



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 32/22

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Wortmarke 30 2019 116 204
(hier: Nichtigkeitsverfahren 0244/20 – Lösch)

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 29. Februar 2024 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Akintche und den Richter Posselt

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Der Antragsgegner und Beschwerdeführer ist Inhaber der am 12. Dezember 2019 angemeldeten und am 17. Januar 2020 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragenen Wortmarke 30 2019 116 204

HOT POTT

Die Marke genießt Schutz für Waren und Dienstleistungen aus den Klassen 11, 20, 35 und 41, nämlich

Klasse 11: Geräte zum Kochen, Erhitzen, Kühlen und Konservieren von Nahrungsmitteln und Getränken, insbesondere Grills;

Klasse 20: **Behälter, nicht aus Metall, insbesondere in Form von Fässern, Bottichen und Zubern; Zubehör für die vorstehend genannten Behälter soweit in dieser Klasse enthalten, insbesondere Rührpaddel;**

Klasse 35: **Groß- und Einzelhandelsdienstleistungen, auch über das Internet, in Bezug auf Badefässer, Badebottiche, Badezuber, Grills, Drogeriewaren, Kosmetikwaren und Haushaltswaren, Waren des Gesundheitssektors, Elektrowaren und Elektronikwaren in Form von audiovisuellen, multimedialen und fotografischen Geräten, Kopfhörern einschließlich In-Ear-Kopfhörern und kabellosen Kopfhörern, Apparaten, Instrumenten und Kabeln für Elektrizität, elektrischen Ladekabeln, Ladegeräten, Lautsprechern einschließlich tragbaren Lautsprechern, optischen Geräten und Ausrüstungen, Verstärkungsgeräten und Korrektoren, Sicherheits-, Sicherheits-, Schutz- und Signalgeräten sowie -ausrüstungen, -vorrichtungen sowie -reglern, Tonträger und Datenträger, Uhren und Schmuckwaren, Druckereierzeugnisse, Papierwaren und Schreibwaren, Täschnerwaren und Sattlerwaren, Bekleidungsartikel, Schuhe und Textilwaren, Spielwaren, Sportwaren, Lebensmittel und Getränke, Tabakwaren und sonstige Genussmittel sowie Zubehör für alle vorstehend genannten Waren;**

Klasse 41: **Vermietung von Einrichtungen für Freizeit Zwecke, Sportgeräten und -einrichtungen, Vermietung von Badefässern.**

Mit am 26. Mai 2020 beim DPMA eingegangenem Schriftsatz hat der Antragsteller unter Zahlung der Gebühr beantragt, die Wortmarke 30 2019 116 204 wegen absoluter Schutzhindernisse teilweise, nämlich für die oben **fett gedruckten** Waren und Dienstleistungen für nichtig zu erklären und zu löschen.

Der Antragsgegner und Markeninhaber hat dem ihm mit amtlichem Schreiben am 19. Juni 2020 gegen Empfangsbekanntnis zugestellten Teilnichtigkeitsantrag mit Schriftsatz vom 14. August 2020, eingegangen beim DPMA am gleichen Tag, widersprochen.

Mit Beschluss vom 22. Februar 2022 hat die Markenabteilung 3.4 die Eintragung der Wortmarke 30 2019 116 204 antragsgemäß im angegriffenen Umfang für nichtig erklärt und gelöscht.

Der Antrag auf Erklärung der Nichtigkeit und Löschung der Wortmarke 30 2019 116 204, dem fristgerecht widersprochen worden sei, sei zulässig und in der Sache im beantragten Umfang begründet. Denn der angegriffenen Marke habe bereits im Zeitpunkt der Anmeldung im beantragten Umfang die erforderliche Unterscheidungskraft gefehlt und das Schutzhindernis bestehe auch im Entscheidungszeitpunkt fort. Es handele sich bei „HOT POTT“ um ein bereits zum Anmeldezeitpunkt, wie auch noch zum Entscheidungszeitpunkt bekanntes Wort für beheizbare Badezuber. Die verfremdete Schreibweise mit zwei „TT“ sei akustisch nicht vernehmbar und werde vom Verkehr nicht wahrgenommen werden. Eine Beschränkung des Schutzbereichs auf diese Abwandlung sei nicht möglich, da die Abwandlung aufgrund der sehr geringen Eigenart entweder dem Verkehr nicht auffalle oder allenfalls für einen Schreibfehler gehalten werde. Es handele sich dabei jedenfalls um eine Sachbeschreibung, nämlich um einen Hinweis auf beheizbare Badezuber. „Hot Pot“ sei der englische Ausdruck für „heißer Kessel, Topf, Tiegel, Gefäß“. Da sich seit dem Anmeldetag Ende 2019 der Sprachgebrauch nicht nennenswert gewandelt habe, sei der Begriff dem Verkehr schon im Anmeldezeitpunkt nicht als Kennzeichen entgegengetreten, sondern als werbende und beschreibende Angabe. Aus den von dem Antragsteller eingereichten Unterlagen ergebe sich, dass der Begriff sogar bereits 2008 und 2013 verwendet worden war.

Auch eine gewisse inhaltliche Unschärfe ver helfe der Streitmarke nicht zur notwendigen Unterscheidungskraft. Eine Mehrdeutigkeit sei nicht ersichtlich, da „Hot Pot“ zwar auch „Feuertopf“ bedeuten könne, nämlich eine Zubereitungsart etwa in der chinesischen Küche. Marken müssten aber stets im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen beurteilt werden, so dass die Bedeutung des Feuertopfes im vorliegenden Zusammenhang eher abwegig sei. Darauf, dass es sich um hochpreisige Produkte handeln könne und der angesprochene Verkehr

beim Erwerb oder der Inanspruchnahme eher aufmerksam sei, komme es bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft vorliegend nicht an, da die abgewandelte Schreibweise derart unscheinbar sei, dass sie auch bei größerer Aufmerksamkeit nicht wahrgenommen werde.

