



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 42/02

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
1. Oktober 2004

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 395 20 154

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Engels

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. August 1998 und vom 24. Januar 2002 aufgehoben.
Der Widerspruch aus der Marke 2 069 437 wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die am 12. Mai 1995 als Kollektivmarke angemeldete Marke 395 20 154



ist am 6. Oktober 1995 für

"Dienstleistungen einer gemeinnützigen, karitativen Einrichtung einschließlich Organisation und Durchführung karitativer Hilfsleistungen Bedürftiger auf nationaler und internationaler Ebene"

in das Markenregister eingetragen worden.

Hiergegen hat die Inhaberin der älteren Marke 2 069 437



die in Schwarz-weißer Darstellung angemeldet wurde und seit dem 28. Juni 1994 für zahlreiche Waren der Klassen 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 20, 22, 24 und 25 sowie für die Dienstleistungen

"Transport von Notfallpatienten, Kranken, Verletzten sowie geistig und körperlich behinderten Personen, Rettungsdienste; Veranstaltung von Reisen, insbesondere von Erholungs- und Pilgerreisen mit Kranken und/oder Behinderten; Reisebegleitung, insbesondere für Kranke und Behinderte; Rückholddienste; Ausbildung in Erster Hilfe, im Sanitätsdienst, im Zivil- und Katastrophenschutz, in der Unfall- und Katastrophenhilfe, in der Pflege von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, im Gymnastikunterricht, Organisation und Veranstaltung von Konferenzen, Kongressen und Seminaren; Dienstleistungen in Erster Hilfe und im Sanitätsdienst; Dienstleistung im Zivil- und Katastrophenschutz, nämlich Sanitätsdienst, ABC-Dienst, Betreuungsdienst von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Fernmeldedienst; Dienstleistung in sozialen und karitativen Betreuungsdienst, nämlich Hilfsdienste für Alte, Kranke und Behinderte, Mahlzeitendienste; Medikamentennotdienst; Dienstleistungen von Ärzten, Chiropraktikern, Chirurgen, Optikern, Physiotherapeuten, eines Sanitäters, eines Zahnarztes; Dienstleistungen einer medizinischen Ambulanz, eines Altenheimes, einer Blutbank, von Erholungsheimen, von Genesungsheimen, eines Krankenhauses, eines Kurheimes, eines medizinischen Labors, einer Lepra-station, eines Pflegeheimes, eines Sanatoriums"

eingetragen ist, Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, dem Widerspruch stattgegeben, die Verwechslungsgefahr der Marken bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Trotz des in der jüngeren Marke zusätzlich enthaltenen Wortbestandteils "LAZARUS" wirke der Bildbestandteil "Wappen mit Wappenschild" kollisionsbegründend, weil die Veränderungen gegenüber der älteren Marke bei teilweiser Ähnlichkeit oder Identität der Dienstleistungen zu gering seien. Historische Betrachtungen spielten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwechslungsgefahr keine Rolle.

Die von der Inhaberin der angegriffenen Marke eingelegte Erinnerung blieb aus denselben Gründen ohne Erfolg.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke. Zur Begründung weist sie zunächst auf die Ausführungen des dortigen Inhabers der angegriffenen Marke und Beschwerdegegners im Schriftsatz vom 10. März 2003 in der Parallelsache 25 W (pat) 85/02 hin, in der die Markenstelle eine Verwechslungsgefahr zwischen denselben Marken verneint hatte. Eine von der Widersprechenden geltend gemachte gesteigerte Kennzeichnungskraft bzw eine Verkehrsbekanntheit der älteren Marke werde nach wie vor ausdrücklich bestritten. Die Kreuz-Darstellung sei auf dem vorliegenden Dienstleistungsbereich verbraucht, wovon auch schon der 29. Senat des BPatG in seiner Entscheidung 29 W (pat) 73/98 ausgegangen sei. Der entsprechenden Abbildung käme daher nur noch eine eingeschränkte Kennzeichnungskraft zu, so daß das Publikum darin ohne weitere individualisierende Hinweise keinen betrieblichen Hinweis erkennen könne. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke beruhe daher nur auf der unten spitz zulaufenden Form des Wappenschildes und der hellen Kreuzdarstellung auf dunklem Hintergrund und könne sich daher nur auf die von der Widersprechenden tatsächlich benutzte Darstellung beziehen. Dem stehe die angegriffene Marke mit einem grünen Kreuz auf hellem Untergrund und einem unten runden Wappenschild gegenüber, so daß ein deutlicher Unterschied zur älteren Mar-

