



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 85/02

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
1. Februar 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 398 48 701

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Januar 2002 aufgehoben und die Marke 398 48 701 wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 069 437 gelöscht.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die am 26. August 1998 farbig angemeldete Marke 398 48 701



ist am 29. März 1999 für

"Soziale und finanzielle Unterstützung bedürftiger Personen; Unterstützung von privaten und kirchlichen Gemeinschaften, von Organisationen und Behörden, nämlich Mitwirkung bei der Planung, und Durchführung sozialer Aufgaben, bei der Verpflegung, der medizinischen, pflegerischen und sozialen Versorgung von hilfsbedürftigen Personen, Flüchtlings-, Kriegs- und Katastrophenopfern; Beschaffung der Mittel zur Erfüllung der vorgenannten Aufgaben, nämlich Organisation und Durchführung von Spendensammlungen sowie Verteilung der finanziellen Mittel"

in das Markenregister eingetragen worden.

Widerspruch erhoben hat der Inhaber der älteren Marke 2 069 437



die in schwarz-weißer Darstellung angemeldet wurde und seit dem 28. Juni 1994 für zahlreiche Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 20, 22, 24, 25, 38, 39, 41, 43, 44 und 45, u. a. auch für

"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; Ausbildung in Erster Hilfe, im Sanitätsdienst, im Zivil- und Katastrophenschutz, in der Unfall- und Katastrophenhilfe, in der Pflege von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in Erster Hilfe und im Sanitätsdienst; Dienstleistung im Zivil- und Katastrophenschutz, nämlich Sanitätsdienst, Betreuungsdienst von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in sozialen und karitativen Betreuungsdienst, nämlich Hilfsdienste für Alte, Kranke und Behinderte, Mahlzeitendienste; Dienstleistungen eines Altenheimes, eines Pflegeheimes"

eingetragen ist.

Im Verfahren vor der Markenstelle hat der Inhaber der angegriffenen Marke mit Schriftsatz vom 4. Januar 2000 die Einrede der Nichtbenutzung erhoben. Mit Schriftsatz vom 20. November 2001 hat er diese Einrede für

"Transport von Notfallpatienten, Kranken, Verletzten sowie geistig und körperlich behinderten Personen, Rettungsdienste; Veranstaltung von Pilgerreisen; Ausbildung in Erster Hilfe, im Sanitätsdienst, in Zivil- und Katastrophenschutz, in der Unfall- und Katastrophenhilfe, in der Pflege von Kranken, Verletzten und Verwundeten; Dienstleistungen in Erster Hilfe und Sanitätsdienst; Dienstleistungen im Zivil- und Katastrophenschutz, nämlich Sanitäts-

dienst, Betreuungsdienst von Kranken, Verletzten oder Verwundeten; Dienstleistungen im sozialen und karitativen Betreuungsdienst, nämlich Mahlzeitendienste; Dienstleistungen eines Altenheims, eines Pflegeheims"

fallen gelassen und sie im Übrigen aufrecht erhalten. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2007, eingegangen am 4. Oktober 2007 hat er höchst vorsorglich den „Nichtbenutzungseinwand ausdrücklich aufrechterhalten“.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss einer Beamtin des höheren Dienstes vom 17. Januar 2002 die Verwechslungsgefahr der Marken verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Wegen teilweiser mittlerer oder engerer Ähnlichkeit der als benutzt nachgewiesenen bzw. zugestandenen Dienstleistungen und bei unterstellter Benutzung der Marke für die übrigen Dienstleistungen sei ein erheblicher Markenabstand erforderlich, der hier jedoch eingehalten werde. Auch bei unterstellter – wie von der Widersprechenden behaupteter – erhöhter Kennzeichnungskraft der älteren Marke scheide durch den zusätzlichen Wortbestandteil "LAZARUS" der jüngeren Marke eine Verwechslungsgefahr nach dem Gesamteindruck in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht aus. Die Gefahr von Verwechslungen sei nur dann zu befürchten, wenn der Bildbestandteil der Marke den Gesamteindruck prägte und die angegriffene Marke hierauf verkürzt würde. Eine Gleichwertigkeit zwischen Bild- und Wortbestandteil, wie sie im vorliegenden Fall bestehe, reiche für die Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht aus. Auch wenn das Wort kleiner gehalten sei als der Bildteil, werde es deutlich wahrgenommen, wobei der Anklang an die biblische Gestalt des Lazarus Assoziationen zu den beanspruchten Dienstleistungen wecken könne, ohne jedoch als eindeutige Sachaussage zu wirken. Darüber hinaus werde das sog Malteserkreuz von vielen verschiedenen Anbietern verwendet, so dass der Bildteil trotz der Einbettung in ein Wappenschild nicht sehr originalitätsstark sei und der Verkehr sich daher zumindest auch am