Die angegriffene Marke sei schon gemäß §§ 50 Abs. 1 i. V. m. 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG im beantragten Umfang für nichtig zu erklären und zu löschen. Die Frage, ob auch ein Freihaltungsbedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe oder die Marke zu einer Gattungsbezeichnung für derartige Produkte nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geworden sei, könne daher dahingestellt bleiben.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Markeninhabers.

Er macht geltend, dass bei der Beurteilung, ob das Schutzhindernis mangelnder Unterscheidungskraft bestehe, die Marke in ihrer eingetragenen Form zugrunde zu legen und diese nicht um weitere Bestandteile zu ergänzen sei. Es sei insoweit davon auszugehen, dass die Marke auch nicht willkürlich um einzelne Buchstaben oder andere Bestandteile reduziert werden dürfe. Der Endverbraucher werde ohne Zweifel unterscheiden zwischen „HOT POTT“ und „hot pot“; denn es handle sich um ohne weiteres verständliche Kurzwörter mit drei bzw. vier Buchstaben. Solchen Kurzwörtern würde üblicherweise mit erhöhter Aufmerksamkeit begegnet. Ausgehend hiervon werde der Verkehr in schriftbildlicher Hinsicht nicht die Marke „HOT POTT“ als den Begriff „hot pot“ wahrnehmen und diese offensichtlichen Wortzusammensetzungen vermengen oder gleichsetzen. Die Verdoppelung des „T“ bei „POTT“ sei markant und steche unmittelbar ins Auge. Eine Gleichsetzung der Begriffe wäre nur unter den Bedingungen vorstellbar, dass der Begriff „hot pot“ im Gedächtnis des Durchschnittsverbrauchers eine besondere Präsenz besitze, der Verbraucher die englische Sprache beherrsche und er die Marke einer analysierenden Betrachtung unterziehe. Das sei jedoch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft unzulässig.

Der Begriff „hot pot“ sei dem Durchschnittsverbraucher gedanklich schon nicht präsent und zwar auch dann nicht, wenn er mit Badezubern konfrontiert werde. Erst Recht sei ihm der Begriff nicht derart präsent, dass er die ihm entgegentretende Marke „HOT POTT“ falsch lese und damit einen vermeintlichen Rechtschreibfehler einfach korrigieren oder überlesen werde. Werde der Durchschnittsverbraucher mit einem runden und mit heißem Wasser befüllten Holzfass bzw. Holzbottich mit Sitzmöglichkeiten konfrontiert, denke er zunächst an die Begriffe „Zuber“ oder „Badezuber“, denn diese Begriffe seien für diese Waren einschlägig und sogar im Duden eingetragen. Die u. a. auch lexikalisch erfassten Bedeutungen von „POTT“ dagegen zeigten, dass keine Gefäße mit einem zum Baden eines Menschen geeignetem Volumen gemeint seien. Demgegenüber sei zwar der Begriff „hot pot“ in Deutschland bekannt, eben aber nicht als Bezeichnung für Badezuber. So sei er auch nicht im Duden auffindbar und eine auf deutschsprachige Seiten beschränkte Suche bei Google generiere lediglich Ergebnisse für das chinesische Gericht. Bei den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Verwendungsbeispielen werde zudem „hot pot“ jeweils nicht allein erwähnt, sondern es sei immer eine Erläuterung angefügt. Auch wenn der Begriff „hot pot“ vereinzelt für Badezuber verwendet werde, könne dies nicht begründen, dass der Verbraucher die Marke „HOT POTT“ durch den vereinzelt verwendeten Begriff „hot pot“ ersetze. Dies alles finde im angegriffenen Beschluss keine Berücksichtigung. Inwieweit „HOT POTT“ in einem engen beschreibenden Zusammenhang zu „Rührpaddel“ stehen solle, sei nicht nachvollziehbar begründet worden. Paddel, insbesondere Rührpaddel würden nicht für Pötte in der erfassten Bedeutung verwendet.

Zudem setze die Auffassung des DPMA eine analysierende Betrachtung des Zeichens voraus. Denn selbst wenn der Durchschnittsverbraucher sich dafür entscheide, dass der Begriff „POTT“ eigentlich den Begriff „pot“ meinen solle, müsse er anschließend den Begriff „hot“ und den gedanklich korrigierten Begriff „pot“ als „Kessel, Tiegel, Gefäß“ übersetzen und in Verbindung mit den beanspruchten Waren zu dem Ergebnis gelangen, dass mit der gedanklich korrigierten Kombination

ein Badezuber gemeint sei. Diese Betrachtungsweise setze aber mehrere gedankliche Zwischenschritte voraus. Die Streitmarke verfüge über einen kreativen Überschuss. So kombiniere sie Begriffe aus zwei verschiedenen Sprachen, wobei der Begriff „Pott“ eine Mehrzahl an Bedeutungen aufweise, durch welche die Kombination interpretationsbedürftig werde. Schließlich belegten die Gerichtsentscheidungen zu den Zeichen „Hot“, „Hot Sox“, „Hot Chocolate“ und die Voreintragung zu „FRUCHT POTT“, dass die Annahme einer Schutzunfähigkeit des Streitzeichens nicht im Einklang mit der Rechtsprechung und Eintragungspraxis stehe. Nach alledem sei die Marke schutzfähig und nicht zu löschen.

Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des DPMA vom 22. Februar 2022 aufzuheben und den Nichtigkeitsantrag zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner hat sich im Beschwerdeverfahren weder zur Sache geäußert noch hat er einen Antrag gestellt.

Im Amtsverfahren hat er geltend gemacht, dass die Bezeichnung „Hot Pot“ im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung von beheizbaren Badezubern aus Holz verwendet werde. Der Begriff „Hot Pot“ werde sowohl von Herstellern als auch von Nutzern generisch für beheizbare Badezuber aus Holz verwendet. Es handele sich somit um eine Gattungsbezeichnung für derartige Produkte, die nach § 8 Abs. 2 Nr.3 MarkenG von der Eintragung als Marke ausgeschlossen sei. Die abweichende Schreibweise der Streitmarke „HOT POTT“ ändere nichts an der Einschätzung in Bezug auf das Vorliegen des absoluten Schutzhindernisses, insbesondere da der Markeninhaber bereits versuche, mit der Marke „Hot Pott“ gegen die Verwendung des Begriffs „hot pot“ durch den Antragsteller vorzugehen. Die Bezeichnung „HOT POTT“ hätte weiterhin nicht eingetragen werden dürfen, da dieser Begriffskombination jede Unterscheidungskraft fehle. Auch in der abweichenden Schreibweise „HOT POTT“

weise die Begriffskombination für den Verbraucher einen beschreibenden Begriffsinhalt im Sinne eines „heißen Topfes“ auf, der für die angegriffenen Waren und Dienstleistungen ohne weiteres als solches erfasst werde oder durch den ein enger beschreibender Bezug zu diesen Waren und Dienstleistungen hergestellt werde. Zusätzlich zu den genannten Schutzhindernissen greife daher auch das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG der beschreibenden Angabe. Derartige Angaben müssten im Allgemeininteresse allen Marktteilnehmern zur freien Verfügung belassen werden. Die umfangreiche Verwendung des Begriffes durch unterschiedliche Unternehmen in den deutschsprachigen Ländern Deutschland, Schweiz und Österreich belege diesen Sachverhalt des Vorliegens freihaltebedürftiger beschreibender Angaben eindrucksvoll. Insbesondere werde die beschreibende Begriffskombination „hot pot“ durch viele der Unternehmen schon seit Jahren oder Jahrzehnten verwendet, so dass diese an deren freier und ungehinderter Verwendung ein berechtigtes Interesse hätten. Die angesprochenen Verkehrskreise würden der Bezeichnung „Hot Pott“ trotz der unüblichen Schreibweise lediglich einen unmittelbar beschreibenden Sachhinweis hinsichtlich der hier in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen entnehmen, nämlich, dass es sich um einen beheizbaren Topf bzw. Zuber handele. Dies betreffe auch die Dienstleistungen des Verkaufs solcher Badezuber bzw. des Verkaufs von entsprechendem Zubehör sowie auch die Dienstleistung der „Vermietung von Badezubern“. Die Dienstleistung „Vermietung von Einrichtungen für Freizeit Zwecke“ stelle hierbei einen Oberbegriff zur Vermietung von Badezubern dar und unterliege aus diesem Grund ebenfalls den genannten Schutzhindernissen.

Mit gerichtlichem Hinweis vom 29. Dezember 2023 hat der Senat den Verfahrensbeteiligten unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagenkonvolute 1 bis 4, Bl. 45-86 d. A.) seine vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt, wonach die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe.

Daraufhin hat der Beschwerdeführer hilfsweise beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des DPMA vom 22. Februar 2022 aufzuheben und den Löschungsantrag für die Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 zurückzuweisen sowie für die Klasse 20, soweit er die Waren „Badefässer, Badebottiche, Badezuber; Zubehör für Badefässer, Badebottiche, Badezuber; Rührpaddel“ betreffe.

Dem entsprechend hat er gebeten, die „vorstehend genannten Waren in das Verzeichnis explizit aufzunehmen“. Für den Fall, dass weder dem Haupt- noch dem Hilfsantrag stattgegeben werden könne, werde beantragt, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Es sei durch den Bundesgerichtshof die Frage zu entscheiden, ob das DPMA sich an eine positive Eintragungsentscheidung gebunden fühlen müsse, wenn das EUIPO – wie hier - zu der identischen Marke ebenfalls eine positive Eintragungsentscheidung getroffen habe und wenn sich die Sachlage im Löschungsverfahren nicht ändere, weil keine inhaltlich neuen Argumente im Vergleich zum Anmeldezeitpunkt vorgebracht würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 MarkenG zulässige Beschwerde des Markeninhabers bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Der Teilnichtigkeitsantrag ist zulässig und begründet. Die Streitmarke **HOT POTT** ist im angegriffenen Umfang entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG eingetragen worden, so dass die Markenabteilung 3.4 zu Recht im beantragten Umfang die Streitmarke für nichtig erklärt und deren Löschung angeordnet hat.

A. Auf den am 26. Mai 2020 beim DPMA eingegangenen (Teil-)Nichtigkeitsantrag gegen die Streitmarke sind die gemäß Art. 5 Abs. 1 MaMoG teilweise mit Wirkung zum 14. Januar 2019, im Übrigen gemäß Art. 5 Abs. 3 MaMoG mit Wirkung zum 1. Mai 2020 novellierten Vorschriften des Markengesetzes in ihrer neuen Fassung anzuwenden (vgl. auch § 158 Abs. 5 MarkenG).