ke bestehe. Es verhalte sich auch nicht so, daß der Bildteil der Marke dominiere. Vielmehr gingen Wort- und Bildteil der angegriffenen Marke eine Einheit ein. Der Verbraucher werde den Wortteil in der jüngeren Marke daher nicht übersehen. Die Grundsätze der "PUMA"-Entscheidung des BGH, wonach die Marken ihrem Gesamteindruck nach zu beurteilen seien, sprächen ebenso gegen eine Verwechslungsgefahr wie die Art der Farbgebung. Es stelle einen Missbrauch dar, wenn die Widersprechende über die Schwarz-Weiß-Eintragung ihrer Marke der angegriffenen Marke den Schutz verweigern lassen wolle, denn beide Marken existierten seit langem nebeneinander. Daher bestehe auch unter dem Gesichtspunkt des Rechts der Gleichnamigen keine Verwechslungsgefahr. Schließlich müsse der vorliegende Fall auch wegen Verwirkung nach § 21 MarkenG zu einer Zurückweisung des Widerspruchs führen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. August 1998 und vom 24. Januar 2002 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 2 069 437 zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie schließt sich der Auffassung der Markenstelle an und nimmt auf ihre Beschwerdebegründung in der Parallel-Sache 25 W (pat) 85/02 Bezug. Dort hatte sie vorgetragen, daß die Marken ihrem Gesamteindruck nach verwechselbar seien, da das Wappenschild entgegen der Ansicht der Markenstelle die angegriffene Marke präge, weil es als grafisches Element als erstes ins Auge falle. Davon sei auch die Markenstelle im Widerspruchsverfahren gegen die Marke 395 20 154 ausgegangen. Die grafischen Unterschiede der Bildbestandteile fielen so geringfügig-

gig aus, daß eine Verwechslungsgefahr bei Teilidentität der fraglichen Dienstleistungen nicht ausgeräumt werden könne. Das achtspeitzige Kreuz sei hinreichend originell und kennzeichnungskräftig, um Verwechslungen hervorzurufen, denn es werde seit der Gründung des Malteser-Hilfsdienstes im Jahr 1953 mit hohem Bekanntheitsgrad benutzt. Eine Schwächung durch Benutzung Dritter wie durch die Johanniter-Unfallhilfe sei nicht eingetreten, weil Malteser und Johanniter historisch eng miteinander verbunden seien. Es könne sein, daß die Verwendung eines Kreuzes für karitative Organisationen weit verbreitet seien; dies gelte aber nicht für das achtspeitzige Kreuz. Die farbige Gestaltung der angegriffenen Marke könne eine Verwechslungsgefahr nicht verhindern, zumal dieses Merkmal auf Fotokopien nicht erkennbar sei und wegen der Schwarz-weiß-Eintragung der älteren Marke auch farbliche Gestaltungen geschützt seien. Dies habe das EuG in der Entscheidung T-127/02 vom 21. April 2004 – Europawappen – bestätigt. Auf das Recht der Gleichnamigen könne sich die Inhaberin der angegriffenen Marke ebenfalls nicht berufen, zumal die angegriffene Marke erst seit 1973 und zudem nur regional eingesetzt werde. Im übrigen gelte das Recht der Gleichnamigen nur für zwei nebeneinander bestehende Geschäftsbezeichnungen, was nicht gleichzeitig auch zum Erwerb eines Markenschutzes berechtige. Daher könne der Widersprechenden auch nicht Verwirkung entgegengehalten werden.

Ergänzend trägt die Widersprechende vor, die Marken seien für sehr ähnliche, zum Teil sogar für identische Dienstleistungen bestimmt. Da das Wort "LAZARUS" in der angegriffenen Marke im Verhältnis zum Bildbestandteil eine eher untergeordnete Bedeutung für den Gesamteindruck habe, würden die Marken weniger von Abweichungen, sondern von Übereinstimmungen geprägt, was für Verwechslungsgefahr spreche. In Frage komme auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr, da die ältere Marke häufig mit Zusätzen wie "MHD" uä benutzt werde und dadurch als Herkunftshinweis im Sinne eines Serienzeichens wirke.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten sowie der Akten in der Parallel-Sache 25 W (pat) 85/02 und die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Der Senat ist der Auffassung, daß zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht.

1. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es neben dem Grad der Ähnlichkeit der Waren bzw Dienstleistungen und der Ähnlichkeit der Marken maßgeblich darauf an, von welchem Schutzgegenstand und welchem Grad der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen ist, da hierdurch der Schutzbereich einer Marke bestimmt wird.

a. Grundlage der Entscheidung über einen markenrechtlichen Widerspruch nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG ist nicht die konkrete Benutzungsform, sondern die den Schutzgegenstand bildende Marke entsprechend der im Register eingetragenen Form mit ihrem danach zu bemessenden Schutzbereich. Als Schutzgegenstand ist der Gegenstand der Anmeldung in seiner gewählten Form anzusehen, an dem die Untersuchung der Schutzfähigkeit wie auch der Verwechslungsgefahr als Vergleichsobjekt anknüpft, während der Schutzbereich der Bereich ist, in den kein Mitbewerber für identische oder ähnliche Waren (bzw Dienstleistungen) bei der Wahl seines angemeldeten Zeichens eindringen darf, wenn dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorgerufen wird. Dabei wird der Schutzbereich wesentlich von der Kennzeichnungskraft bestimmt (vgl Schulze zur Wiesche GRUR 1969, 15).

aa. Dies bedeutet für farbig angemeldete und eingetragene Marken, daß ihr Schutz auf die konkrete farbige Gestaltung festgelegt ist, diese also den Schutzgegenstand wie auch den Schutzzumfang bestimmt und beschränkt (vgl BPatG MarkenR 2002, 348 – Farbige Arzneimittelkapsel; BGH GRUR 2004, 683 – Farbige Arzneimittelkapsel). Dementsprechend ist die angegriffene Marke auf die farbige Darstellung eines grünen achtspitzigen Kreuzes auf einem weißen Hintergrund in Form eines Wappenschildes festgelegt.

bb. Die Widerspruchsmarke hingegen ist in schwarz-weißer Darstellung angemeldet und in dieser Kombination eingetragen worden. Ob der Schutzgegenstand der älteren Marke daher ebenfalls ausschließlich auf diese Art der Wiedergabe beschränkt oder ob davon auch eine farbige Darstellung umfasst ist, ist in der Rechtsprechung zum Markengesetz nicht eindeutig geklärt.