Wortteil werde orientieren müssen. Der Hinweis des Widersprechenden auf die Ausnutzung des Goodwills und eine Täuschung der Öffentlichkeit über eine bestimmte Qualitätsvorstellung rechtfertige keine andere Beurteilung, insbesondere nicht die Annahme einer Verwechslungsgefahr in der Weise, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht würden, die im übrigen keinen eigenen Verletzungstatbestand bilde.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Widersprechenden hat das Bundespatentgericht mit dem am 1. Oktober 2004 an Verkündungs Statt zugestellten Beschluss zurückgewiesen.

Auf die - zugelassene - Rechtsbeschwerde des Widersprechenden hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 11. Mai 2006 (I ZB 29/04) den Beschluss des Bundespatentgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Der Bundesgerichtshof hat in diesem Beschluss ausgeführt (unter III. 1. Tz 18):

„Bei der Prüfung des Vorliegens von Verwechslungsgefahr sind bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Marken die fraglichen Marken jeweils als Ganzes zu berücksichtigen und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen. Das schließt es nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2005 - C-120/04, GRUR 2005, 1042 Tz 28/29 = WRP 2005, 1505 - THOMSON LIFE; BGH GRUR 2006, 60 Tz 17 - coccodrillo, jeweils m. w. N.). Weiter ist nicht ausgeschlossen, dass ein Zeichen, das als Bestandteil in eine zusammengesetzte Marke oder eine komplexe Kennzeichnung aufgenommen wird, eine selbstän-

dig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass es das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 30 - THOMSON LIFE; BGH, Urt. v. 5.4.2001 - I ZR 168/98, GRUR 2002, 171, 174 = WRP 2001, 1315 - Marlboro-Dach; Urt. v. 22.7.2004 - I ZR 204/01, GRUR 2004, 865, 866 = WRP 2004, 1281 - Mustang). Bei Identität oder Ähnlichkeit dieses selbständig kennzeichnenden Bestandteils mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang kann das Vorliegen von Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen sein, weil dadurch bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck hervorgerufen werden kann, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen zumindest aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 31 - THOMSON LIFE).“

Weiter hat der Bundesgerichtshof ausgeführt (ab Tz 21):

„Die Annahme, dass der Verkehr dem Bildbestandteil des angegriffenen Zeichens eine selbständig kennzeichnende Stellung zumisst, hängt entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts nicht davon ab, ob eine prägende Wirkung des Wortbestandteils "LAZARUS" verneint werden kann. Vielmehr kann einem Bestandteil einer zusammengesetzten Marke auch dann eine selbständig kennzeichnende Stellung zukommen, wenn der Gesamteindruck der zusammengesetzten Marke von einem anderen Bestandteil dominiert oder geprägt wird (EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 34 - THOMSON LIFE). Insbesondere wenn der Verkehr in dem Wortbestandteil "LAZARUS" eine Unternehmensbezeichnung sieht, wovon das Bundespatentgericht ausgeht, kommt eine solche selbständig kennzeichnende Stellung des Bildbestandteils in

Betracht (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 34 - THOMSON LIFE). Da es für die Annahme einer selbständig kennzeichnenden Stellung eines Bestandteils des prioritätsjüngeren komplexen Zeichens nicht darauf ankommt, ob dieser innerhalb des zusammengesetzten Zeichens eine dominierende oder prägende Bedeutung hat, muss das mit diesem Bestandteil identische oder ähnliche prioritätsältere Zeichen auch nicht über eine gesteigerte Kennzeichnungskraft verfügen (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 37 - THOMSON LIFE).