B. Der nach § 53 Abs. 1 MarkenG unter Angabe der geltend gemachten Lösungsgründe zulässige Nichtigkeitsantrag wurde dem Inhaber der angegriffenen Marke gegen Empfangsbekanntnis am 19. Juni 2020 zugestellt. Er hat der Löschung mit am 14. August 2020 beim DPMA eingegangenem Schriftsatz, mithin rechtzeitig innerhalb der Zweimonatsfrist des § 53 Abs. 4 MarkenG widersprochen, so dass das Nichtigkeitsverfahren gemäß § 53 Abs. 5 Satz 2 MarkenG durchzuführen war.

C. Nach § 50 Abs. 1 MarkenG wird die Eintragung einer Marke auf Antrag für nichtig erklärt und gelöscht, wenn sie entgegen §§ 3, 7 oder 8 MarkenG eingetragen worden ist. Wird geltend gemacht, die Eintragung habe gegen einen oder mehrere Tatbestände der §§ 3, 7 und 8 MarkenG verstoßen, kann eine Nichtigklärung und Löschung nur erfolgen, wenn das Eintragungshindernis sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens als auch gemäß § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG – mit Ausnahme der Feststellung der Bösgläubigkeit – noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde zweifelsfrei besteht (vgl. BGH GRUR 2021, 1195 Rn. 11 – Black Friday; GRUR 2018, 301 Rn. 9 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 378 Rn. 4 – LIQUIDROM; GRUR 2015, 1012 Rn. 8 – Nivea-Blau; GRUR 2014, 565 Rn. 10 und Rn. 18 – smartbook).

Unter Anwendung dieser Grundsätze liegen die Voraussetzungen für eine Löschung der Marke **HOT POTT** vor, weil der Eintragung der angegriffenen Marke für die hier in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen bereits zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstand und dieses auch derzeit noch besteht.

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen zukommende Eignung, die von der Anmeldung erfassten Waren bzw. Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 23 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2020, 411 Rn. 10 – #darferdas? II; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2008, 608 Rn. 66 Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 229 Rn. 27 – BioID AG/HABM [BioID]; BGH GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 565 Rn. 12 – smartbook).

Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI). Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung die Prüfung jeder Anmeldung nicht nur umfassend, sondern auch streng sein muss, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (vgl. EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 28 – #darferdas?). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 – Henkel KGaA; BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 10 – OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 13 – Gute Laune Drops).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder 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 oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 20 – AS/DPMA [#darferdas?]; GRUR 2008, 608 Rn. 67 – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 11 – grill meister).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt enthalten, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird (EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH GRUR 2020, 411 Rn. 11 – #darferdas? II). Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard).

2. Den vorgenannten Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt und genügte die Streitmarke **HOT POTT** für die angegriffenen Waren und Dienstleistungen bereits zum Anmeldezeitpunkt im Dezember 2019 nicht.

a. Mit den hier in Rede stehenden Waren und den meisten Dienstleistungen wird ein breites Publikum angesprochen, nämlich Fachkreise aus dem Bereich der Wellnessbranche und der Badezuber wie auch der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Endverbraucher. Die Großhandelsdienstleistungen der Klasse 35 richten sich demgegenüber an den Fachhandel.

b. Der angesprochene Verkehr wird in **HOT POTT** im vorliegenden Kontext entweder den ihm geläufigen Fachbegriff „HOT POT“ erkennen und die Streitmarke in diesem Sinne verstehen oder darin eine inhalts- und bedeutungsgleiche Variante dieses Sachbegriffs sehen.

aa. Die Streitmarke setzt sich zusammen aus dem aus dem Englischen kommenden Begriff „HOT“ und dem deutschen Wort „POTT“.

Das Wort „HOT“ gehört zum Grundwortschatz der englischen Sprache und hat neben der Bedeutung „heiß“ je nach Kontext viele weitere Bedeutungen. Im inländischen Sprachgebrauch wird es neben „heiß“ in einem übertragenen Sinne anpreisend als „sexy, angesagt, großartig“ verwendet (vgl. hierzu die vorab übersandten Entscheidungen aus PAVIS PROMA in Anlage 1, Bl. 45, 46 d. A.; BGH GRUR 2014, 569 Rn. 21 - HOT).

Der weitere Begriff „Pott“ kann eine Vielzahl verschiedener Bedeutungen aufweisen. So ist er u. a. lexikalisch erfasst als Bezeichnung für ein „topfartiges Gefäß, Topf“ und jeweils im umgangssprachlichen Gebrauch als „Nachtopf“ oder „Schiff, Tanker“ (vgl. DUDEN Online sowie die in Anlage 2 beigefügten Rechercheergebnisse zu Übersetzungen und Synonymen von Pot, Pott, Bottich, Kessel, Bl. 47-57 s. A.).

bb. In der Kombination wird das angesprochene Publikum der Streitmarke unschwer und ohne weiteres Nachdenken – trotz der konkreten Schreibweise des Bestandteils „Pot“ mit einem Doppel-T - die Bedeutung „Hot Pot“ beimessen.

