

**ENTSCHEIDUNG
der Fünften Beschwerdekammer
vom 6. Juli 2023**

In dem Beschwerdeverfahren R 870/2022-5

Bäcker Wiedemann GmbH

Nunsdorfer Ring 7-9

12277 Berlin

Deutschland

UM-Inhaberin/ Beschwerdeführerin

vertreten durch Hoffmann Eitle Patent- und Rechtsanwälte PartmbB, Arabellastr. 30,
81925 München, Deutschland

gegen

Conditorei Coppentrath & Wiese KG

Hansastraße 10

49497 Mettingen

Deutschland

Löschungsantragsstellerin/

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Mai Rechtsanwälte, Lutterstr. 14, 33617 Bielefeld, Deutschland

BESCHWERDE betreffend das Lösungsverfahren Nr. 46 129 C (Unionsmarke
Nr. 2 262 327)

erlässt

DIE FÜNFTE BESCHWERDEKAMMER

unter Mitwirkung von V. Melgar (Vorsitzende), A. Pohlmann (Berichterstatter) und Ph. von
Kapff (Mitglied)

Geschäftsstellenbeamter: H. Dijkema

die folgende

Entscheidung

Sachverhalt

- 1 Mit Anmeldung vom 18. Juni 2001 beantragte die Bäcker Wiedemann GmbH („die UM-Inhaberin“) unter Geltendmachung der Seniorität ihrer deutschen Markenregistrierung Nr. 30 075 165 vom 10. Oktober 2000 die Eintragung der dreidimensionalen Marke



als Unionsmarke für die folgenden Waren:

Klasse 30: *Brot, einschließlich Brötchen.*

- 2 Die UM-Inhaberin beschrieb die Marke wie folgt: Brötchen mit Herz.
- 3 Sie nahm die folgende Farbe in Anspruch: Hellbraun.
- 4 Die Anmeldung wurde am 1. Juli 2002 veröffentlicht. Die Marke wurde am 10. Januar 2003 eingetragen.
- 5 Die Conditorei Coppenrath & Wiese KG („die Löschantragstellerin“) stellte am 26. August 2020 gegen die eingetragene Marke für alle Waren Antrag auf Erklärung der Nichtigkeit. Sie stützte ihren Antrag auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c und e, Ziffer i) UMV i.V.m. Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a UMV.
- 6 Zur Substantiierung des Antrags wurden die folgenden Unterlagen mit den Schriftsätzen vom 25. August 2020 und vom 3. März 2021 eingereicht:
 - Anlage 1: Screenshots verschiedener Webseiten, die Brötchen zeigen und teilweise deutsche Wortelemente aufweisen, nämlich: Schäfer’s Goldi, Kamps, Lechtermann Ihr Meisterbäcker, Bäcker Bachmeier, Pollmeier, Görtz Bäcker, Backstube Wünsche, backWerk, Stinges Die Landbäckerei, Oebel Bäckerei, Ditsch, Brinker, Sinnack, Gut & Günstig, Harry Bäcker, Ice & Frozen Foods, Ich liebe Brot, Aldi; darunter ist

folgendes Brötchen mit Herzverzierung von Pollmeier zu sehen:



- Anlage 2: Google-Recherche zum Suchbegriff „Brötchen mit Herz“, welche unter dem Filter „Alle“ vielfach Brötchen in Herzform zeigen, und unter dem Filter „Bilder“; darunter folgender Ausdruck der Webseite www.mix-dich-gluecklich.de mit einem am 21. September 2016 publizierten Rezept für ein „Brötchen mit Herz.



Wie vom Bäcker“:

- Anlage 3: Ausdruck der Webseite www.baecker-wiedemann.de mit dem folgenden



Produkt: und dem Text „die goldgelbe Schrippe mit Herz“, sowie einem undatierten Werbeflyer hierfür;

- Anlage 4: Kassenbon über den Kauf von vier „Schrippen mit Herz“ von der Bäcker Widemann GmbH in Berlin.
- 7 Mit Entscheidung vom 25. April 2022 („die angefochtene Entscheidung“) gab die Lösungsabteilung dem Antrag auf Nichtigerklärung vollumfänglich statt und erklärte die angegriffene Unionsmarke vollständig für nichtig.
- 8 Die Lösungsabteilung stützte sich dabei insbesondere auf die folgenden Gründe:
- Der ursprüngliche Lösungsantrag war nur auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c und e, Ziffer i) UMV gestützt. Erst im Laufe des Verfahrens, nämlich im zweiten Schriftsatz der Lösungsantragstellerin vom 3. März 2021, wurde erstmals auch Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e UMV die Ziffer iii) geltend gemacht. Hierbei handelt es sich um eine unzulässige Erweiterung des Umfangs des Lösungsantrags, die folglich zurückzuweisen ist.

