufgestellt werden dürfen und auch

sonst nicht mit einer Aufstellung von Sitzbänken u. ä. gerechnet werden muss. Dieser Vortrag lässt nämlich außer Acht, dass sich Teile der früheren Avus-Rennstrecke und der damit im Zusammenhang stehenden Bauten abseits des Bereichs der heutigen Südwestautobahn befinden und in diesen Bereichen zukünftig sehr wohl eine zumindest teilweise Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Avus unter Ausstattung mit Sitzbänken und Werbevitruinen nicht ausgeschlossen ist.

Keineswegs fernliegend ist auch die Annahme, dass mit dem Wort "Avus" auch Dekorationsgegenstände oder Andenken an die ruhmreiche Vergangenheit der Avus ihrer Beschaffenheit nach dahingehend bezeichnet werden können, dass sie in ihrer äußeren Form denen entsprechen, wie sie in früheren Jahren auf oder an der Avus vorhanden waren (vgl. insoweit auch BPatG PAVIS PROMA 32 W (pat) 173/04 - Mythos Solitude). Insbesondere können Schilder aus Metall als solche Andenken dienen, zumal es seit langem einen Trend dahingehend gibt, seine Wohnung mit nostalgisch anmutenden Metallschildern zu dekorieren.

Der Annahme der Eignung der angemeldeten Marke als beschreibende Angabe für die beschwerdegegenständlichen Waren steht nicht entgegen, dass sie eine gewisse Unbestimmtheit dahingehend aufweist, wie die Waren für die Avus bzw. nach Art der Avus im Einzelnen ausgestaltet sind, denn die Annahme einer unmittelbar beschreibenden Sachaussage wird nicht durch jede begriffliche Unbestimmtheit einer Angabe von vornherein ausgeschlossen (BGH GRUR 2000, 882, 883 – Bücher für eine bessere Welt). Vielmehr können auch allgemeine und relativ vage Angaben als verbraucherorientierte Sachinformationen zu bewerten sein, insbesondere wenn sie sich auf umfängliche und übergreifende Sachverhalte beziehen. Bei Oberbegriffen oder Sammelbezeichnungen ist eine gewisse Allgemeinheit und Unschärfe sogar unvermeidbar, um den gewünschten möglichst weiten Bereich waren- oder dienstleistungsbezogener Eigenschaften beschreibend erfassen zu können (BGH a. a. O. – Bücher für eine bessere Welt; GRUR 2009, 952 – DeutschlandCard; GRUR 2013, 522 – Deutschlands schönste Seiten). So verhält es sich auch bei der angemeldeten Marke in Bezug auf die beschwerdegegenständlichen Waren, die mit der Angabe „Avus“ ihrer Beschaffenheit und/oder Bestimmung nach allgemein als solche bezeichnet werden können, wie sie sich auf der Avus seinerzeit befanden.

Eine Beschreibungseignung i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG setzt auch nicht voraus, dass eine Angabe bereits feste begriffliche Konturen erlangt und sich eine einhellige Auffassung zum Sinngehalt herausgebildet hat. Von einem die Waren beschreibenden Begriff kann auch auszugehen sein, wenn das Markenwort verschiedene Bedeutungen hat und nur eine der möglichen Bedeutungen die bezeichneten Waren beschreibt (BGH GRUR 2008, 900,901 - SPA II; a. a. O. - Bücher für eine bessere Welt). Eine womöglich vorliegende Bedeutungsvielfalt muss im Lichte der beanspruchten Waren und Dienstleistungen beurteilt werden. Dabei kann sich der Kreis der lexikalisch möglichen Begriffsgehalte auf einen im Vordergrund stehenden Sinngehalt reduzieren (BGH GRUR 2003, 882, 883 – Lichtenstein; Ströbele/Hacker, MarkenG, 11 Aufl., § 8 Rdn. 376 m. w. N.). Deshalb ist es unerheblich, dass das Wort "Avus" auch das lateinische Wort für "Großvater" darstellt, da dieser Begriff keinen Sachbezug zu den hier entscheidungsrelevanten Waren aufweist und zudem dem deutschen Verkehr wesentlicher weniger bekannt ist als die Rennstrecke „Avus“ in Berlin.