Der Umstand, dass beide Bestandteile verschiedenste weitere Bedeutungen haben können, führt nicht zu einer die Schutzfähigkeit begründenden Mehrdeutigkeit. Denn die Bedeutung der Bestandteile ist nicht abstrakt-lexikalisch zu beurteilen, sondern stets in Zusammenhang mit den jeweils maßgeblichen Waren und Dienstleistungen und der in dieser Branche verwendeten Sach- und Fachsprache zu sehen sowie zudem unter Berücksichtigung der konkreten Zusammensetzung. Diese Gesichtspunkte lässt der Beschwerdeführer in seinen Stellungnahmen unberücksichtigt. Im vorliegenden Waren- und Dienstleistungskontext konkretisiert sich insbesondere der Sinngehalt von „Pott“ – wie bei dem englischen Wort „Pot“ - auf die Bezeichnung eines Gefäßes mit großem Fassungsvermögen. Aus Sicht des Senats liegt daher eine andere Gesamtaussage als „Hot Pot/heißer bzw. beheizbarer Pott“ fern. Zutreffend hat aus diesem Grund schon die Markenabteilung darauf hingewiesen, dass die Bedeutung „Feuertopf“, ein ostasiatisches Gericht, das oft auch Hot Pot bezeichnet wird, vorliegend nicht in Betracht zu ziehen ist.

cc. Der Verkehr wird – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - in der Streitmarke eine Abwandlung des Fachbegriffs „Hot Pot“ erkennen.

Zu Recht hat die Markenabteilung 3.4 daher zunächst geprüft, ob es sich bei der zugrundeliegenden Angabe „Hot Pot“ um eine beschreibende, nicht unterscheidungskräftige Aussage handelt und sodann, ob die Abweichung durch die konkrete Schreibweise individualisierend, mithin schutzbegründend wirkt (vgl. zu Abwandlungen beschreibender Angaben: Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 8 Rn. 235-238; BPatG, Beschluss vom 11.09.2023, 29 W (pat) 521/22 – PIZZ-A-BOX; Beschluss vom 31.08.2023, 30 W (pat) 80/21 – cellenCHIP; Beschluss vom 14.05.2020, 30 W (pat) 8/18 – VORHER NACHHAIR). Der Einwand des Beschwerdeführers, die Recherchebelege beträfen Angaben ohne die hier relevante Schreibweise und seien daher unbehelflich, verfängt deshalb nicht.

dd. Im vorliegenden Waren- und Dienstleistungskontext kommt der Angabe „HOT POT“ eine beschreibende Bedeutung zu.

Der Begriff Hot Pot hat seinen Ursprung in der isländischen Badekultur. Ein Hot Pot (isländisch heitur pottur), deutsch „heißer Topf“, ist auf Island eine natürliche oder künstliche Badegelegenheit, die in der Regel von heißem Thermalwasser gespeist wird. Es gibt natürliche, halbnatürliche und künstliche Hot Pots. Ausgehend von den natürlichen Hot Pots entwickelte sich das Bedürfnis, auch in den Ortschaften selbst die Möglichkeit zu haben, heiß zu baden. Aufgrund der vielerorts verfügbaren thermischen Energie existieren in Island insgesamt 169 Schwimmbäder, von denen 138 geothermisch beheizt werden (Stand 2010). Diese Schwimmbäder verfügen neben großen Becken zudem über mehrere kleine, meist kreisrunde Becken mit Sitzgelegenheit und unterschiedlich hoher Wassertemperatur, in der Regel zwischen 36° und 42°C. Die Bauweise ähnelt einem Whirlpool, freilich ohne Sprudel. Diese Hot Pots befinden sich in der Regel im Freien. Ähnlich wie in Finnland verfügen die meisten Hotels auf Island sowie viele Privathäuser über eigene private Hot Pots, die in der Regel künstlich angelegt sind und je nach Örtlichkeit von Thermalwasser oder künstlich erhitztem Wasser gespeist werden (vgl. Wikipedia, Stichwort: Hot Pot (Thermalbad)).

Die Markenabteilung hat durch ihre Recherche-Ergebnisse hinreichend nachgewiesen, dass sich der Begriff „Hot Pot“ im deutschsprachigen Raum, mithin auch im Inland, im Bereich der Wellnessbranche zu einem Fachbegriff für einen beheizbaren Badezuber/Badebottich entwickelt hat. Anders als der Beschwerdeführer meint, handelt es sich um einen gängigen und nicht nur vereinzelt verwendeten Begriff. Dies belegen ergänzend die in Anlage 3 (Bl. 58-68 d. A.) beigefügten durch den Senat recherchierten zahlreichen Verwendungsbeispiele, die sich auf Zeitpunkte vor dem hier maßgeblichen Anmeldetag (der früheste ist aus dem Jahr 2009) beziehen. So ist dort u. a. zu lesen:

- Badefass, Hot Tub, Badezuber – Gartenhaus-King... Stellen Sie sich mal vor, wie Sie selbst bei kühlen Außentemperaturen – gut geschützt ein wohltuendes Bad in Ihrem Badebottich oder Hot Pot genießen können...;
- Hot Pot: Der heiße Badespass im Holzfass;