Nach früherer Spruchpraxis wurde einer schwarz-weiß eingetragenen Marke Schutz auch für eine beliebige farbige Wiedergabe zugebilligt, wobei eine Unterscheidung zwischen Schutzgegenstand einerseits und Schutzzumfang andererseits häufig nicht getroffen wurde (vgl BPatG MarkenR 2002, 348 – Farbige Arzneimittelkapsel; Ströbele/Hacker aaO, § 9, Rdnr 145 ff ; s.a. RG GRUR 1937, 1097; BGH GRUR 1956, 183 – Drei-Punkt-Urteil; GRUR 1957, 553 – Tintenkuli; BPatG GRUR 1997, 530 – Rohrreiniger; missverständlich Fezer, MarkenG, 2. Aufl, § 32, Rdnr 20). Die mit dem Markengesetz eingeführte Möglichkeit, auch für abstrakte Farben Markenschutz zu erlangen, erfordert eine differenzierte Bewertung der Frage, welche farbige Darstellung einer schwarz-weiß eingetragenen Bildmarke vom Schutzgegenstand erfasst ist.

Dabei richtet sich diese Beurteilung nicht nach den Grundsätzen einer rechtserhaltenden Benutzung im Sinne des § 26 Abs 3 MarkenG (vgl BGH GRUR 1996, 775 – SALI TOFT), denn diese betreffen lediglich die Frage, ob aus einer Marke trotz der abweichenden Benutzungsform überhaupt Rechte geltend gemacht werden können.

Unproblematisch dürfte die Bestimmung des Schutzgegenstandes für reine Wortmarken sein, da hierbei nach allgemeiner Auffassung von vornherein gewisse Abwandlungen in der Schrift, so zB Großbuchstaben anstelle von großem Anfangs- und folgenden Kleinbuchstaben, im Kollisionsverfahren zu berücksichtigen sind. Die farbige Wiedergabe eines Markenwortes dürfte daher den Gegenstand der Marke selbst im allgemeinen nicht grundlegend verändern. Daher ist generell anerkannt, daß sich der Schutzgegenstand einer schwarz-weiß eingetragenen Wortmarke im Rahmen der Beurteilung der Kollisionsgefahr auch auf eine farbige Wiedergabe erstrecken kann, weil die Markenidentität dadurch kaum in Frage gestellt ist. Eine solche Bewertung begegnet bei schwarz-weiß eingetragenen, aber in farbiger Darstellung verwendeten Bildmarken allerdings Bedenken, soweit der Gesamteindruck der Marke wesentlich beeinflusst wäre. So hatte auch schon das Reichsgericht (RGZ 82, 243 - Apollinaris) ausgeführt, daß die Grenze einer vom Schutz umfassten "Farbgestaltung dort zu ziehen sei, wo durch die Wahl einer bestimmten Farbgebung ein anderes Zeichenbild geschaffen werde, in welchem sich dem Beschauer ein anderes Bild als das eingetragene Zeichen biete" und dieser in der Wiedergabe das eingetragene Zeichen nicht wiederfinde. Auch der Bundesgerichtshof ist dieser Rechtsprechung gefolgt und hat in der "Drei Punkt"-Entscheidung (GRUR 1956, 183) ausgeführt, daß sich der Markenschutz nicht auf eine Farbgebung der älteren Marke erstrecken kann, die gegenüber der eingetragenen Form zu einem abweichenden Bild mit anderen charakteristischen Merkmalen führt. Ebenso hatte auch das Bundespatentgericht in seiner Entscheidung BPatGE 10, 89 festgestellt, daß eine schwarz-weiß eingetragene Marke für die farbige Wiedergabe dann keinen Schutz beanspruchen könne, wenn diese durch die Farbgebung zu einem abweichend gestalteten Bild führe. Im Widerspruchsverfahren könne ein derart veränderter Zeichenbestandteil nicht kollisionsbegründend wirken.

c. Der Senat sieht keinen Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzuweichen (vgl. BPatG MarkenR 2002, 348 – Farbige Arzneimittelkapsel). Im vorliegenden Fall hat der Senat Bedenken, ob diese Grenze bei der Widerspruchsmarke nicht schon überschritten ist. Hier stehen sich zwei Marken gegenüber, die beide ein Wappenschild enthalten. Anders als bei Wortmarken, bei denen der Charakter der Marke bei einer farbigen Wiedergabe nicht ohne weiteres berührt wird, steht bei Wappen wie auch bei Flaggen oder Hoheitszeichen regelmäßig eine konkrete Farbgebung im Vordergrund, so daß eine farbliche Veränderung dem Betrachter ein anderes Bild vermittelt. Fraglich ist zudem, ob der Verkehr bei einer Wiedergabe der Widerspruchsmarke in grüner Farbe diese überhaupt wieder erkennt.

d. Ob diese Beurteilung des Schutzgegenstandes auch dann gilt, wenn die Widerspruchsmarke in einer farblichen Kontrast-Umkehr dargestellt wird, sich also nicht nur im Rahmen gleicher Hell-Dunkel-Kontraste hält, sondern diese umkehrt, ist Frage des Einzelfalles, weil in vielen Fällen in der farbigen Gestaltung der Wesensgehalt einer Abbildung zum Ausdruck kommt, wie am Beispiel der Wiedergabe von Flaggen in Graustufen zu erkennen ist.