cc) Eine selbständig kennzeichnende Stellung des Bildbestandteils der angegriffenen Marke kann sich im vorliegenden Fall insbesondere aus der Tatsache ergeben, dass dem Bildelement durch die Wappenform eine in sich geschlossene Gestalt gegeben ist. Außerdem kommt die Annahme einer selbständig kennzeichnenden Stellung des Bildbestandteils aufgrund der vom Bundespatentgericht festgestellten Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem hier maßgeblichen Gebiet in Betracht. Danach ist dem Verkehr bekannt, dass auf dem vorliegenden Dienstleistungssektor Bildzeichen in Form von Kreuzdarstellungen auch im Zusammenhang mit wörtlichen Bezeichnungen der jeweiligen karitativen Organisation verwendet werden. Von einer solchen Benutzungsform macht auch der Widersprechende Gebrauch, der seine Bildmarke gleichfalls auch im Zusammenhang mit entsprechenden Zusätzen verwendet. Ist der Verkehr aber daran gewöhnt, dass auf dem maßgeblichen Gebiet Bildzeichen nicht nur isoliert, sondern häufig auch im Zusammenhang mit Wortzeichen, insbesondere mit Unternehmensnamen, verwendet werden, dann liegt die Vorstellung einer jeweils selbständig kennzeichnenden Stellung von Wort- und Bildbestandteil auch bei der Verwendung der angegriffenen Marke nahe.

dd) Die Erwägungen des Bundespatentgerichts tragen somit nicht seine Annahme, dem Bildbestandteil der angegriffenen Marke komme keine selbständig kennzeichnende Bedeutung zu, so dass die Verneinung der Verwechslungsgefahr schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben kann. Hat der Bildbestandteil der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung behalten, so kann sich eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG aus der Ähnlichkeit dieses Bestandteils mit der Widerspruchsmarke ergeben (vgl. auch BGH GRUR 2004, 865, 866 - Mustang). Ob die Zeichenähnlichkeit auch insoweit nicht ausreicht, um bei (lediglich) durchschnittlicher oder sogar bei - vom Bundespatentgericht unterstellter - gesteigerter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und (teilweiser) Identität der Dienstleistungen eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen, hat das Bundespatentgericht bislang nicht geprüft. Der Bildbestandteil der angegriffenen Marke entspricht mit Ausnahme der Farbgebung, des Kontrastes und einer nicht ins Gewicht fallenden Abweichung der Umrahmung im unteren Bereich der älteren Bildmarke. Insoweit besteht ein hoher Grad an Ähnlichkeit. Der vor allem durch die Übereinstimmung in der Darstellung des achtzackigen Kreuzes bewirkte hohe Grad an Ähnlichkeit der beiden Zeichen wird nicht dadurch wesentlich vermindert, dass die angegriffene Marke farbig gestaltet ist. Entgegen der in anderem Zusammenhang geäußerten Auffassung des Bundespatentgerichts kann aus dem von ihm angeführten Umstand, dass bei der Gestaltung von Wappen, Flaggen und Hoheitszeichen regelmäßig eine konkrete Farbgebung im Vordergrund steht, nicht hergeleitet werden, dass allein durch die farbliche Veränderung auch im vorliegenden Fall dem Betrachter ein anderes Bild vermittelt werde. Das Charakteristische der Gestaltung der Wider-

spruchsmarke besteht in der achtspeitzigen Form des Kreuzes. Diese Gestaltung nimmt die angegriffene Marke der Form nach identisch auf. Für die Hervorhebung des Kreuzes aus dem ihn umgebenden Wappenschild ist es, wie die Rechtsbeschwerde mit Recht anführt, ohne Bedeutung, ob es dunkel auf hellem Hintergrund oder hell auf dunklem Hintergrund dargestellt wird. Der charakteristische Eindruck des Zeichens ändert sich entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts dadurch nicht.