- Ein Hot Pot ist Natur pur, ein Ort der Erholung und Entspannung...In allen Jahreszeiten erfüllt ein Badezuber seinen Zweck...;
 - Hot Pot – Badebottich, Schlagwörter:...badebottich, badefass, baden, badezuber....hot pot...;
 - Hottub Badezuber Badefass Hot Pot Badebottich – Eine gute und günstige Variante ist der Hot Tub (Hot Pot) der Produktreihe...Dieser Badezuber (Badebottich) ist in Rund Nut-Feder Profibauweise gefertigt...;
 - Ein Weinfassversand bietet seine Produkte unter den Stichwörtern „Badefass, Badezuber, Badetonne, Badebottich, Hot Pot, Hot Tub, Hottub, Hot-tub, Hot Tubes, Pool, Zuber, Abkühlbecken, Sauna, Jacuzzi, Whirlpool“ an;
 - Exklusives Baderlebnis im Badezuber (Hot-Pot);
 - Als zusätzliches Highlight bieten wir auf Wunsch einen Yakuzzi Hot Pot Badezuber mit an...;
 - Entspannen Sie im geheizten Hot Pot und kühlen Sie sich im kalten Tauchfass ab;
 - Badezuber mit Gipfelblick. Die Hütte ist das Ziel. Auf über 2000 Meter Höhe im Hot Pot hocken und...;
 - Berghütten bieten immer mehr Komfort...Und mit der Abwärme können wir unseren Hot-Pot draußen heizen...;
 - Der ausschlaggebende Unterschied vom Hotpot zum einfachen Badefass ist der angeschlossene Kaminofen, der das Wasser erhitzt...;
 - Information über unsere Hotpot und Badefass Lösungen;
 - Hot Pots – Entspannen in heißen Töpfen;
- u. v. m.

Die Recherche zeigt mithin, dass „Hot Pot“ – auch in den Schreibweisen Hotpot, Hot-pot, hot pot - bereits weit vor dem Anmeldezeitpunkt als Produktbeschreibung vielfach verwendet wurde und üblich war.

Neben dem Begriff „Hot Pot“ werden für den „heißen Badespass im Holzfass“ auch zahlreiche andere Produktbezeichnungen verwendet, wie z. B. Badebottich, Hot

Tub, Badezuber, Badefass, Badetonne, Outdoor-Jacuzzi, Open Air Whirlpool, Wellness-Zuber, Holz-Hot-Tub etc., vgl. bereits Verwendungsbeispiele in Anlage 3 und darüber hinaus in Anlage 4 (Bl. 69-86 d. A.). Dem Anlagenkonvolut 4 ist ferner zu entnehmen, dass ein Hot Pot auch „Hot Pott“ genannt bzw. häufig umgangssprachlich mit „heißer Pott“, „ein dampfender, mit Holz angefeuerter Pott“ oder „Wellness-Pott“ beschrieben wird, wie u. a. die nachfolgenden Beispiele zeigen:

- Hot Tub aus Holz kaufen - Hot Tube / Hot Pott aus Holz Lärche Fichte...;
- Krunkelbachhütte Hot Pott. Wellness mal anders...Rustikale Schwarzwald-Wellness im Hotpot...Die sitzen im brodelnden Pott und lassen sich's gut gehen...Knappe 40 Grad hat das Wasser im HotPot...Draußen steht am Abend ein dampfender, mit Holz angefeuerter Pott, der trotz eisiger Luft zum Hineinsteigen einlädt.;
- Baden und saunieren mitten auf dem Weihnachtsmarkt...Bei einem Durchmesser von zwei Metern und einem Fassungsvermögen von 2500 Litern Wasser, finden sechs bis acht Badegäste Platz in dem heißen Pott...;
- Mal ganz ehrlich: So richtig schön sind Hot Tubs nicht. Es ist und bleibt ein globiger Pott mit fetter Abdeckung...;
- Zwischen Wellness-Pott und Badezuber...;
- Über das Baden in Hot Pots in Island wird auch in allgemeinen Medien berichtet und werden diese natürlichen oder auch künstlichen Bademöglichkeiten vielfach mit „Pott“ oder Topf beschrieben, vgl. Aussagen wie „Isländer baden gerne im heißen Pott und leben mit Vulkanen und Gletschern“, „Hot Pots – Entspannen in heißen Töpfen“, „Baden in einer der zahlreichen heißen Quellen, die „heiße Pötte“ oder „Hot Pot“ genannt werden“, „Das Meerwasser ist eigentlich zum Baden viel zu kalt, wird aber auf 18 bis 20 Grad erhitzt, der heiße Pott mittendrin sogar auf 30 bis 35 Grad.“, „Erst ins Dampfbad, dann in den Heißen Pott – das ist wie doppelter Espresso.“

All diese Recherche-Ergebnisse machen deutlich, dass sich das Verkehrsverständnis dahingehend entwickelt hat, dass Pott im vorliegenden Kontext als Beschreibung bzw. Alternativbezeichnung für einen beheizbaren Badezuber, mithin einem Pott mit einem zum Baden eines Menschen geeignetem Volumen, verstanden wurde und auch aktuell noch wird (ergänzend zur Recherche des DPMA vgl. nur unter holzklusiv.de folgende beschreibende Ausführungen: „Wie wäre es mit einem warmen und entspannenden Bad im eigenen Garten... Die Hotpotts – auch Hot Pot Badefass, Hot Tub, Holzfass, Badezuber oder Badebottich genannt – sind mit einem Außen- oder integrierten Holzofen ausgestattet.“). Auf das durch die oben aufgeführten Rechercheunterlagen belegte Verkehrsverständnis ist der Beschwerdeführer in seinen Stellungnahmen nicht konkret eingegangen.

ee. Der angesprochene Endverbraucher wie auch der Fachverkehr wird ohne gedankliche Zwischenschritte oder eine analytische Betrachtung in **HOT POTT** den ihm bekannten und geläufigen Warenbegriff Hot Pot erkennen und zwanglos **HOT POTT** mit diesem gleichsetzen. Dem steht die konkrete Schreibweise nicht entgegen.