Der angemeldeten Marke fehlt für die Waren, für die die Markenstelle ihr die Eintragung versagt hat, auch jegliche Unterscheidungskraft.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden und die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidbar zu machen. Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, 235 - Standbeutel; GRUR 2008, 608, 611 - EUROHYPO; GRUR 2003, 604, 608 - LIBERTEL; BGH GRUR 2010, 825, 826 - MARLENE-DIETRICH-BILDNIS II; GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Ist dies nicht der Fall, widerspricht es dem Allgemeininteresse, das fragliche Zeichen durch seine Eintragung ins Register zugunsten eines Anmelders zu monopolisieren und der Nutzung durch die Allgemeinheit dauerhaft zu entziehen (vgl. EuGH a. a. O. - EUROHYPO; a. a. O. - LIBERTEL). 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 der fraglichen Waren und Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. EuGH a. a. O. - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944 - SAT 2; BGH a. a. O. - MARLENE-DIETRICH-BILDNIS II; a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, 431 - Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; MarkenR 2000, 420, 421 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Ausgehend davon fehlt einer Marke dann die nötige Unterscheidungskraft, wenn ihr ein für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden kann oder es sich um einen verständlichen Ausdruck der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache handelt, der vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solcher und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. BGH WRP 1999, 1169, 1171 - FOR YOU; WRP 1999, 1167, 1168 - YES; WRP 2000, 741 - LOGO; BGH a. a. O. - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Die erforderliche Unterscheidungskraft ist insbesondere solchen Angaben und Zeichen abzusprechen, die einen unmittelbar beschreibenden Sinngehalt aufweisen. Aber auch anderen Angaben kann die Unterscheidungskraft fehlen, etwa wenn sie sich auf Umstände beziehen, durch die ein enger beschreibender Bezug zu den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird (vgl. BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (vgl. EuGH GRUR 2004, 146, 147 f. - DOUBLEMINT; a. a. O. - Postkantoor).

Die angemeldete Marke stellt - wie zuvor in Bezug auf das Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG festgestellt worden ist - für die durch den angegriffenen Beschluss der Markenstelle versagten Waren eine für den deutschen Durchschnittsverbraucher dieser Waren allgemein verständliche beschreibende Angabe über deren Bestimmung bzw. Beschaffenheit dar. Dass die Avus selbst kein Bau oder Schild aus Metall bzw. eine Werbevitrine oder Sitzbank ist, vermag der angemeldeten Marke nicht zur Unterscheidungskraft zu verhelfen, weil nicht nur An-

gaben zur Art der beanspruchten Ware, sondern auch Angaben zur Bestimmung oder zur Beschaffenheit oder sonstigen Eigenschaften der Ware beschreibende Angaben darstellen, denen der Verkehr keinen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen entnimmt und die deshalb zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung ungeeignet sind. Somit fehlt dem angemeldeten Wortzeichen im Hinblick auf die beschwerdegegenständlichen Waren auch jegliche Unterscheidungskraft.

Der Zurückweisung der Beschwerde für die beanspruchten Waren können auch Voreintragungen identischer oder vergleichbar gebildeter Marken nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Denn diese führen weder für sich noch in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG zu einer Selbstbindung derjenigen Stellen, welche über die Eintragung zu befinden haben. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke ist keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage (vgl. EuGH MarkenR 2008, 163, 167 - Terranus; a. a. O. - Postkantor; a. a. O. - Henkel; BPatG MarkenR 2007, 351, 352 f. - Topline; GRUR 2007, 333, 335 ff. - Papaya; GRUR 2010, 423 - amazing discoveries; GRUR 2010, 425 - Volksflat). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verbietet die Markenrechtsrichtlinie es den nationalen Eintragungsbehörden und den mit der Markeneintragung befassten nationalen Gerichten, bei Bestehen eines Eintragungshindernisses dem Eintragungsbegehren allein deshalb stattzugeben, weil bereits identische oder vergleichbar gebildete Marken für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen eingetragen sind (vgl. EuGH GRUR 2009, 667, 668 - Bild.T-Online.de und ZVS).

Die Beschwerde der Anmelderin kann nach alledem keinen Erfolg haben.

Rechtsmittelbelehrung
(bei zulassungsfreier Rechtsbeschwerde)

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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Reker

Eder

Dr. Himmelmann

prä