



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 199/04

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
11. Dezember 2006

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 304 18 295.8**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 2. August 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die nachfolgend wiedergegebene Darstellung



ist am 1. April 2004 als Bildmarke für

„Brot, feine Back- und Konditorwaren; Backwaren, insbesondere zum Toasten und Fertigbacken; Getreideteige, Brotteige, Teigware; alle vorgenannten Backwaren auch gekühlt und diätetisch“

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 24. August 2004 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Die Bildmarke bestehe lediglich aus der fotografischen Wiedergabe einer Backware in Form eines Fußballs, deren Farbe braun sei. Aus der braunen Färbung könne eine Unterscheidungskraft nicht hergeleitet werden, da sie sich bei Backwaren generell nach dem Backen ergebe. Der Verbraucher sei auf dem einschlägigen Warengbiet an vielfältige Formen gewöhnt. Die angemeldete Darstellung sei insoweit nicht geeignet, die Waren ihrer betrieblichen Herkunft nach zu individualisieren. Zur Begründung der Eintragungsveragung stützt sich die Markenstelle u. a. auf eine Stellungnahme des Zentralverbandes des Deutschen Bäckerhandwerks vom 19. Mai 2004. Dieser hatte auf eine Anfrage der Markenstelle mitgeteilt, dass es einer weit verbreiteten Übung entspreche, Brot in der Form eines Fußballs zu fertigen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie (sinngemäß) beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle aufzuheben.

Der angemeldeten Bildmarke könne die erforderliche Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden. Bei Lebensmitteln sehe der Verkehr in einer erkennbar willkürlichen, sich von der funktionsbezogenen Gestaltung lösenden Warenform grundsätzlich einen Herkunftshinweis, unabhängig von der bestehenden Formen-

vielfalt in dem betroffenen Bereich. Die hier abgebildete Fußballform sei für die beanspruchten Waren eine prägnante und willkürliche Gestaltung. Von den bekannten Formen unterscheide sich die angemeldete Marke bereits auf den ersten Blick deutlich. An dieser Beurteilung ändere auch die Einschätzung des Zentralverbands des Bäckerhandwerks nichts. Brotstempel seien nicht geeignet, ein Produkt vollständig zu formen. Die vom Verband genannten Brotsorten seien nicht in Fußballform gestaltet, wie sich aus einer Recherche der Anmelderin ergebe.

In der mündlichen Verhandlung vom 2. August 2006 wurde der Anmelderin eine Internet-Recherche des Senats vom 31. Juli 2006 zur Verwendung der Bezeichnung „Fußballbrot“ und einer entsprechenden bildlichen Darstellung übergeben.

Die Anmelderin hat daraufhin der Anmeldung folgende Beschreibung beigefügt:

„Das in der Anmeldung bildlich dargestellte Brot hat die Form einer Kugel bzw. eines Fußballs.“

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 1. September 2006 hat die Anmelderin ihre Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vertieft und ergänzt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde bleibt ohne Erfolg, weil die angemeldete Bildmarke für die beanspruchten Waren jeglicher Unterscheidungskraft entbehrt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

a) Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift setzt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs voraus, dass die Marke geeignet ist, die