In klanglicher Hinsicht ist die Verdopplung des Endbuchstabens „T“ ohnehin nicht wahrnehmbar. Bei Wortzeichen wie der streitgegenständlichen Marke, die gehört und gelesen werden können, hat der Europäische Gerichtshof eine schutzbegründende Abweichung von der jeweiligen Sachangabe sowohl im akustischen wie auch im visuellen Gesamteindruck als erforderlich angesehen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 99 - Postkantoor; GRUR 2004, 680 Rn. 40 – BIOMILD). Demnach könnte einer Abwandlung, die sich nur in eine Richtung, z. B. – wie hier – schriftbildlich, aber nicht klanglich, auswirkt, schon grundsätzlich keine die Unterscheidungskraft begründende Wirkung zugemessen werden. Ob dem in dieser Allgemeinheit zu folgen ist (vgl. hierzu kritisch: Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 221), kann vorliegend aber dahinstehen.

Denn der vom Verkehr allenfalls in schriftbildlicher Hinsicht wahrgenommenen Abwandlung kommt vorliegend kein individualisierender Charakter zu. Ob der Verkehr den Unterschied in der Schreibweise von „HOT POT“ und „HOT POTT“ entweder überhaupt nicht bemerken oder für einen Druckfehler halten wird, kann dahinstehen. Denn auch in der bewusst wahrgenommenen Abwandlung wird er inhaltlich den Begriff „Hot Pot“ ohne weiteres wiedererkennen und darin z. B. eine inhalts- und bedeutungsgleiche Variante des ihm geläufigen Fachbegriffs sehen. Eine solche Wahrnehmung und Gleichsetzung wird nicht zuletzt dadurch gefördert, dass der Verkehr schon vor dem Anmeldezeitpunkt – wie oben dargestellt - an unterschiedliche Varianten der Warenbezeichnung, auch als „heißer Pott“, gewöhnt war.

c. Bei den Waren der Klasse 20 „Behälter, nicht aus Metall, insbesondere...“ kann es sich sämtlich um solche beheizbaren Badegefäße, also Hot Pots handeln bzw. um entsprechendes Zubehör („Zubehör für die vorstehend genannten Behälter soweit in dieser Klasse enthalten, insbesondere...“) für einen solchen heißen Pott.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es sei nicht nachvollziehbar begründet worden, warum insbesondere Rührpaddel in einem engen beschreibenden Bezug zu „**HOT POTT**“ stehen sollten, verfängt dieser Einwand nicht. Denn die Rührpaddel werden doch gerade als Zubehör beansprucht, wie die Formulierung in Klasse 20 „Zubehör für die vorstehend genannten Behälter soweit in dieser Klasse enthalten, insbesondere Rührpaddel“ zeigt. Im Übrigen handelt es sich bei den Waren „Rührpaddel“ tatsächlich um typische Zubehörartikel für Badezuber/Badebottiche. Wenn nämlich das Wasser im Badebottich mit einem Holzofen erwärmt wird, ist das Wasser an der Oberfläche wärmer und am Boden kälter. Für eine gleichmäßige Erwärmung und um die tatsächliche Wassertemperatur festzustellen, wird empfohlen ein Rührpaddel zu nutzen, ein Holzwerkzeug, dass angepasst an die konkrete Tiefe des Badebottichs als Zubehör regelmäßig mit angeboten wird. Der Einsatz eines solchen Rührpaddels ist im Übrigen der vorab übersandten Recherche zu entnehmen. Im Anlagenkonvolut 4 ist auf der Internetseite eines Schweizer Anbieters unter dem Hinweis „Hot pot Anleitung zum Anfeuern“ zu lesen: „So lohnt

es sich mit einem Paddel die oberen heißen Schichten mit den unteren kühleren Schichten zu durchmischen...“. Auf der Internetseite „badetonnehholz.de/hot-tub-aus-holz-kaufen/“ ist zudem in der Produktabbildung eine in dem angebotenen „Hot Tub bzw. Hot Pott“ sitzende Person mit einem Rührpaddel in der Hand wiedergegeben. Überdies beschreibt der Beschwerdeführer selbst den Einsatzzweck eines „Rührpaddels“ auf seiner Internetseite wie folgt: „Das 110cm lange Mischpaddel ist perfekt, um Ihr Badewasser in Ihrem Badebottich gut umzurühren.“ Zweifel an einem entsprechend engen beschreibenden Bezug hat der Senat daher nicht.

In Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 35 gibt das Streitzeichen einen beschreibenden Hinweis auf die Art des gehandelten Sortiments. Hinsichtlich der Dienstleistungen in Klasse 41 wird mit **HOT POTT** auf die Art der zu vermietenden Gegenstände hingewiesen.

d. Einen wie auch immer gearteten „kreativen Überschuss“, wie ihn der Beschwerdeführer wegen der Begriffsbildung aus einem englischen und einem deutschen Wort geltend macht, besitzt die Streitmarke jedenfalls nicht. Denn der Verkehr ist in der Werbesprache – und, wie die Recherche zeigt, insbesondere in dem hier maßgeblichen Waren- und Dienstleistungsbereich – an neue und auch schlagwortartige Wortkombinationen, nicht nur in deutscher, sondern auch in englischer Sprache und zudem als englisch-deutschen Sprachmix (vgl. hierzu BPatG, Beschluss vom 24.03.2011, 30 W (pat) 37/10 – Sunlight Batterien), gewöhnt. Ob die Streitmarke daher als „deutsch-englische“ Wortzusammensetzung oder als „deutsche“ Begriffskombination im Sinne von „angesagter, großartiger Pott“, mithin als anpreisende Sachangabe nicht unterscheidungskräftig ist, kann letztlich als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

Denn zur Schutzversagung reicht es aus, wenn das Zeichen in *einer* seiner möglichen Bedeutungen die beanspruchten Waren und Dienstleistungen beschreibt (BGH GRUR 2014, 872 Rn. 25 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rn. 18 – HOT).