Nach Auffassung des Senats umfasst der Schutzgegenstand wegen des Wappencharakters der Vergleichsmarken allenfalls eine Darstellung, die eine den Grauwerten entsprechende farbige abgestufte Tönung zeigt, nicht dagegen eine Abbildung, die zusätzlich auf einer Kontrast-Umkehr insbesondere verschiedener Farben beruht. Eine (ein-)farbig abgestufte Gestaltung, welche die Kontrastwirkung der eingetragenen Schwarz-weiß-Darstellung beibehält, wahrt eher den Charakter dieser Marke als bei einer Kontrastumkehr. Würde die Widerspruchsmarke mit dunklem Kreuz auf hellem Hintergrund wiedergegeben, entstünde dadurch eine wesentlich veränderte Bildwirkung.

Der Markenschutz, den die schwarz-weiß eingetragene Widerspruchsmarke im vorliegenden Fall beanspruchen kann, kann sich damit allenfalls auf eine farbige Wiedergabe beziehen, die sich im Rahmen gleicher Kontraste hält, also ein helles Kreuz auf dunklem Untergrund zeigt. Davon abweichende Darstellungen, insbesondere solche, die eine Kontrast-Umkehr enthalten, sind vom Schutzgegenstand nicht mehr umfasst und können nicht mehr zur Bemessung des Schutzbereichs und damit zur Verteidigung der älteren Marke herangezogen werden. Würde sich nämlich der Schutz auch auf eine Darstellung der Widerspruchsmarke in der Weise erstrecken, wie sie der Darstellung der angegriffenen Marke entspräche, also ein grünes Kreuz auf weißem Hintergrund enthielte, würde sich durch diese Art der Farbumkehr nämlich der Bild-Eindruck der älteren Marke verändern, da die Gestaltung der Kontraste in der eingetragenen Schwarz-weiß-Darstellung gerade ein weißes Kreuz auf dunklem bzw schwarzem Untergrund zeigt. Auf diese Gestaltung ist nach Ansicht des Senats die Widerspruchsmarke beschränkt. Eine Farbumkehr würde hier zu einer anderen Kennzeichnung führen, wie am Beispiel der Schweizer Flagge, die ein weißes Kreuz auf rotem Grund zeigt, und dem Symbol des Roten Kreuzes zu erkennen ist, das ein rotes Kreuz auf weißem Grund enthält.

2. Weiter von Bedeutung für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist die Kennzeichnungskraft der älteren Marke.

a. Die Darstellung eines achtspeitzigen Kreuzes ist Gegenstand zahlreicher Orden und wird zudem in Hoheitszeichen und Flaggen verwendet, wie sich aus den von der Inhaberin der angegriffenen Marke vorgelegten Unterlagen ergibt. Der Verkehr nimmt das sog Malteser-Kreuz (vgl zB Brockhaus Enzyklopädie, 20. Aufl, 12. Band, Stichwort: Kreuzformen) somit in zahlreichen Darstellungen und Bildern wahr. Wenngleich diese Art der Verwendung im allgemeinen nicht markenmäßig, dh zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft, erfolgt, begegnen diese Abbildungen den Verbrauchern auf unterschiedlichen Gebieten. Diese werden bestehende Abweichungen wahrnehmen, die zB in der unterschiedlichen Farbe oder

Hintergrundgestaltung bestehen. Diese Art der Verwendung wirkt sich allerdings insoweit noch nicht im Sinne einer Schwächung der Widerspruchsmarke aus, als sie für die einschlägigen Waren bzw Dienstleistungen nicht kennzeichnend geschieht.

b. Daß das achtspitziige Kreuz auf dem vorliegenden Dienstleistungssektor wegen Verwendung im Verkehr durch dritte Organisationen verbraucht ist, wie die Inhaberin der angegriffenen Marke weiter vorträgt, kann in dieser Deutlichkeit zwar nicht festgestellt werden. Die von ihr vorgelegten Beispiele zeigen im wesentlichen einfache Kreuzdarstellungen wie zB die des Roten Kreuzes oder der Arbeiterwohlfahrt (vgl Anlage BF 1 zum Schriftsatz vom 10. Juni 2003). Diese Zusammenstellung zeigt, daß die Form der Kreuzdarstellungen variiert, diese aber im karitativen Bereich grundsätzlich eher nicht originell erscheinen, da sie als Symbol für Wohlfahrtspflege im weiteren Sinne eingesetzt werden.