Der Umstand, dass Kreuzdarstellungen auch von anderen Organisationen auf dem vorliegenden Dienstleistungssektor verwendet werden, steht der Annahme einer Verwechslungsgefahr der beiden gegenüberstehenden Marken nicht entgegen, soweit dabei, wie die vom Markeninhaber vorgelegten Beispiele des Roten Kreuzes und der Arbeiterwohlfahrt zeigen, Kreuze in Balkenform verwendet werden. Von diesen bekannten einfachen Kreuzformen unterscheidet sich die achtspeitzige, besonders ausgeprägte Gestaltung der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke, die kaum noch an ein Kreuz erinnert, deutlich. Neben dem Widersprechenden verwendet nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts allerdings mit dem Johanniter-Orden eine weitere karitativ tätige Organisation ein achtspeitziges Kreuz, und zwar in roter Farbe oder in weißer Farbe in einem roten Kreis. Entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts ist insoweit jedoch der gemeinsame historische Ursprung von Johanniter- und Malteser-Orden für die Bestimmung des Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke gegenüber der angegriffenen Marke von Bedeutung. Die Verwendung des achtspeitzigen "Malteserkreuzes" durch den Widersprechenden und den Johanniter-Orden, dem protestantischen Zweig des Malteserordens, beruht danach darauf, dass beide Organisationen historisch eng mit dem Malteserorden verknüpft sind.

Ersichtlich wegen des gemeinsamen historischen Ursprungs wird die beiderseitige Verwendung des "Malteserkreuzes" im Verhältnis dieser beiden Organisationen zueinander von diesen geduldet. Diese Koexistenz beruht letztlich auf einer Abwägung der aus ihrem gemeinsamen historischen Ursprung herrührenden Interessen des Widersprechenden und des Johanniter-Ordens. Sie kann daher aus Rechtsgründen Dritten gegenüber keine Verringerung des Schutzes der von den beiden Organisationen verwendeten Zeichen bewirken, selbst wenn die historischen Verhältnisse, wie das Bundespatentgericht angenommen hat, nur einem geringen Teil des Verkehrs bekannt sein dürften.“

Der Widersprechende und Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Januar 2002 aufzuheben und dem Widerspruch aus der Marke 2 069 437 stattzugeben.

Der Bundesgerichtshof habe bereits entschieden, dass im vorliegenden Fall die Vorstellung einer jeweils selbständig kennzeichnenden Stellung von Wort- und Bildbestandteil der angegriffenen Marke naheliege. Er habe nicht nur die „THOMSON-LIFE“ Entscheidung des EuGH umgesetzt, sondern für das Vorliegen einer selbständig kennzeichnenden Stellung als unbeachtlich angesehen, dass die ältere Marke nicht identisch übernommen worden sei. Auch bewirke die grüne Farbgebung keine untrennbare Einheit von Wort- und Bildbestandteil. Der Bundesgerichtshof habe auch eine hochgradige Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Bildzeichen festgestellt. Das Malteserkreuz sei nicht irgendeine Kreuzdarstellung. Dass der Johanniterorden und seine Hilfsorganisationen eine übereinstimmende Kreuzform benutzten, beruhe auf dem gemeinsamen historischen Ursprung des 1099 gegründeten Malteser-Ordens einerseits und seines protestantischen Zweiges andererseits. Die wechselseitige Duldung der Verwendung dieses