Die angegriffene Bezeichnung erschöpft sich damit in einer aus sich heraus verständlichen und sofort erfassbaren Aussage zu Beschaffenheit bzw. Bestimmungszweck der Waren und den Gegenstand der Dienstleistungen. Über diese Sachinformation hinaus enthält die Bezeichnung kein Element syntaktischer oder semantischer Art, das den Eindruck einer ungewöhnlichen und von einem rein sachbezogenen Aussagegehalt wegführenden Wortbildung und damit einer betrieblichen Herkunftskennzeichnung, also einer Marke hervorruft.

Die streitgegenständliche Marke kann im Umfang der angegriffenen Waren und Dienstleistungen ihre Hauptfunktion, nämlich den Verkehrskreisen die Ursprungsidentität der mit der Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu garantieren, nicht erfüllen. Sie ist und war deshalb nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen.

3. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob die Streitmarke darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fraglichen Waren und Dienstleistungen freihaltebedürftig ist oder ob es sich um eine Gattungsbezeichnung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG handelt.

4. Die vom Markeninhaber aufgeführten Entscheidungen bzw. Markeneintragungen sind ungeachtet der Frage ihrer Vergleichbarkeit bereits deshalb unerheblich, weil sich nach übereinstimmender höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst aus Voreintragungen ähnlicher oder übereinstimmender Marken unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots grundsätzlich kein Eintragungsanspruch herleiten lässt, da es sich bei der Entscheidung über die Eintragbarkeit einer Marke nicht um eine Ermessens-, sondern um eine gebundene Entscheidung handelt, die jeweils einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung unterliegt (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 Rn. 18 – Bild.t.- Online.de; BGH GRUR 2012, 276 Rn. 18 – Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.; BGH GRUR 2011, 230 – SUPERgirl).

D. Die Markenabteilung 3.4 des DPMA hat nach alledem zu Recht die Streitmarke im beschwerdegegenständlichen Umfang für nichtig erklärt und deren Löschung angeordnet.

E. Der vom Beschwerdeführer gestellte Hilfsantrag führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Mit seiner in diesem Zusammenhang abgegebenen Erklärung begehrt der Markeninhaber eine Umformulierung des Verzeichnisses in Klasse 20 – nämlich

„Behälter, nicht aus Metall, insbesondere in Form von Fässern, Bottichen und Zubern; *Badefässer, Badebottiche, Badezuber*, Zubehör für die vorstehend genannten Behälter soweit in dieser Klasse enthalten, insbesondere Rührpaddel; *Zubehör für Badefässer, Badebottiche, Badezuber; Rührpaddel*“,

wobei in der zusätzlichen Aufnahme der konkreten Einzelwaren keine unzulässige Erweiterung liegen würde, weil diese von den weiten Oberbegriffen umfasst sind. Die obige Schutzfähigkeitsprüfung zeigt aber, dass gerade für die nunmehr ausdrücklich benannten Waren ein Schutzhindernis besteht, so dass auch die Verzeichnisvariante des Hilfsantrags den beschreibenden Begriffsgehalt der Streitmarke **HOT POTT** nicht auszuräumen vermag und ein anderes, für den Beschwerdeführer günstigeres, Ergebnis nicht erreicht werden kann.

Die Beschwerde des Markeninhabers muss daher erfolglos bleiben.

F. Zur Auferlegung von Kosten auf einen Beteiligten aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG besteht kein Anlass.

G. Gründe für die vom Markeninhaber beantragte bzw. angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht erkennbar. Weder war über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch war die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als erforderlich zu erachten (§ 83 Abs. 2

Nr. 2 MarkenG). Der Senat hat bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit die vom EuGH und BGH in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe angelegt.

Insbesondere die Frage der Bindungswirkung von Voreintragungen durch das DPMA und/oder des EUIPO ist bereits höchstrichterlich seit langem geklärt (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 83-92). Im Übrigen sind die Voraussetzungen der vom Beschwerdeführer formulierten Frage, ob das DPMA sich an eine positive Eintragungsentscheidung gebunden fühlen müsse, wenn das EUIPO – wie hier - zu der identischen Marke ebenfalls eine positive Eintragungsentscheidung getroffen habe und wenn sich die Sachlage im Lösungsverfahren nicht ändere, weil keine inhaltlich neuen Argumente im Vergleich zum Anmeldezeitpunkt vorgebracht würden, ohnehin schon nicht erfüllt. Denn der DPMA-Verfahrensakte kann nicht entnommen werden, dass im Anmeldeverfahren eine Internetrecherche nach der Bedeutung und der Verwendung der Streitmarke im konkreten Waren- und Dienstleistungskontext durchgeführt worden war. Vielmehr ist in den Entscheidungsgründen zur Eintragungsverfügung unter Verweis auf „Arbeitsmaterialien“ allein die EuG-Entscheidung zu „Hot Sox“ angegeben. Die vom Antragsteller, von der Markenabteilung des DPMA und vom Senat ermittelten Verwendungsbeispiele ändern insofern aber die für die rechtliche Einschätzung maßgebliche Sachlage.

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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Mittenberger-Huber

Akintche

Posselt