Ware, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 517 Nr. 40 - Linde, Winward und Rado; GRUR 2004, 428, 431 Nr. 48 - Henkel; GRUR 2006, 233, 235 Nr. 45 - Standbeutel). Dabei dürfen von Rechts wegen an die Unterscheidungskraft von Marken, welche die Ware selbst darstellen, keine höheren Anforderungen gestellt werden, als etwa bei Wortmarken. Dessen unbeschadet hat der Europäische Gerichtshof mehrfach darauf hingewiesen, dass die Gestaltung einer Ware vom Verkehr in der Regel nicht als Herkunftshinweis aufgefasst wird (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 517 - Nr. 48 i. V. m. Nr. 32 - 35 - Linde, Winward und Rado; GRUR Int. 2004, 631, 633 Nr. 38 - Dreidimensionale Tablettenform I; GRUR Int. 2005, 135, 137 Nr. 30 - Maglite; GRUR Int. 2006, 842, 844 Nr. 25 - Form eines Bonbons II). Dies gilt in gleicher Weise für bildliche Darstellungen der Ware (vgl. zur Bilddarstellung einer Warenverpackung EuGH GRUR Int. 2006, 846, 848 f. Nr. 27 und 29 - Bonbonverpackung). Auch der Bundesgerichtshof betont, dass der Verkehr in der Form einer Ware regelmäßig nur einen Hinweis auf die ästhetische und funktionelle Gestaltung der Ware, nicht aber auf ihre betriebliche Herkunft sieht (BGH GRUR 2003, 332, 334 - Abschlussstück; GRUR 2003, 712, 714 - Goldbarren). Dasselbe gilt - ebenso wie für Farben an sich - auch für die farbliche Gestaltung, in der eine Warenform bzw. deren bildliche Wiedergabe geschützt werden soll (vgl. z. B. EuGH GRUR Int. 2006, 842, 844 Nr. 27 - Form eines Bonbons II; GRUR Int. 2006, 846, 849 Nr. 30 - Bonbonverpackung).

Demnach kann zwar nicht gefordert werden, dass die Marke eine besondere Originalität aufweist oder sonst eigenartig ist (vgl. BGH GRUR 2001, 56, 58 - Likörfflasche). Andererseits kann die Schutzfähigkeit einer aus der Abbildung der Ware selbst bestehenden Marke aber auch nicht losgelöst von dem wettbewerblichen Umfeld dieser Ware beurteilt werden. Die mit der Marke dargestellte Ware muss sich vielmehr *erheblich* von diesem Umfeld absetzen, damit der Marke die erforderliche Herkunftskennzeichnungsfunktion zugesprochen werden kann

(EuGH GRUR 2004, 428, 431 Rn. 49 - Henkel; GRUR Int. 2004, 631, 634 Rn. 39 - Dreidimensionale Tablettenform I; GRUR Int. 2004, 635, 638 Rn. 37 - Dreidimensionale Tablettenform II; GRUR Int. 2004, 639, 643 Rn. 37 - Dreidimensionale Tablettenform III; GRUR Int. 2005, 135, 137 Rn. 31 - Maglite; GRUR 2006, 233, 234 - Standbeutel; GRUR Int. 2006, 842, 844 Rn. 26 - Form eines Bonbons II; zur Abbildung einer Warenverpackung ebenso EuGH GRUR Int. 2006, 846, 848 f. Nr. 27 und 29 - Bonbonverpackung).

Nach diesen Grundsätzen kann nicht angenommen werden, dass die angemeldete Marke die erforderliche Unterscheidungskraft aufweist.

b) Was zunächst den der Prüfung zugrunde zu legenden Gegenstand angeht, gilt folgendes: Die streitgegenständliche Marke ist ausdrücklich als Bildmarke angemeldet worden. Die der Anmeldung beigefügte, oben wiedergegebene Abbildung zeigt ein brötchenartiges rundes Gebäckstück, dessen Oberfläche der Oberflächenstruktur eines Fußballes ähnlich ist. Bei der Abbildung handelt es sich, wie in § 8 Abs. 1 MarkenV vorgesehen, um die einzige Abbildung der Marke. Das Bild lässt nicht erkennen, wie die Ware auf der nicht dargestellten Rückseite beschaffen ist. Demnach kann es sich zwar um ein insgesamt kugelförmiges Gebilde handeln. Möglich ist aber auch, dass das dargestellte Brötchen oder Brot eine flache Unterseite aufweist. Mit ihrer gegenteiligen Auffassung interpretiert die Anmelderin etwas in das Bild hinein, was dort schlichtweg nicht zu sehen ist.