- Hinsichtlich des Löschantrags auf der Grundlage von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e, Ziffer i) UMV ist festzustellen, dass das verfahrensgegenständliche Zeichen nicht die einzig mögliche, natürliche Form der registrierten Waren ist. Folglich ist der auf diese Anspruchsgrundlage gestützte Antrag als unbegründet zurückzuweisen.
 - Mit Blick auf die Geltendmachung der fehlenden Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke handelt es sich bei den relevanten Verbrauchern um das allgemeine Publikum, das einen durchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad aufwendet.
 - Es handelt sich um eine allgemein bekannte Tatsache, dass Brötchen durch Eindrücken des Teiglings mit einfachen Zeichen an ihrer Oberseite verziert werden können. Diese Methode kommt, wie von der Markeninhaberin eingeräumt, auch beim verfahrensgegenständlichen Zeichen zu Tragen.
 - Aus den von der Löschantragstellerin eingereichten Unterlagen geht ferner hervor, dass die Verbraucher daran gewöhnt sind, dass Brötchen häufig eine runde Grundform haben und außerdem auf ihrer Oberfläche eine einfache, durch Stempel erzeugte Dekoration aufweisen können.
 - Zudem ist das Herz ein einfaches, vielfach zur Dekoration benutztes Symbol. Die Verbraucher erkennen darin lediglich eine simple Verzierung. Insbesondere im Zusammenhang mit Backwaren, beispielsweise Keksen, werden sehr häufig derartige Dekorationsformen verwendet.
 - Verfahrensgegenständlich weist das Herzsymbol nicht die geringste Abweichung von der Standardform auf, in der es normalerweise dargestellt wird.
 - Eine zukünftige Kaufentscheidung wird regelmäßig nicht auf die Form des Brötchens gestützt, sondern auf die üblicherweise im Zusammenhang mit den Waren auf der Verpackung angebrachten Hinweis in Wort- oder Bildform.
 - Der angegriffenen Unionsmarke fehlt entsprechend die notwendige Unterscheidungskraft und sie wurde also entgegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b UMV eingetragen und ist daher für nichtig zu erklären.
- 9 Die UM-Inhaberin erhob am 18. Mai 2022 Beschwerde und beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben. Am 24. August 2022 ging die Beschwerdebegründung beim Amt ein.
- 10 Mit Schriftsatz vom 3. November 2022 nahm die Löschantragstellerin Stellung und beantragte, die Beschwerde zurückzuweisen.
- 11 Am 21. Dezember 2022 nahm die UM-Inhaberin erneut Stellung zu den neuesten Ausführungen der Löschantragstellerin. Mit Schreiben vom 11. Januar 2023 teilte die Löschantragstellerin mit, dass sie keine weitere Erwiderung hierauf einreichen werde.

Vortrag und Argumente der Beteiligten

- 12 Die Argumente der UM-Inhaberin in der Beschwerdebegründung können wie folgt zusammengefasst werden:
- Prinzipiell ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angefochtenen Marke auf den Zeitpunkt ihrer Anmeldung, bzw. auf das geltend gemachte Prioritätsdatum abzustellen. Spätere Umstände können gemäß der Rechtsprechung berücksichtigt werden, jedoch nur insoweit sie Rückschlüsse auf die Situation zum

Anmeldezeitpunkt zulassen. Nicht zulässig ist es, auf das heutige Verkehrsverständnis abzustellen.

- Die angegriffene Marke wurde bereits im Jahr 2001 angemeldet. In der angegriffenen Entscheidung wird nicht einmal der Versuch unternommen, Rückschlüsse auf die Gegebenheiten des Anmeldejahrs zu ziehen. Vielmehr wurde die zeitliche Komponente völlig ignoriert.
- Hinsichtlich der undatierten Screenshots, die die Löschantragstellerin eingereicht hat, ist davon auszugehen, dass sie zum Zeitpunkt der Einreichung des Löschantrags im Jahr 2020 erstellt wurden. Andere, datierte Beispiele, stammen aus dem Jahr 2016 und sind damit ebenso wenig aussagekräftig für den verfahrensgegenständlich relevanten Zeitpunkt.
- Das deutsche Markenrecht beschränkt die Möglichkeit eines Löschantrags aufgrund fehlender Unterscheidungskraft und beschreibenden Charakters auf den Zeitraum von 10 Jahren ab dem Tag der angegriffenen Markeneintragung (§ 8 Absatz 1 Nr. 1 und 2 MarkenG). Diese Regelung trägt dem Erfahrungssatz Rechnung, dass nach einem längeren Zeitraum meist keine zuverlässigen Feststellungen mehr über die Schutzfähigkeit eines Zeichens im Zeitpunkt der Markenmeldung getroffen werden können.
- So ist auch verfahrensgegenständlich nicht mehr möglich, auf das Verkehrsverständnis im Jahr 2001 abzustellen. Die Zugrundelegung des heutigen Verkehrsverständnisses, wie in der angegriffenen Entscheidung erfolgt, verbietet sich jedoch.
- Die relevanten Verbraucher haben im Jahr 2001 keinesfalls erwartet, dass *Brot, einschließlich Brötchen* mit dem Ausbund in Form eines Herzens ausgestaltet sind. Eine derartige Ausgestaltung war in jenem Zeitpunkt höchst innovativ.
- So gab es selbst im Jahr 2010 in Deutschland nur einen Bruchteil der Sortenvielfalt im Brötchensortiment. Dies waren zunächst das Standardweizenbrötchen und daneben die Schrippe mit länglichem Schlitz, die Kaiser- oder Sternsemmel im süddeutschen Raum, das Rheinische Schnittbrötchen sowie das Hamburger Rundstück (Anlage HE 1).
- In einer Vielzahl von Anläufen hat die UM-Inhaberin mit verschiedenen Materialien Größen, Formen und Tiefen, anfangs per Hand und dann mit selbst gebastelten Handstüpfeln experimentiert, um ein Standard-Weizenbrötchen mit einem Ausbund in Form eines Herzens herstellen zu können.
- Auch heutzutage ist es nicht üblich, Brot und Brötchen mit dem Ausbund in Form eines Herzens zu gestalten. Google-Suchen mit den Suchbegriffen „Brötchen mit Herz“ oder „Herzbrötchen“ zeigen überwiegend Brötchen in Herzform und nicht mit dem Ausbund in Form eines Herzens (Anlage HE 2).
- Bei den von der Löschantragstellerin eingereichten Abbildungen, wie beispielsweise von der Webseite www.mix-dich-gluecklich.de, handelt es sich zumeist um nicht-gewerbliche Backwaren, die die UM-Inhaberin nicht ahnden kann.
- Das undatierte Beispiel der Bäckerei Pollmeier unterscheidet sich deutlich von der verfahrensgegenständlichen Marke. Es ist kein reines Weizenbrötchen, sondern hat Körner auf der Oberfläche. Auch ist es nicht rund, sondern hat eine eckige Form. Das

Herz ist in viel feineren Linien dargestellt und vermittelt einen deutlich anderen Gesamteindruck.