Malteserkreuzes durch beide Organisationen könne Dritten aus Rechtsgründen gegenüber keine Verringerung des Schutzes dieses, von beiden Organisationen verwendeten Zeichens bewirken. Diese Rechtsauffassung sei für das weitere Verfahren bindend. Demgegenüber könne sich die Beschwerdegegnerin nicht auf einen solchen gemeinsamen historischen Ursprung berufen, da sie mit dem historischen und längst erloschenen Lazarusorden nichts zu tun habe, sondern sich allenfalls in ihrem Auftreten an diesen anlehne. Im Ergebnis sei somit auch bei nur durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke von einer Verwechslungsgefahr auszugehen. Zwar habe der BGH dem Senat noch zur Prüfung auferlegt, ob die unterschiedliche Farbgestaltung gleichwohl zu einer anderen Beurteilung führen könne, doch habe er an anderer Stelle die hochgradige Ähnlichkeit der beiden Zeichen gerade damit begründet, dass eine in schwarz-weiß eingetragene Marke auch Schutz gegen eine farbige Wiedergabe gewähre und dass sich der charakteristische Eindruck der Zeichen auch durch die im vorliegenden Fall gegebene Kontrastumkehr nicht ändere. Der Bundesgerichtshof habe auch festgestellt, dass jedenfalls bei Zugrundelegung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eine Verwechslungsgefahr schon nach der bisher allein angewandten Prägetheorie gegeben sei. Dabei werde die Kennzeichnungskraft der in schwarz-weiß eingetragenen Marke auch durch die farbige Benutzung gesteigert. Hinsichtlich der Frage der rechtserhaltenden Benutzung geht der Widersprechende davon aus, dass mit der Eingabe vom 2. Oktober 2007 die Einrede der Nichtbenutzung nicht über den bis dahin bestrittenen Bereich hinausgeht und im Übrigen nicht ausreichend Zeit zur Vorlage neuerer Unterlagen bestanden habe.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist weiterhin der Ansicht, dass keine Verwechslungsgefahr bestehe.

Der Bildbestandteil der jüngeren Marke habe keine selbständig kennzeichnende Stellung. Der Bundesgerichtshof knüpfe mit seinen Überlegungen zur Begründung der Rechtsbeschwerde an die Entscheidung des EUGH „THOMSON LIFE“ an, lasse dabei jedoch unberücksichtigt, dass es im vorliegenden Fall nicht um eine identische Benutzung eines älteren (Wort-)Zeichens im Rahmen einer jüngeren Kombinationsmarke gehe, die neben der (identisch übernommenen) älteren Marke eine Unternehmensbezeichnung eines Dritten enthalte. Die ins Auge fallenden Abweichungen hinsichtlich des Bildbestandteils bestünden insbesondere in einer Kontrastumkehr, wobei darüber hinaus noch als zusätzliches Unterscheidungsmerkmal sich die jüngere Marke der grünen Farbe bediene. Außerdem bestünden Unterschiede in der Wappenform. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass ein Wappen nicht an der Umrisslinie des Wappenschildes ende. Da das Wort „LAZARUS“, das unmittelbar über dem Wappenschild stehe und sich in der Farbe und auch in der Ausdehnung an dieses anpasse, ein Teil des Wappens darstelle, komme dem Wappenschild weder eine selbständig kennzeichnende Stellung zu, noch präge es den Gesamteindruck der jüngeren Marke.

Es sei auch unersichtlich, warum eine Benutzung genau derselben Kreuzdarstellung durch eine andere, von der Widersprechenden unabhängige Organisation, nämlich die Johanniter Unfallhilfe, aus Rechtsgründen gegenüber Dritten keinen Einfluss auf den Schutzzumfang der von den beiden Organisationen verwendeten Zeichen haben solle. Dem Verkehr seien die historischen Zusammenhänge zudem nicht bekannt. Soweit aber vorliegend historische Gegebenheiten bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit bzw. des Schutzzumfangs der Zeichen eine Rolle spielen sollten, könne nicht die Tatsache unberücksichtigt bleiben, dass der Inhaber des jüngeren Zeichens sich ebenfalls auf eine ähnlich weit zurückreichende Historie bei der Benutzung einer entsprechenden Kreuzdarstellung berufen könne. Die Form des achtspeitzigen Kreuzes sei zusätzlich durch die Verwendung durch die Lazarus-Organisationen sowie durch die Benutzung als Staatswappen, in Stadtwappen, in Ordenswappen, in Familienwappen etc. in ihrer Kennzeichnungskraft geschwächt.