Die konkrete Farbgestaltung spielt bei der Wiedererkennung einer solchen Kennzeichnung für den Verkehr nach der Lebenserfahrung eine herausragende Rolle. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß außer der Widersprechenden mit dem Johanniter-Orden eine weitere karitativ tätige Organisation ein achtspitziiges Kreuz, nämlich in roter Farbe, verwendet, wie zB auf den Krankenwagen im Straßenverkehr zu erkennen ist. Darüber hinaus benutzt die Johanniter-Unfall-Hilfe das sog Malteser-Kreuz auch in weißer Farbe, allerdings in einem roten Kreis, der von einem weißen Ring mit der Inschrift "Johanniter-Unfall-Hilfe" umgeben ist, so daß sich die benutzte Form der Widerspruchsmarke und die Benutzungsformen des Johanniter-Ordens lediglich in der Ausgestaltung des Hintergrundes – Wappenschild bzw Kreis – unterscheiden, nicht aber einmal mehr durch die Farbigkeit des Kreuzes selbst. Daß der Johanniter-Orden wie auch der Malteser-Orden denselben historischen Ursprung haben, dürfte nach der Lebenserfahrung nur einem geringen Teil des Verkehrs bekannt sein und rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dem überwiegenden Teil sind diese als unterschiedliche und voneinander unab-

hängige Organisationen bekannt, die als Konkurrenten auf demselben karitativen Sektor tätig sind und sich dabei desselben Symbols bedienen.

Die Verbraucher, denen diese Kennzeichnungen begegnen, sind daher dazu angehalten, sich Einzelheiten in bezug auf die konkrete Farbe bzw. Farbkombination und die Umrahmung oder die Hintergrundgestaltung zu merken, wenn sie Dienstleistungen eines bestimmten Anbieters in Anspruch nehmen wollen. Die unterschiedliche Farbgebung der sich hier gegenüberstehenden Marken ist daher durchaus geeignet, die Marken im Geschäftsverkehr auseinander zu halten.

Daß das Publikum auch daran gewöhnt ist, auf dem vorliegenden Dienstleistungsbereich solche Unterscheidungen bereits mittels der Farbgebung zu treffen, zeigt sich nicht zuletzt am Beispiel der Kreuz-Darstellung des Deutschen Roten Kreuzes e.V.. So verwendet das Deutsche Grüne Kreuz e.V., eine gemeinnützige Vereinigung zur Förderung der gesundheitlichen Vorsorge und Kommunikation in Deutschland mit Sitz in Marburg/Lahn, ein solches Kreuz in grüner Farbe auf hellem Grund zur Kennzeichnung ihres Serviceangebots. Das Blaue Kreuz in Deutschland e.V. mit Sitz in Wuppertal befasst sich mit Suchtkrankenhilfe und benutzt ein blaues Kreuz auf hellem Untergrund, das von einem blauen Kreis umgeben ist. (Lediglich ergänzend ist die Hilfsorganisation Gelbes Kreuz International zu nennen, die sich mit internationaler Friedenspolitik beschäftigt und auf ihrer Internet-Seite eine Anschrift in Österreich als Kontaktadresse angibt.) Allen diesen Kreuzen ist dieselbe Kontur mit einer relativ breiten Strichführung und gleich langen Kreuzlinien zu eigen, so daß allein wegen der Kreuzdarstellung an sich keine Unterscheidung möglich erscheint. Allein die verschiedenen Farben gewährleisten ein Auseinanderhalten der Symbole im Geschäftsverkehr.

Begegnen dem Verkehr daher Malteser-Kreuze in unterschiedlicher Farbgebung, ist er auch hier gezwungen, sich an der unterschiedlichen Farbgestaltung zu orientieren, wenn bekannt ist, daß sich die einzelnen Organisationen in ihren Emblemen zu besserer Unterscheidbarkeit verschiedener Farben bedienen.

Diese Umstände sprechen dafür, dem sog Malteser-Kreuz eine Kennzeichnungskraft zuzumessen, die sich in der Bandbreite durchschnittlicher Kennzeichnungskraft eher im unteren Bereich bewegt.

c. Für die von der Widersprechenden geltend gemachte gesteigerte Kennzeichnungskraft wäre eine durch intensive und nicht nur kurzfristige Benutzung entstandene gesteigerte Verkehrsbekanntheit erforderlich, zu deren Feststellung alle relevanten Umstände zu berücksichtigen sind. Hierzu zählen insbesondere Marktanteile, Intensität, geografische Verteilung und Dauer der Markenverwendung, die dafür aufgewendeten Werbemittel sowie die dadurch erreichte Bekanntheit bei den beteiligten Verkehrskreisen, die nicht allein aus den erreichten Umsatzzahlen abgeleitet werden kann (vgl EuGH GRUR 1999, 723 – Chiemsee; GRUR Int 1999, 734 – Lloyd; GRUR 2002, 804 – Philips; BGH GRUR 2002, 1067 – DKV / OKV; Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl, § 9, Rdnr 295 ff). Die die Rechtsbehauptung stützenden Tatsachen hat der Inhaber der älteren Marke darzulegen und glaubhaft zu machen (vgl BPatG GRUR 2001, 513 – CEFABRAUSE / CEFASEL; BPatG PAVIS PROMA, Kliems, 25 W (pat) 210/02 – Acelat/ACESAL; Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 305 f; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl, § 42, Rdnr 54), und zwar für alle von ihr in diesem Zusammenhang beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen (vgl BGH WRP 2004, 1046 – Zwilling/Zweibrüder; Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 308).