13 Die Argumente der Löschungsantragstellerin in der Stellungnahme zur Beschwerdebeurteilung können wie folgt zusammengefasst werden:

- Der maßgebliche Zeitpunkt zur Prüfung des Nichtigkeitsgrundes wurde in der angefochtenen Entscheidung berücksichtigt. So hat die Löschungsabteilung ausgeführt, dass Rückschlüsse des heutigen Verbrauchers bei der Prüfung herangezogen werden können. Die Löschungsabteilung ging zutreffend davon aus, dass sich das Verkehrsverständnis in den letzten 20 Jahren nicht geändert hat.
- Zudem stand es der Löschungsabteilung frei, ihre eigenes Verkehrsverständnis heranzuziehen. Es ist davon auszugehen, dass die Mitglieder der Löschungsabteilung auch im Jahr 2001 Konsumenten von Brot und Brötchen waren. Entsprechend kann die Löschungsabteilung aus eigener Erfahrung beurteilen, ob sich das Verbraucherverständnis in den letzten 20 Jahren geändert hat.
- Auch im Jahr 2001 wurden Weizenbrötchen in der runden Form der angegriffenen Marke vielfach verkauft. Auch die Farbe entspricht der eines herkömmlichen Weizenbrötchens. Im Jahr 2001 sahen Weizenbrötchen nicht anders aus als heute.
- Das Symbol des Herzens ist ein bekanntes Symbol, welches seit Jahrhunderten verwendet wird. Die gestempelte Herzform der angefochtenen Marke zeigt eine einfache Grundform eines Herzens ohne weitere Besonderheiten. Es hat eine dekorative Funktion.
- Verfahrensgegenständlich hat die Löschungsabteilung zutreffend nicht darauf abgestellt, ob die Stüpfelung von Brötchen mit Herzsymbolen im Zeitpunkt der Anmeldung neu und unbekannt war, sondern vielmehr darauf, ob dem Verbraucher die geometrische Form bekannt war.
- Dieses Verkehrsverständnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des deutschen Bundespatentgerichts rund um das Jahr 2001: die Unterscheidungskraft der am



11. November 2002 für Waren der Klasse 30 angemeldete Marke wurde in der Entscheidung 32 W (pat) 281/03 vom 3. November 2004 verneint. Gleichfalls wurde die Unterscheidungskraft der am 24. Oktober 2003 für Fischfutter



angemeldeten Marke in der Entscheidung 28 W (pat) 56/04 vom 13. Oktober 2004 verneint. Schließlich ist auch die Entscheidung 28 W (pat) 178/02 vom 28. Mai 2003 von Bedeutung, in welcher das Gericht im Hinblick auf eine



Markenanmeldung vom 11. September 2001 für u. a. Brot und Backwaren wie folgt ausführt:

Eine neu eingeführte Form, zumal wenn sie sich wie vorliegend an vertraute Erscheinungsbilder anlehnt, vermag deshalb beim Verbraucher nicht zwangsläufig schon den Eindruck zu erwecken, es handele sich um die speziell kennzeichnende Form der Ware eines bestimmten Unternehmens. Dagegen spricht auch der Umstand, daß der Verkehr dem Marktauftritt in dieser Form bei den vorliegend versagten Waren tagtäglich ausgesetzt ist, so daß bei ihm eine Gewöhnung eingetreten ist, in einer solchen Darstellung der Ware nur diese selbst zu sehen, der äußeren Formgebung indes keinerlei kennzeichnende Funktion beizumessen, solange sich diese in dem ihm geläufigen verkehrsüblichen Rahmen bewegt.

- Das Stüpfeln und Verzieren von Brot und Brötchen ist seit Jahrhunderten bzw. seit Jahrtausenden bekannt. Insbesondere in der kirchlichen Tradition war und ist es üblich, Brot zu kirchlichen Feiertagen und insbesondere Erntedank zu verzieren.
- Hierzu wird erstmals Anlage BG 1 eingereicht: undatiertes Wikipedia-Ausdruck zum Begriff „Brotstempel“; undatiertes Ausdruck der Webseite der Museen im Saarland, bzw. des Saarländischen Bäckereimuseums, worin ein kirchlicher Brotstempel beschrieben wird; Ausdruck aus dem „Israel Magazin“, nämlich ein Beitrag vom 11. Januar 2012 über einen 1500 Jahre alten, religiösen Brot-Stempel; Artikel auf der Webseite des Bistums Passau „Brotstempel zeigen: Brot ist kostbar“ vom 3. August 2021; Ausdruck zweier Google-Bilderrecherchen vom 31. Oktober 2022, einmal zum Suchbegriff „brot muster“ und einmal zum Suchbegriff „Brot Erntedank“, auf den eingereichten sieben Seiten mit Ergebnissen ist lediglich ein Beispiel einer



▷ Sender Landbrot Rezept ⇒ Ofenmeister •...
ebbing-tm.de

Herzverzierung enthalten:

14 Hierauf nahm die UM-Inhaberin am 21. Dezember 2022 Stellung und argumentierte im Wesentlichen wie folgt:

- Die erstmals im Beschwerdeverfahren angeführten Entscheidungen des deutschen Bundespatentgerichts sind verfahrensgegenständlich irrelevant, da sie nur das Verständnis der deutschen Verbraucher betreffen, es sich vorliegend aber um eine Unionsmarke handelt.
- Zudem ist keine der dort behandelten Marken vergleichbar mit der verfahrensgegenständlich angegriffenen Marke. Die Marke für Süßwaren wies keine Stüpfelung auf, sondern war einfach in Herzform gestaltet. Das angemeldete Baguette war in der üblichen, länglichen Form und wies lediglich einige Einschnitte auf, aber keine Stüpfelung in Herzform. Und hinsichtlich des Fischfutters wurde in der Entscheidung festgestellt, dass eine Herz-Form mit bloßem Auge kaum wahrnehmbar sein und sich das Fischfutter ohnehin bei Berührung mit Wasser auflöse.