Für sich genommen entfalte die Wiedergabe des Kreuzes für die fraglichen Dienstleistungen keine individualisierende Wirkung, vielmehr seien die individualisierenden Merkmale des jüngeren Zeichens die Farbwahl und der Farbkontrast. Selbst wenn dem Bildbestandteil des jüngeren Zeichens eine selbständig kennzeichnende Stellung zukomme, sei eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, da eine Ähnlichkeit allenfalls hinsichtlich solcher Merkmale bestehe, die für sich genommen gar nicht schutzfähig seien.

Die Frage, ob der Bildbestandteil des jüngeren Zeichens dessen Gesamteindruck präge und deswegen eine Verwechslungsgefahr bestehe, sei aus den gleichen Überlegungen zu verneinen. In diesem Zusammenhang seien auch die von der Widersprechenden vorgenommenen Benutzungshandlungen nicht geeignet, die Kennzeichnungskraft des eingetragenen Widerspruchszeichens positiv zu beeinflussen. Es könne nicht eine allein aufgrund der besonderen Farbgestaltung erworbene Kennzeichnungskraft der lediglich schwarzweiß eingetragenen Marke zu Gute kommen. Der Farbgebung komme bei Kreuzfiguren bzw. Wappen auch als Kennzeichnung von Hilfsorganisationen eine wesentliche kennzeichnende Rolle zu.

Im Übrigen weist er auf ein Urteil des Landgerichts München I hin (Az.: 33 O 4722/06), das eine Verwechslungsgefahr in einem vergleichbaren Fall verneint habe.

Außerdem sei zu klären, ob die Widerspruchsmarke in der am Markt benutzten Form rot/weiß bei Zusatz der Angaben „MHD“ bzw. „Malteser“ oder „Malteser Hilfsdienst“ als Benutzung der Widerspruchsmarke ohne entsprechende Zusätze anzusehen sei.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2007 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde kann auf der Grundlage der vom BGH getroffenen Feststellungen und dargelegten Rechtsauffassung in der Sache keinen Erfolg haben.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bemisst sich nach dem Grad der Ähnlichkeit der Waren bzw. Dienstleistungen und der Ähnlichkeit der Marken sowie dem Grad der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke.

1.) Der Inhaber der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zulässig zunächst in vollem Umfang bestritten, allerdings mit Eingabe vom 20. November 2001 die Einrede hinsichtlich der Dienstleistungen "Transport von Notfallpatienten, Kranken, Verletzten sowie geistig und körperlich behinderten Personen, Rettungsdienste; Veranstaltung von Pilgerreisen; Ausbildung in Erster Hilfe, im Sanitätsdienst, in Zivil- und Katastrophenschutz, in der Unfall- und Katastrophenhilfe, in der Pflege von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in Erster Hilfe und im Sanitätsdienst; Dienstleistungen im Zivil- und Katastrophenschutz, nämlich Sanitätsdienst, Betreuungsdienst von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in sozialen und karitativen Betreuungsdienst, nämlich Mahlzeitendienste; Dienstleistungen eines Altenheimes, eines Pflegeheimes" fallen gelassen.

Soweit der Inhaber der angemeldeten Marke mit Eingabe vom 2. Oktober 2007, eingegangen am 4. Oktober 2007, höchst vorsorglich den „Nichtbenutzungseinwand ausdrücklich aufrechterhalten“ hat, kann bereits zweifelhaft sein, ob er damit die Einrede hinsichtlich des Teils, bezüglich dessen die Einrede fallengelassen worden war, neu erheben wollte, wofür allerdings spricht, dass er die Benutzung der Widerspruchsmarke wegen zusätzlicher Wortbestandteile wie „MHD“, „Malteser“ oder „Malteser Hilfsdienst“ als rechtserhaltend in Zweifel zieht. Abgesehen