Die von der Widersprechenden im Parallelverfahren 25 W (pat) 85/02 vorgelegten Unterlagen, mit denen die dort bestrittene Benutzung der älteren Marke glaubhaft gemacht werden sollte, sind nach Auffassung des Senats zum Nachweis einer durch intensive, markenmäßige Benutzung nachträglich gesteigerten Kennzeichnungskraft der älteren Marke in ihrer eingetragenen Form nicht geeignet. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sowohl eine gesteigerte Kennzeichnungskraft als auch die Verkehrsbekanntheit der Widerspruchsmarke bestritten.

Abgesehen davon, daß damit die Verkehrsbekanntheit nicht "liquide" ist (vgl BPatG GRUR 2001, 513 – CEFABRAUSE / Cefasel mwH), zeigt das überreichte Material im wesentlichen die Verwendung der Widerspruchsmarke in farbiger Gestaltung mit weißem Kreuz auf rotem Hintergrund. In diesem Zusammenhang bestehen Zweifel bereits daran, ob die Art der Verwendung der markenmäßigen Kennzeichnungskraft zugerechnet werden könnte (vgl BGH MarkenR 2003, 385 – City Plus). Die vorgelegten Benutzungsbeispiele geben keinen Aufschluß darüber, inwieweit die Bekanntheit durch die Verwendung der eingetragenen Widerspruchsmarke gefördert worden ist.

Nach den Unterlagen kann auch nicht ausgeschlossen werden, daß Zusätze wie "Malteser", "MHD" oder "Malteserhilfsdienst" die Wiedererkennung der Marke im Verkehr beeinflussen und die Kennzeichnungskraft nur aus der Verbindung des Wappenschildes mit Kreuz und der Bezeichnung herrührt. Zudem fehlen Unterlagen darüber, zB in Form von Prospekten oä, für welche konkreten Dienstleistungen die Marke als Kennzeichnung eingesetzt worden ist. Daß, wie von der Widersprechenden vorgetragen, das farbige Malteser-Kreuz bei Kopien schwarz-weiß wiedergegeben wird, spricht allerdings nicht gegen diese Beurteilung, da auch insoweit bereits fraglich ist, ob und gegebenenfalls für welche Waren oder Dienstleistungen eine solche Darstellung verwendet worden ist.

Diese Umstände stehen nach Ansicht des Senats der Anerkennung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke entgegen.

3. Die Frage, von welchem Grad der Kennzeichnungskraft ausgegangen wird, bedarf letztlich keiner Entscheidung, denn selbst wenn bei der Widerspruchsmarke eine gesteigerte Kennzeichnungskraft und ein entsprechend erhöhter Schutzzumfang zugrunde gelegt wird, besteht auch unter Berücksichtigung teilweise identischer Dienstleistungen und allgemeiner Verkehrskreise mangels ausreichender Ähnlichkeit der Marken nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

a. Bei der Prüfung der Ähnlichkeit der Marken ist vom jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen auszugehen (std. Rspr., zB BGH GRUR 2003, 1044 – Kelly), der von der Gesamtheit der Marken, aber auch von einzelnen Bestandteilen geprägt sein kann.

In ihrer Gesamtheit unterscheiden sich die Marken in unmittelbarer Hinsicht hinreichend deutlich voneinander. Der als reine Bildmarke eingetragenen Widerspruchsmarke steht eine aus Wort und Bild kombinierte jüngere Marke gegenüber.

b. Eine Verwechslungsgefahr kann vorliegend von vornherein nur dann ernsthaft in Betracht gezogen werden, wenn für die Beurteilung der Ähnlichkeit der Marken dem ein Wappenschild mit dem achtspeitzigen Kreuz umfassenden Bildbestandteil der jüngeren Marke eine den Gesamteindruck prägende und selbständig kollisionsbegründende Bedeutung zukommt (vgl hierzu Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 362 ff mit weiteren Nachweisen auf die ständige Rechtsprechung). Dies ist jedoch auch nach Auffassung des Senats nicht der Fall.

Hierfür ist allerdings Voraussetzung, dass hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, die in dem jeweils zu prüfenden Einzelfall die Annahme rechtfertigen, der Verkehr werde (andere) Wortbestandteile vernachlässigen (vgl BGH MarkenR 2001, 465, 469 - Bit/Bud). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reicht für eine derartige Annahme einer allein prägenden Bedeutung deshalb in der Regel noch nicht aus, dass der maßgebliche Bestandteil den Gesamteindruck des Zeichens nur gleichwertig oder wesentlich mitbestimmt (vgl BGH GRUR 2003, 880 – City Plus; MarkenR 2000, 321, 323 – PAPPAGALLO; BGH MarkenR 2002, 165, 167 – BIG - mwH). Hierbei dürfen auch die auf dem in Frage stehenden Warenggebiet üblichen Bezeichnungsgewohnheiten nicht unberücksichtigt bleiben (vgl hierzu BGH MarkenR 2001, 465 469, - Bit/Bud - mwH).