- Mit Blick auf die in Anlage BG 1 eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass die dort behandelten Brotstempel vollkommen anders aussehen, als die Stüpfelung der angegriffenen Marke.
- Lässt sich im Nachhinein mit der erforderlichen Sicherheit nicht mehr aufklären, ob ein Schutzhindernis im Eintragungszeitpunkt vorlag - so wie verfahrensgegenständig -, gehen verbleibende Zweifel zu Lasten der Löschungsantragstellerin.

Entscheidungsgründe

- 15 Sämtliche Hinweise auf die UMV in dieser Entscheidung beziehen sich auf die Verordnung (EU) Nr. 2017/1001 (ABl. 2017 L 154, S. 1), welche den geänderten Text der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 kodifiziert, es sei denn, dies ist ausdrücklich anderweitig gekennzeichnet.
- 16 Die Beschwerde entspricht den Artikeln 66, 67 und Artikel 68 Absatz 1 UMV. Sie ist zulässig.
- 17 Sie ist jedoch nicht begründet.

Zu den erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumenten

- 18 Gemäß Artikel 95 Absatz 2 UMV braucht das Amt Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen.
- 19 Gemäß Artikel 27 Absatz 4 DVUM ist bei der Ermessensausübung nach Artikel 95 Absatz 2 UMV zu berücksichtigen, ob die verspätet eingereichten Beweismittel auf den ersten Blick für den Ausgang des Falls von Relevanz erscheinen und aus berechtigten Gründen nicht fristgemäß vorgelegt wurden, insbesondere weil sie bereits fristgemäß vorgelegte einschlägige Tatsachen und Beweismittel lediglich ergänzen oder weil sie der Anfechtung von Feststellungen dienen, die von der ersten Instanz von Amts wegen in der Entscheidung, gegen die sich die Beschwerde richtet, ermittelt oder untersucht wurden.
- 20 Beide Parteien reichten im Laufe des Beschwerdeverfahrens weitere Unterlagen ein.
- 21 Im vorliegenden Fall ist die Kammer der Ansicht, dass die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumente nach Artikel 95 Absatz 2 UMV und Artikel 27 Absatz 4 DVUM akzeptiert werden können.
- 22 Alle eingereichten Dokumente sind *prima facie* relevant für dieses Verfahren und ergänzen bereits vorhandene Beweismittel zum Nachweis des Vorliegens (oder Nichtvorliegens) der Voraussetzungen von Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a UMV. Es handelt sich also um zusätzliche, ergänzende Unterlagen. Zweitens könnten auch diese Beweismittel *prima facie* für den Ausgang des Verfahrens relevant sein, weil sie Aufschluss über die Unterscheidungskraft der angefochtenen Unionsmarke geben können. Schließlich gibt es auch keine Hinweise darauf, dass die Parteien die Unterlagen deshalb eingereicht haben, um das Verfahren lediglich zu verzögern.
- 23 Die Berücksichtigung der ergänzenden Unterlagen beeinträchtigt auch die Verteidigungsrechte der anderen Partei nicht, da beiden Parteien im Beschwerdeverfahren die Gelegenheit hatten, zu den von der Gegenseite eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen.

Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a UMV iVm Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b UMV