davon, dass eine Benutzung auch in Form von Zweitmarken bzw. von mehreren Marken nebeneinander nicht gegen eine rechtserhaltende Benutzung spricht, ist jedenfalls die erst eine Woche vor der mündlichen Verhandlung eingegangene „erneute“ Einrede hinsichtlich der Dienstleistungen, für die eine rechtserhaltende Benutzung nicht mehr bestritten war, gemäß § 82 Abs. 1 MarkenG i. V. m. §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen, denn die Widersprechende macht geltend, dass sie die Marke weiter benutzt habe, wegen der kurzfristigen „Erhebung“ der Einrede, falls sie auch hinsichtlich des bisher nicht strittigen Teils erfolgen sollte, nicht in der Lage war, die Benutzungsunterlagen entsprechend zu ergänzen. Die Verspätung beruht auch auf einer groben Nachlässigkeit i. S. v. § 296 Abs. 2 ZPO, denn die Frage, ob die Form der Benutzung der eingetragenen Marke entspricht, hätte auch hinreichend vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden können, zumal die Art der Benutzung sich für den Inhaber der angegriffenen Marke bereits im Zusammenhang mit der Frage der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke gestellt hatte. Eine Erhebung der Einrede und die erforderliche Glaubhaftmachung der Benutzung hinsichtlich des bisher unstrittigen Teils würde zu einer Verfahrensverzögerung führen, und ist deshalb als verspätet zurückzuweisen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 43 Rdn. 26).

2.) Hinsichtlich der sich gegenüberstehenden Dienstleistungen kann weitgehend Identität bestehen, da die Dienstleistungen der Widerspruchsmarke, soweit die rechtserhaltende Benutzung nicht (wirksam) bestritten ist, von den Dienstleistungen der angegriffenen Marke weitgehend umfasst werden. Zumindest besteht eine erhebliche Ähnlichkeit.

Die Dienstleistungen "Soziale und finanzielle Unterstützung bedürftiger Personen; Unterstützung von privaten und kirchlichen Gemeinschaften, von Organisationen und Behörden, nämlich Mitwirkung bei der Planung, und Durchführung sozialer Aufgaben, bei der Verpflegung, der medizinischen, pflegerischen und sozialen Versorgung von hilfsbedürftigen Personen, Flüchtlings-, Kriegs- und Katastro-

phenopfern; Beschaffung der Mittel zur Erfüllung der vorgenannten Aufgaben, nämlich Organisation und Durchführung von Spendensammlungen sowie Verteilung der finanziellen Mittel" der angegriffenen Marke können mit den Dienstleistungen "Transport von Notfallpatienten, Kranken, Verletzten sowie geistig und körperlich behinderten Personen, Rettungsdienste; Ausbildung in Erster Hilfe, im Sanitätsdienst, in Zivil- und Katastrophenschutz, in der Unfall- und Katastrophenhilfe, in der Pflege von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in Erster Hilfe und im Sanitätsdienst; Dienstleistungen im Zivil- und Katastrophenschutz, nämlich Sanitätsdienst, Betreuungsdienst von Kranken, Verletzten oder Verwundeten, Dienstleistungen in sozialen und karitativen Betreuungsdienst, nämlich Mahlzeitendienste; Dienstleistungen eines Altenheimes, eines Pflegeheimes" teilweise identisch und im Übrigen erheblich ähnlich sein. So können auch das Sammeln von Spenden und ihre Verteilung eng mit den Mahlzeitendiensten der Widersprechenden verknüpft sein. Solche sind häufig auf Sachspenden angewiesen, und es ist üblich, dass dieselben Organisationen sowohl für die Spendensammlungen als auch für die Verteilung dieser Spenden, etwa im Rahmen von Essensausgaben verantwortlich sind.

3.) Für die Beurteilung der Ähnlichkeit der Marken ist nunmehr aufgrund der Ausführungen des Bundesgerichtshofes in Anlehnung an die "THOMSON LIFE"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (MarkenR 2005, 438) von einer selbständig kennzeichnenden Stellung des Bildbestandteils der angegriffenen Marke auszugehen. Dabei sieht der Bundesgerichtshof die genannte EuGH-Entscheidung trotz der dortigen Ausgangserörterung, dass ein oder mehrere Bestandteile für den Gesamteindruck einer komplexen Marke prägend sein könnten und der Formulierung "Jenseits des Normalfalls...", offenbar nicht im Zusammenhang mit der sogenannten Prägetheorie, (etwa als deren Sonderfall), sondern als auf einer Linie mit den in Verletzungsverfahren ergangenen BGH-Entscheidungen "Marlboro-Dach" (MarkenR 2001, 459) und "Mustang" (MarkenR 2004, 406) liegend an. Diese Entscheidungen betrafen den Fall der gemeinsamen Verwendung von selbständig wirkenden Kennzeichnungen, wie dies häufig anzutreffen ist z. B. im Ver-