Wird der Erfahrungssatz berücksichtigt, daß sich der Verkehr bei derartigen Kombinationsmarken regelmäßig am kennzeichnungskräftigen Wortbestandteil orientiert, weil es die einfachste Art der Benennung darstellt (vgl Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 433 mwN), kommt dem Wort eine den Gesamteindruck prägende Wirkung zu (BGH WRP 2004, 1037 – Euro 2000). Hier stehen sich insoweit eine Bildmarke und eine Kombinationsmarke mit dem deutlich herausgestellten und kennzeichnungskräftigen Wort "LAZARUS" gegenüber. Der Verkehr wird sich zur Benennung überwiegend dieses unterscheidungskräftigen Wortes bedienen und daher die Marken auseinanderhalten, zumal das Wort in der Kombination der jüngeren Marke nicht untergeht, sondern herausgehoben oberhalb des Bildbestandteils platziert ist. Deshalb besteht in klanglicher Hinsicht keine Verwechslungsgefahr.

c. Auch in bildlicher Hinsicht sieht der Senat keine Gefahr von Verwechslungen der Marken, da kein Grund dafür ersichtlich ist, daß der Bildbestandteil der angegriffenen Marke deren Gesamteindruck prägt (vgl BGH GRUR 2000, 506 – ATTACHE / TISSERAND). Zwar kann der Verkehr unter Umständen aufgrund der Gestaltung, bestimmter Werbemaßnahmen oder Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem betreffenden Warengbiet einzelnen Elementen eine eigenständige, von der Kennzeichnungsfunktion anderer Bestandteile unabhängige Kennzeichnungsfunktion zuerkennen oder in Fällen zusammengesetzter Zeichen einen Zeichenbestandteil auch im Sinne eines sonst selbständig verwendeten Zweitkennzeichens auffassen (vgl BGH GRUR 2002, 171 – MARLBORO-DACH).

Anders als der Bundesgerichtshof in der Entscheidung "Springende Raubkatze" bezüglich des Wortbestandteils "sabèl" ausgeführt hat (GRUR 1996, 198, 200 li Sp), kann hier jedoch eine prägende Wirkung des Wortbestandteils "LAZARUS" nicht mit der Begründung verneint werden, es handele sich um ein fremdsprachiges Wort, das dem inländischen Verkehrsteilnehmer nicht ohne weiteres in Erinnerung bleibe. Vielmehr entspricht es im karitativen Bereich den üblichen Bezeichnungsgewohnheiten, Namen wie "Lazarus", "Malteser" und "Johanniter" zu verwenden. Auch unter dem Gesichtspunkt der kennzeichnenden Bedeutung von Un-

ternehmenskennzeichen in Kombinationsmarken besteht kein Anlass zu der Annahme, der Verkehr werde "LAZARUS" bei der Wahrnehmung der angegriffenen Marke vernachlässigen, weil in dem hier einschlägigen Dienstleistungsbereich erfahrungsgemäß der betrieblichen Zuordnung und Bezeichnung der Organisation besonderes Gewicht beigemessen wird (vgl zu dieser Frage BGH MarkenR 2001, 465, 469 - Bit/Bud; BGH WRP 2004, 1281, 1283 - Mustang).

d. Es besteht auch keine begriffliche Verwechslungsgefahr, da sich die Benennungsformen beider Marken auch in dieser Hinsicht unterscheiden. Insoweit sind Verwechslungen auch im Hinblick auf einen eventuell übereinstimmenden Sinngehalt nicht zu befürchten. Eine solche Verwechslungsgefahr, die auch zwischen einer Bildmarke und einem Wortzeichen in Betracht kommen kann (vgl BGH WRP 2004, 1046 – Zwilling/Zweibrüder), setzt allerdings voraus, daß das Wort aus der Sicht der Verbraucher die naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Bezeichnung des Bildes darstellt. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, da das Wort "LAZARUS" mit dem achtspitzigen Kreuz der Widersprechenden keinen gemeinsamen Begriffsgehalt aufweist.

e. Der Senat sieht auch keine Gefahr von Verwechslungen unter dem Gesichtspunkt, daß die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht würden. Bei dieser Art von Verwechslungsgefahr, die keine Alternative zur unmittelbaren Verwechslungsgefahr darstellt, sondern diese näher bestimmt, kommt es nicht auf irgendeine wie auch immer begründete gedankliche Assoziation an, sondern maßgeblich ist allein eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr (vgl EuGH GRUR 1998, 387 – Springende Raubkatze; GRUR Int 1999, 754 – Lloyd; GRUR Int 2000, 899 – Marca/Adidas; Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 459 ff mwN). Daß sich Übereinstimmungen in den Marken ergeben, die einer Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft bzw der Wertschätzung einer Kennzeichnung nahe kämen, reicht für die Annahme einer assoziativen Verwechslungsgefahr nach ständiger Rechtsprechung ebenso wenig aus wie eine rein assoziative gedankliche Verbindung beider Marken, wenn die Wahrnehmung der einen Marke