- 24 Gemäß Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a UMV wird eine Unionsmarke auf Antrag beim Amt für nichtig erklärt, wenn sie entgegen den Bestimmungen von Artikel 7 UMV eingetragen worden ist. Ferner folgt aus Artikel 7 Absatz 2 UMV, dass Artikel 7 Absatz 1 UMV auch dann Anwendung findet, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der EU vorliegen.
- 25 Der Gesetzgeber hat das Nichtigkeitsverfahren gemäß Artikel 59 UMV als *inter partes* Verfahren gestaltet, welches nur durch einen Antrag nach Artikel 63 UMV eingeleitet werden kann, und dessen Fortführung von Amts wegen nicht möglich ist, sollte der Nichtigkeitsantrag im Laufe des Verfahrens zurückgenommen werden.
- 26 Zudem ist eine im Nichtigkeitsverfahren aufgrund absoluter Nichtigkeitsgründe angegriffene Unionsmarke bereits im Eintragungsverfahren einer strengen und umfassenden Prüfung unterzogen worden, im Rahmen deren das Amt *ex officio* alle Schutzhindernisse gemäß Artikel 7 UMV ausgeschlossen hat (06/05/2003, C-104/01, Libertel, EU:C:2003:244, § 59; 21/10/2004, C-64/02 P, Das Prinzip der Bequemlichkeit, EU:C:2004:645, § 45; 09/09/2010, C-265/09 P, α , EU:C:2010:508, § 45; 19/10/2022 T-486/20, Swisse, EU:T:2022:642, § 75).
- 27 Folglich beschränkt sich das Amt bei der erneuten Prüfung der absoluten Schutzhindernisse im Rahmen des Nichtigkeitsverfahrens im Wesentlichen auf eine Prüfung der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen und Argumente. So ist es Sache des Antragstellers, die notwendigen Fakten und Gründe beizubringen, die das Vorliegen absoluter Schutzhindernisse belegen (12/06/2012, T-165/11, College, EU:T:2012:284, § 26; 28/09/2016, T-476/15, FITNESS, EU:T:2016:568, § 48; 19/10/2022 T-486/20, Swisse, EU:T:2022:642, § 76). Eine erneute Prüfung der absoluten Schutzhindernisse im Wege der Amtsermittlung findet im Lösungsverfahren nicht statt (13/09/2013, T-320/10, Castel, EU:T:2013:424, § 27, 28; 28/09/2016, T-476/15, FITNESS, EU:T:2016:568, § 47, 49; 19/10/2022 T-486/20, Swisse, EU:T:2022:642, § 75).
- 28 Allerdings kann das Amt seine Beurteilung darüber hinaus auf Tatsachen stützen, die auf der allgemeinen praktischen Erfahrung mit der Vermarktung von Massenkonsumgütern beruhen und die jedermann und insbesondere den Verbrauchern dieser Waren bekannt sein können (22/06/2006, C-25/05 P, Bonbonverpackung, EU:C:2006:422, § 51; 15/03/2006, T-129/04, Plastikflaschenform, EU:T:2006:84, § 19; 19/10/2022 T-486/20, Swisse, EU:T:2022:642, § 78). Ebenso darf sich das Amt bei der Beurteilung der geltend gemachten absoluten Nichtigkeitsgründe auf weitere, offenkundige Tatsachen stützen, also Tatsachen, die jeder kennen kann oder die allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können (22/06/2004, T-185/02, Picaro, EU:T:2004:189, § 29).
- 29 Der verfahrensgegenständlich relevante Zeitraum ist Juni 2001, nämlich der Zeitpunkt der Einreichung der angegriffenen Unionsmarke. Tatsachen aus einem darauf folgenden Zeitraum können ebenfalls herangezogen werden, um die Situation zum Zeitpunkt der Benennung zu bewerten (23/04/2010, C-332/09 P, Flugbörse, EU:C:2010:225, § 41, 43). Beweismittel zur Stützung eines Nichtigkeitsgrundes, die sich auf einen Zeitpunkt nach dem Anmeldedatum der angefochtenen Marke beziehen, bleiben nicht von vornherein unberücksichtigt. Auch Dokumente aus einem späteren Zeitraum können Hinweise darüber geben, wie das Zeichen zum Zeitpunkt der Anmeldung von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen wurde. Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die schon lange existierende runde, helle Brötchenform oder das Herzsymbol

auf dem Brötchen im Jahr 2001 vom Publikum in Deutschland anders wahrgenommen worden wäre als heutzutage.

Der anzuwendende Prüfungsmaßstab

- 30 Nach ständiger Rechtsprechung bedeutet Unterscheidungskraft einer Marke gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b UMV, dass die betreffende Marke geeignet ist, die Ware(n), für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (29/04/2004, C-473/01 P & C-474/01 P, Tabs (3D), EU:C:2004:260, § 32 ; 21/01/2010, C-398/08 P, Vorsprung durch Technik, EU:C:2010:29, § 33; 26/02/2014, T-331/12, Gelber Bogen am unteren Rand einer elektronischen Anzeigeeinheit, EU:T:2014:87, § 17; 16/01/2019, T-489/17, DARSTELLUNG EINES FLASCHENVERSCHLUSSES (3D), EU:T:2019:9, § 14; 14/11/2019, T-669/18, VIER AUSGEFÜLLTE LÖCHER IN EINEM REGELMÄßIGEN LOCHBILD (posit.), EU:T:2019:788, § 19).
- 31 Die Rechtsprechung, die zu dreidimensionalen, aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehenden Marken entwickelt wurde, ist ebenfalls einschlägig, wenn die registrierte Marke eine Bildmarke ist, die aus der zweidimensionalen Darstellung der Ware besteht. Denn auch in diesem Fall besteht die Marke nicht aus einem Zeichen, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Waren unabhängig ist (21/04/2015, T-360/12, Device of a chequerboard Pattern (grey), EU:T:2015:214, § 24; 13/09/2018, C-26/17 P, DEVICE OF A PATTERN (fig.), EU:C:2018:714, § 34; 14/11/2019, T-669/18, VIER AUSGEFÜLLTE LÖCHER IN EINEM REGELMÄßIGEN LOCHBILD (posit.), EU:T:2019:788, § 25).
- 32 Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die in der Form der Ware selbst bestehen, sind keine anderen als die für die übrigen Markenkategorien geltenden (22/06/2006, C-25/05 P, Bonbonverpackung, EU:C:2006:422, § 26; 20/10/2011, C-344/10 P & C-345/10 P, Botella esmerilada II, EU:C:2011:680, § 45; 26/10/2017, T-857/16, SHAPE OF A TALL GLASS (3D), EU:T:2017:754, § 21).
- 33 Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, vom Durchschnittsverbraucher nicht zwingend in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, so schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke (29/04/2004, C-456/01 P & C-457/01 P, Tabs (3D), EU:C:2004:258, § 38; 20/10/2011, C-344/10 P & C-345/10 P, Botella esmerilada II, EU:C:2011:680, § 46; 15/12/2016, T-678/15 & T-679/15, DEVICE OF A CRESCENT (fig.) + DEVICE OF A CURVED LINE WIDENING INTO AN ARC IN SHADES OF GREEN (fig.), EU:T:2016:749, § 22; 26/10/2017, T-857/16, SHAPE OF A TALL GLASS (3D), EU:T:2017:754, § 22).
- 34 Unter solchen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Üblichkeit der Branche abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b UMV (20/10/2011, C-344/10 P & C-345/10 P, Botella esmerilada II, EU:C:2011:680, § 47 mwN). Je mehr sich die registrierte Form der Form annähert, in der

die betreffende Ware am wahrscheinlichsten in Erscheinung tritt, umso eher zu erwarten, dass dieser Form die Unterscheidungskraft im Sinne der Vorschrift fehlt (16/12/2020, T-118/20, Form einer Verpackung, EU:T:2020:604, § 28).