Die in der mündlichen Verhandlung nachgereichte Beschreibung der Marke vermag an diesem Ausgangspunkt nichts zu ändern. Die Anmelderin hat insoweit erklärt:

„Das in der Anmeldung bildlich dargestellte Brot hat die Form einer Kugel bzw. eines Fußballs.“

Der Anmelderin ist zuzustimmen, dass die Beifügung einer Beschreibung zu einer Bildmarke in § 8 Abs. 6 MarkenV ausdrücklich vorgesehen ist. Es ist vielleicht auch nicht von vornherein ausgeschlossen, eine solche Beschreibung - über den Wortlaut des § 8 Abs. 6 MarkenV hinaus - im Lauf des Anmeldeverfahrens nachzureichen (vgl. zur Farbmarke EuGH GRUR 2003, 604, 606 Nr. 38 - Libertel). Unzulässig ist eine nachträgliche Beschreibung aber jedenfalls insoweit, als dadurch der Gegenstand der Anmeldung verändert wird (vgl. zur Konkretisierung einer abstrakten Mehrfarbenmarke BPatG GRUR 2005, 1053, 1054 f. - Farbmarkenkonkretisierung; GRUR 2005, 1049, 1051 - Grün/Gelb II). So liegt es hier.

Mit der Beschreibung möchte die Anmelderin den bildlich dargestellten Gegenstand auf eine bestimmte Form, nämlich die Form einer Kugel bzw. eines Fußballs, festlegen, die so der mit der Anmeldung eingereichten Abbildung nicht zu entnehmen war. Das führt zu einer Änderung des Anmeldegegenstandes. Darüber hinaus ersetzt die nachgereichte Beschreibung der Sache nach eine zweite Abbildung der dargestellten Ware, die deren bisher unbekannte Kehr- oder Rückseite zeigt. Die Einreichung von Darstellungen aus verschiedenen Ansichten ist jedoch nur bei dreidimensionalen Marken vorgesehen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 MarkenV). Insoweit ändert die nachgereichte Beschreibung nicht nur den Gegenstand der Anmeldung, sondern impliziert einen Wechsel der Markenkategorie, der ebenfalls unzulässig ist (BGH GRUR 2001, 239 - Zahnpastastrang). Die nachgereichte Beschreibung ist daher unbeachtlich, worauf der Senat schon in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat. Bei der weiteren Prüfung ist somit davon auszugehen, dass das dargestellte Brot oder Brötchen eine flache Unter- oder Rückseite haben kann.

c) Bei dieser Ausgangslage muss die erforderliche Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke verneint werden. Dafür spricht zunächst schon die von der Markenstelle eingeholte Stellungnahme des Zentralverbands des Deutschen Bäckerhandwerks vom 19. Mai 2004. Darin ist ausgeführt, insbesondere Brot sei in der aus der Anmeldung ersichtlichen Form bereits weit verbreitet. Durch die in

der mündlichen Verhandlung übergebene und erörterte Internet-Recherche des Senats wird dies bestätigt. So gibt es nicht nur eine Reihe von Belegen für den Gebrauch der Bezeichnung „Fußballbrot“. Die Recherche ergibt auch mehrere Hinweise darauf, dass mit „Fußballbrot“ ein nach Art eines Fußballs geformtes Brot gemeint ist, so etwa wenn es heißt: „Mein Lieblingsbäcker hat seit neuestem ein Fußballbrot im Sortiment. Na ja, es ist ja keine richtig runde Sache, aber wenigstens fast eine Halbkugel. Und die sechseckigen „Leder“stücke sind so schön modelliert ...“ (online-roman.de) oder: „... beim Fleischer gibt es Wurst in Fußballform, beim Bäcker gibt es Fußballbrot und Fußballtorten.“ (gatago.com). Auf der Seite back-factory.de schließlich findet sich die bildliche Darstellung eines so bezeichneten Fußballbrotes, die eine große Ähnlichkeit mit der angemeldeten Marke aufweist. Nach alledem kann keine Rede davon sein, dass die in der Anmeldung dargestellte Warenform einen erheblichen Abstand zu gängigen Formen aufweist.

Dass auch die farbliche Gestaltung die Schutzzfähigkeit der Marke nicht zu begründen vermag, versteht sich von selbst, da sich diese Farbe generell nach dem Backen ergibt.

d) Gründe für die von der Anmelderin verlangte Zulassung der Rechtsbeschwerde sind weder dargelegt noch ersichtlich. Es waren lediglich anerkannte Rechtsgrundsätze auf einen konkreten Fall anzuwenden.

gez.

Unterschriften