Erinnerungen an die andere Marke weckt, obwohl Verwechslungsgefahr nicht besteht (vgl. EuGH GRUR 1998, 387 – Springende Raubkatze; GRUR Int 2000, 899 – Marca/Adidas). Dies hat der BGH in seiner Entscheidung vom 29. April 2004 (WRP 2004, 1046 – Zwilling/Zweibrüder) im Zusammenhang mit § 14 Abs 2 Nrn 2 und 3 MarkenG bestätigt. Danach genügt es weder, daß ein Zeichen geeignet ist, durch bloße Assoziationen an ein fremdes Kennzeichen Aufmerksamkeit zu erwecken, noch, daß die Wahl der jüngeren Marke nicht zufällig erscheint (vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, 2. Aufl., § 14, Rdnr 842).

f. Der Umstand der Kontrast- bzw. Farbumkehr spricht dagegen, eine solche Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens zu bejahen und den Bildbestandteil der jüngeren Marke als Stammbestandteil einer Markenserie der Widersprechenden anzusehen. Die Annahme einer mittelbaren Verwechslungsgefahr unter diesem Aspekt setzt voraus, daß der Verkehr zwar die Unterschiede in den Marken erkennt und die Marken nicht unmittelbar miteinander verwechselt, gleichwohl einen in beiden Marken enthaltenen Bestandteil als Serienzeichen der Inhaberin der älteren Marke ansieht, diesem die maßgebliche Herkunftsfunktion beimisst und die übrigen abweichenden Bestandteile lediglich als Kennzeichnung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen wertet. Hierfür sind keine Anhaltspunkte erkennbar. Denn die Widerspruchsmarke ist weder identisch in der jüngeren Marke enthalten, noch sind die betreffenden Bildbestandteile wegen der unterschiedlichen Kontraste und des daraus folgenden unterschiedlichen Schutzgegenstandes als wesensgleich anzusehen. Daß dem Verkehr die ältere Marke auch in grün-weißer Darstellung bekannt ist, hat die Widersprechende nicht vorgetragen. Zudem ist auch fraglich, ob die Darstellung des Malteser-Kreuzes geeignet ist, als Bestandteil einer Markenserie ausschließlich auf die Organisation der Widersprechenden hinzuweisen. Außer der Widersprechenden verwendet auch der Johanniter-Orden das Malteser-Kreuz auf demselben Dienstleistungssektor, abgesehen davon, daß nach den Eintragungen im Markenregister auch Biere, Mineralwässer und Spirituosen dieses Emblem aufweisen.

Auch begriffliche Verwechslungen sind in diesem Zusammenhang nicht zu befürchten, da die Widerspruchsmarke ersichtlich nicht mit "LAZARUS" benannt werden wird. Eine Konstellation, bei der durch die Art und Weise der Markenbildung eine Verwechslungsgefahr in mittelbar-begrifflicher Hinsicht anzunehmen wäre, weil die jüngere Marke zB als Abwandlung der älteren Marke angesehen werden könnte (vgl BPatG GRUR 2002, 438 – WISCHMAX/Max), ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar.

g. Bei der gegebenen Sachlage besteht auch keine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne. Bei dieser Art von Verwechslungsgefahr erkennt der Verkehr zwar die Unterschiede zwischen den Marken, geht aber wegen deren teilweisen Übereinstimmung von organisatorischen oder wirtschaftlichen Verbindungen zwischen den Zeicheninhabern aus (vgl BGH GRUR 2002, 171 – Marlboro-Dach). Eine solche Verwechslungsgefahr kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden, die hier nicht ersichtlich sind. Der Gesamteindruck der Vergleichszeichen stimmt nicht in dem Maß überein, daß sich dem Durchschnittsverbraucher der Eindruck aufdrängte, die Zeichen seien zur Kennzeichnung bestehender Unternehmensverbindungen aufeinander bezogen. Die Organisationen der Verfahrensbeteiligten treten im Geschäftsverkehr getrennt voneinander auf. Soweit auf Seiten der Widersprechenden Verbindungen zu der weiteren karitativen Organisation des Johanniter-Ordens bestehen, dürften diese unbekannt sein.

Im übrigen könnte sich eine organisatorische Verbindung allenfalls durch eine weiß-grün gehaltene Farbgestaltung der Widerspruchsmarke andeuten, nicht jedoch durch die rot-weiße Farbgestaltung, die die Widersprechende tatsächlich im Verkehr verwendet. Vorliegend kann – anders als bei der Frage der Festlegung des Schutzgegenstandes – nicht auf die Registerlage abgestellt werden, sondern es kommt auf den tatsächlichen Gebrauch der Marke in rot-weißer Gestaltung an, weil hierdurch die Verkehrsauffassung gebildet wird.

4. Bei dieser Sachlage kam es auf die von der Inhaberin der angegriffenen Marke weiter vorgetragene Argumente der Verwirkung im Sinne des § 21 MarkenG und des Rechts der Gleichnamigen nicht mehr an. Zudem regeln beide Einwände Tatbestände außerhalb des markenrechtlichen Kollisionsverfahrens und können daher im patentgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden (vgl. Ingerl/Rohnke aaO, § 21, Rdnr 6; Ströbele/Hacker, aaO, § 42, Rdnr 84).

Nach alledem waren die Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und der Widerspruch aus der Marke 2 069 437 zurückzuweisen.

5. Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlaß, § 71 Abs 1 MarkenG.

6. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, § 83 Abs 2 Nr 1 MarkenG.

Kliems

Engels

Sredl

Pü