- 35 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie registriert worden ist, und zum anderen im Hinblick auf ihre Wahrnehmung durch die maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen (29/04/2004, C-456/01 P & C-457/01 P, Tabs (3D), EU:C:2004:258, § 35; 20/10/2011, C-344/10 P & C-345/10 P, Botella esmerilada II, EU:C:2011:680, § 43; 15/12/2016, T-678/15 & T-679/15, DEVICE OF A CRESCENT (fig.) + DEVICE OF A CURVED LINE WIDENING INTO AN ARC IN SHADES OF GREEN (fig.), EU:T:2016:749, § 21).

Die relevanten Verkehrskreise

- 36 Bei den verfahrensgegenständlichen Waren der Klasse 30 handelt es sich um Esswaren, nämlich *Brot, einschließlich Brötchen*.
- 37 Diese Waren richten sich in erster Linie an den allgemeinen Verkehr (17/12/2014, T-344/14, Deluxe, EU:T:2014:1097, § 20; 26/05/2016, T-331/15, THE SNACK COMPANY, EU:T:2016:323, § 24). Darüber hinaus können sich die Waren auch an ein Fachpublikum (z. B. Fachkräfte in der Gastronomie) richten.
- 38 Die Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise ist von dem Aufmerksamkeitsgrad, den diese Verkehrskreise den Waren entgegenbringen, zu trennen (19/11/2014, T-138/13, Viscotech, EU:T:2014:973, § 47). Der angesprochene Verkehr wird die Lebensmittel schnell und ohne große Aufmerksamkeit kaufen (12/02/2014, T-570/11, La qualité est la meilleure des recettes, EU:T:2014:72, § 30, 31). In diesem Zusammenhang ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, dass der Aufmerksamkeitsgrad des relevanten Publikums im Bereich Lebensmittel deshalb generell hoch sein müsste, weil beim Verzehr der fraglichen Produkte gesundheitliche Aspekte ins Gewicht fielen, so dass das Publikum seine Wahl erst nach einer sorgfältigen Prüfung der verschiedenen verfügbaren Produkte treffen würde (18/02/2016, T-364/14, B!O / BO, EU:T:2016:84, § 17; 26/04/2016, T-21/15, DINO (fig.) / DEVICE OF A DINOSAUR (fig.), EU:T:2016:241, § 20; 15/12/2016, T-112/13, SHAPE OF A 4-FINGER CHOCOLATE BAR (3D), EU:T:2016:735, § 25).
- 39 Verfahrensgegenständlich beziehen sich alle Nachweise, die von Parteien in diesem Verfahren eingereicht wurden, auf Deutschland. Mithin beschränkt sich die Beschwerdekammer in der Prüfung der Begründetheit des Löschungsantrags auf die Wahrnehmung des Verbrauchers in Deutschland.

Fehlende Unterscheidungskraft

- 40 Verfahrensgegenständlich ist die folgende angefochtene Unionsbildmarke zu bewerten:



- 41 Es handelt sich dabei um ein rundes, helles Brötchen, das mittig eine herzförmige Verzierung aufweist, eingedrückt mit einem sog. Stüpfler, oder Brötchendrucker.
- 42 Eine Marke wird normalerweise als Ganzes wahrgenommen und der relevante Verbraucher achtet gerade nicht auf die verschiedenen Einzelheiten (30/06/2005,

C-286/04 P, Botella Corona, EU:C:2005:422, § 22; 07/05/2015, C-445/13 P, Bottle, EU:C:2015:303, § 105 ; 26/10/2017, T-857/16, SHAPE OF A TALL GLASS (3D), EU:T:2017:754, § 25).

- 43 Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht zunächst die einzelnen Gestaltungselemente der Marke nacheinander zu prüfen wären. Es kann sich nämlich als zweckmäßig erweisen, im Zuge der Gesamtbeurteilung jeden einzelnen Bestandteil der betreffenden Marke zu untersuchen (16/01/2014, T-433/12, Knopf im Stofftierohr, EU:T:2014:8, § 18).
- 44 Die Existenz von runden Weizenbrötchen heller Farbe auch schon im Jahr 2001 ist eine offenkundige Tatsache, die sich aus der allgemeinen praktischen Erfahrung im Handel mit gängigen Konsumartikeln ergibt, die jeder kennen kann und die insbesondere den Verbrauchern dieser Waren auch bekannt sind. In einem solchen Fall besteht außerdem keine Verpflichtung, eine derartige praktische Erfahrung mit Beispielen zu belegen (16/10/2014, T-444/12, Linex, EU:T:2014:886, § 30; 08/10/2015, T-78/14, Genuß für Leib & Seele KLOSTER Andechs SEIT 1455 (fig.) / ANDECHSER NATUR SEIT 1908 et al. (fig.), EU:T:2015:768, § 26; 20/01/2021, T-261/19, OptiMar (fig.) /. Mar, EU:T:2021:24, § 42; siehe auch Randnummer 28). Lediglich zur Veranschaulichung dieser offenkundigen Tatsache wird auf folgende Fotos aus Deutschland aus den Jahren 1995 und 1996 verwiesen, die Brötchen mit einer runden, hellen Form zeigen (Stuttgarter Zeitung, 30. Oktober 2016, 20 Jahre Sonntagsbrötchen: Der „Brötchen-Krieg“ von 1995/96: <https://www.stuttgarter-zeitung.de/gallery.20-jahre-sonntagsbroetchen-der-broetchenkrieg-1995-96-der-broetchen-rebell-von-stuttgart.18939d56-c982-409c-8341-113bab0928b8.html>):



„Brötchen-Rebell“: Bäckermeister Thomas Gaux steht im Juni 1995 vor seiner Bäckerei-Filiale in Stuttgart-Luginsland. Foto: StN/Kraufmann



4 / 7 Eine Verkäuferin hält am 3. November 1996 einen Korb voller frischer Brötchen vor einer Dortmunder Bäckerei. Das war damals neu: Mit der Änderung der Ladenschlusszeiten zum 1. November 1996 konnten Bäckereien in Deutschland auch am Sonntagmorgen frische Backwaren anbieten.

- 45 Auch aus Anlage HE 1, von der UM-Inhaberin mit der Beschwerdebeurteilung eingereicht, ergibt sich, dass im Jahr 2010 Weizenbrötchen als Kaiser- oder Sternsemmel, bzw. Rundstücke eine runde Form aufwiesen und heller Farbe waren. Schon immer werden Brote und Brötchen jedenfalls auch in einer runden Form gebacken. Bei dieser Form handelt es sich auch um die nach dem Kneten des Teigs natürlich gegebene Ausgestaltung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies zum verfahrensgegenständlich relevanten Zeitpunkt anders gewesen sein sollte.
- 46 Gleiches gilt für die helle Farbe, die schlicht auf die Verwendung von hellem Weizenmehl zurückzuführen ist. Auch hierbei gab es seit dem relevanten Zeitpunkt keine Veränderungen.
- 47 Ein Herzsymbol, wie es in das Brötchen eingestempelt ist, diente 2001 ebenso wie heutzutage gemeinhin als Ausdruck von Zuneigung und Verbundenheit oder als Symbol

- für Zustimmung oder Begeisterung. Entsprechend kommen Herzgestalten jeglicher Art gerade bei festlichen Anlässen jeglicher Art zum Einsatz. An sich kommt daher einer Herzgestalt keine Unterscheidungskraft zu, da sie lediglich eine starke, positive Emotion zum Ausdruck bringt und lediglich rein anpreisend und werbend wirkt (17/11/2021, T-658/20, FORM EINER TASSE (3D), EU:T:2021:795, § 30).
- 48 Schließlich handelt es sich bei einer Herzgestalt auch um eine einfache geometrische Form, der in der Regel auch keine Unterscheidungskraft zukommt (12/09/2007, T-304/05, Pentagon, EU:T:2007:271, § 22, 33; 13/07/2011, T-499/09, Purpur, EU:T:2011:367, § 34; 13/04/2011, T-159/10, Parallélogramme, EU:T:2011:176, § 28, 30; 06/11/2014, T-53/13, Line which slants and curves, EU:T:2014:932, § 70; 28/06/2017, T-470/16, DARSTELLUNG EINES DREIECKS (fig.), EU:T:2017:442, § 23;), obschon nicht die Einordnung als geometrische Form ausschlaggebend ist, sondern dass die abgebildete geometrische Figur nicht geeignet ist, eine Aussage zu vermitteln, an die sich die Verbraucher erinnern können (13/07/2011, T-499/09, Purpur, EU:T:2011:367, § 36; 29/09/2008, T-139/08, Smiley, EU:T:2009:364, § 31, 37).
- 49 Es ist eine offenkundige Tatsache, dass Herzsymbole vom maßgeblichen Publikum (siehe oben Randnummer 39) zum Zeitpunkt der Anmeldung im Jahr 2001 genauso wahrgenommen wurden wie heutzutage, nämlich als Ausdruck der Sympathie, Zuneigung oder Verbundenheit. Dass die Verwendung einer Herzgestalt auch auf dem verfahrensgegenständlichen Markt der Backwaren nicht ungewöhnlich ist oder war, ergibt sich aus der als Anlage 2 von der Löschantragstellerin am 25. August 2020 eingereichten Google-Bildrecherche, und wird bestätigt in den als Anlage HE 2 von der UM-Inhaberin mit der Beschwerdebeurteilung eingereichten Ausdrucken von Webseiten, die Brötchen in Herzform zeigen.
- 50 Die Verzierung der Oberseite von Brot und Brötchen mit Hilfe von Stempeln oder Drückern bzw. Stüpfeln ist keine Neuheit, sondern eine jahrtausendalte Tradition, wie sich anhand der altertümlichen Brotstempel, wie sie in Anlage BG 1 vom 3. November 2022 zu sehen sind, zweifelsfrei ergibt (siehe insbesondere der Artikel über einen 1500 Jahre alten, religiösen Brot-Stempel im Israel Magazin).
- 51 Insgesamt ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen und unter Berücksichtigung offenkundiger Tatsachen, dass bereits im Juni 2001 die verfahrensgegenständlichen Waren regelmäßig eine runde Form aufwiesen und heller Farbe waren. Des Weiteren ist die Verzierung der Brotoberfläche eine jahrtausendalte Tradition. Im Hinblick auf einfache Herzgestalten waren diese bereits 2001 grundsätzlich als Symbole für Zuneigung oder Begeisterung nicht unterscheidungskräftig. Schließlich war auch die Verwendung dieses Symbols für Backwaren, die zum Beispiel anlässlich Feiern jeglicher Art erworben und verzehrt wurden, marktüblich. Dass die Gestaltung von Lebensmitteln in Herzform jedenfalls im Jahr 2002 in Deutschland (siehe oben Randnummer 39) absolut üblich war, wird auch durch die im Schriftsatz vom 3. November 2022 von der Löschantragstellerin erwähnte Entscheidung des deutschen Bundespatentgerichts (32 W (pat) 281/03) bestätigt. In jener Entscheidung wurden Zuckerwaren in Herzform als nicht unterscheidungskräftig zurückgewiesen.
- 52 Insgesamt besteht das angefochtene Zeichen lediglich aus einer bereits im Jahr 2001 naheliegenden Verknüpfung branchenüblicher und nicht unterscheidungskräftiger Elemente. In ihrer Gesamtheit war die angefochtene Marke 2001 nicht derart auffällig, dass sie dem Verbraucher im Gedächtnis haften geblieben wäre (14/02/2019, T-123/18, DARSTELLUNG EINES HERZENS (fig.), EU:T:2019:95, § 30).

- 53 Dass die Löschantragstellerin nicht nachgewiesen hat, dass zum relevanten Zeitpunkt Brote oder Brötchen vertrieben wurden, die der angefochtenen Marke entsprachen, vermag nicht zur Ablehnung des Löschantrags zu führen. Dieser Umstand reicht nämlich als solcher nicht als Nachweis dafür aus, dass die registrierte Form erheblich von der Norm und der Branchenüblichkeit abwich und ihr deshalb Unterscheidungskraft zukam (17/11/2021, T-658/20, FORM EINER TASSE (3D), EU:T:2021:795, § 33).
- 54 Einem Zeichen fehlt umso eher die originäre Unterscheidungskraft, je mehr sie sich der Form annähert, in der die betreffende Ware (bzw. ihre Verpackung oder Aufmachung) am wahrscheinlichsten in Erscheinung tritt. Nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht, kann eine herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen (29/04/2004, C-456/01 P & C-457/01 P, Tabs (3D), EU:C:2004:258, § 39; 07/05/2015, C-445/13 P, Bottle, EU:C:2015:303, § 91; 26/10/2017, T-857/16, SHAPE OF A TALL GLASS (3D), EU:T:2017:754, § 23). Neuheit und Originalität sind keine maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft (17/12/2010, T-336/08, Hase, EU:T:2010:546, § 24; 26/11/2015, T-390/14, JK KANGOO JUMPS XR, EU:T:2015:897, § 25; 26/10/2017, T-857/16, SHAPE OF A TALL GLASS (3D), EU:T:2017:754, § 23).
- 55 Wie bereits ausgeführt, waren helle, runde Brote bzw. Brötchen bereits 2001 gang und gäbe. Das Herz auf dem Brötchen wurde zum Anmeldezeitpunkt ebenso als ein rein dekoratives, marktübliches und damit nicht unterscheidungskräftiges Symbol wahrgenommen.
- 56 Ob es die UM-Inhaberin war, die erstmalig mit einem Herzstempel verzierte Brötchen auf den Markt eingeführt hat, ist ebenfalls unerheblich und kann an dem bereits festgestellten nicht unterscheidungskräftigen Charakter des Zeichens nichts ändern (vgl. für beschreibende Ausdrücke: 06/02/2013, T-412/11, Transcendental meditation, EU:T:2013:62, § 92).
- 57 Dass es sich bei dem Ausbund in Form eines Herzens im relevanten Zeitpunkt um ein hochgradig innovatives Gestaltungselement gehandelt haben soll, kann vor dem Hintergrund der jahrtausendalten Brotstempel, die im Vergleich dazu viel aufwendiger gestaltet waren (siehe beispielsweise Anlage BG 1 vom 3. November 2022), nicht nachvollzogen werden.
- 58 Auch der Hinweis der UM-Inhaberin auf § 50 Absatz 2 MarkenG in Verbindung mit § 8 Absatz 1 Nr. 1 MarkenG geht ins Leere. Eine entsprechende Vorschrift, nach der ein auf das Fehlen originärer Unterscheidungskraft gestützter Nichtigkeitsantrag nur innerhalb einer Frist von zehn Jahren nach dem Tag der Eintragung der angefochtenen Marke gestellt werden kann, fehlt nämlich gerade in der Unionsmarkenverordnung.
- 59 Die Löschanstalt hat zutreffend das Fehlen des notwendigen Mindestmaßes an Unterscheidungskraft der angegriffenen Unionsmarke gemäß Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a UMV iVm Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b UMV festgestellt. Die Beschwerde ist folglich als unbegründet zurückzuweisen.

Kosten

- 58 Nach Artikel 109 Absatz 1 UMV muss die UM-Inhaberin als unterliegende Beteiligte des Beschwerdeverfahrens die Kosten der Löschantragstellerin für das Beschwerdeverfahren tragen.
- 59 In Bezug auf das Beschwerdeverfahren bestehen diese aus den Kosten der Löschantragstellerin für einen zugelassenen Vertreter in Höhe von EUR 550.

- 60 In Bezug auf das Lösungsverfahren hat die Nichtigkeitsabteilung angeordnet, dass die UM-Inhaberin die Vertretungskosten der Lösungsantragstellerin, die auf den Betrag von EUR 450 festgesetzt waren, sowie die Lösungsgebühr von EUR 630 zu tragen hat. Diese Entscheidung bleibt unberührt. Der Gesamtbetrag für beide Verfahren beläuft sich daher auf EUR 1 630.

Tenor der Entscheidung

Aus diesen Gründen entscheidet

DIE KAMMER

wie folgt:

- 1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen;**
- 2. Die UM-Inhaberin hat die Vertretungskosten der Löschantragstellerin im Beschwerdeverfahren, die auf EUR 550 festgesetzt sind, zu tragen. Der von der UM-Inhaberin in dem Beschwerde- und in dem Lösungsverfahren zu zahlende Gesamtbetrag beläuft sich auf EUR 1 630.**

Unterzeichnet

V. Melgar

Unterzeichnet

A. Pohlmann

Unterzeichnet

P. von Kapff

Geschäftsstellenbeamter

Unterzeichnet

p.o. M. Chaleva