hältnis von Dachmarken (insbesondere auch in Form von Unternehmenskennzeichen) und speziellen Produktmarken. Während jedoch im Widerspruchsverfahren die jüngere Marke in ihrer eingetragenen Form auf eine Verwechslungsgefahr mit der älteren Marke zu prüfen ist, kommt es im Verletzungsverfahren auf die konkrete Fassung der jüngeren Bezeichnung an, in der sie benutzt wird. Wenn der Verkehr in einem Verletzungsverfahren einzelnen Elementen einer konkreten verwendeten Erscheinungsform eine eigenständige, von der Kennzeichnungsfunktion anderer Bestandteile unabhängige Kennzeichnungsfunktion zuerkennt, soll dort von zwei Bezeichnungen auszugehen sein, die getrennt der Beurteilung des Gesamteindrucks zu Grunde zu legen sind (vgl. Büscher, Der Schutzbereich zusammengesetzter Zeichen, GRUR 2005, 802, 803 re. Sp; insoweit weiter differenzierend BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - I ZR 132/04 - INTERCONNECT / T-InterConnect).

Versteht man diese Rechtsprechung in dem Sinne, dass solche selbständig kennzeichnenden Bestandteile für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wie von den weiteren Bestandteilen unabhängige eigenständige Marken zu behandeln sind, scheint dies nicht der vom EuGH in der "THOMSON LIFE"-Entscheidung geäußerten Auffassung, der Verkehr könne bei einer Kollision mit der älteren Marke "LIFE" annehmen, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen zumindest aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammten (EuGH GRUR 2005, 1042 Tz 31), zu entsprechen. Hätte nämlich die angenommene selbständig kennzeichnende Bedeutung des Bestandteils "LIFE" der jüngeren Kennzeichnung "THOMSON LIFE" zu einem isolierten Vergleich mit der Widerspruchsmarke "LIFE" geführt, wäre bei zumindest ähnlichen Waren oder Dienstleistungen ohne weiteres schon eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen gewesen. Zu weitergehenden Überlegungen besteht nur Anlass, wenn weitere Markenbestandteile nicht außer Betracht bleiben.

Die hier vom Bundesgerichtshof vorgenommene Übertragung der Rechtsprechung zum Verletzungsverfahren, in dem allein die konkret benutzte Form der jüngeren

Kennzeichnung relevant ist, auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Widerspruchsverfahren, in dem die Marken - selbst bei abweichender Benutzungsform - in ihrer jeweils registrierten Form maßgeblich sind, erscheint nicht unproblematisch, da ein einheitlich eingetragenes Zeichen nicht in mehrere selbständige Marken aufgespalten werden kann (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 14 Rdn. 137). Andererseits wäre es im Ergebnis sicher unbefriedigend, wenn bei sonst gleichem Sachverhalt im registerrechtlichen Widerspruchsverfahren eine Verwechslungsgefahr bezüglich eines selbständig kennzeichnenden, aber nicht dominierenden Bestandteils verneint, im Verletzungsverfahren bei Benutzung der jüngeren Marke exakt in der registrierten Form aber bejaht würde. Diesen Fragen muss hier aber nicht weiter nachgegangen werden, da unabhängig davon in Fällen der vorliegenden Art (selbständig kennzeichnender, aber nicht dominierender Markenbestandteil) eine Verwechslungsgefahr im Widerspruchsverfahren auch unter Berücksichtigung des weiteren Markenbestandteils festgestellt werden kann. Insoweit kann auch eine Annäherung an die Rechtsprechung im Rahmen der sogenannten "Prägetheorie" erzielt werden, die ebenso - wenngleich einige Entscheidungen einen anderen Eindruck erwecken könnten - bei der tatsächlichen Wiedergabe der mehrteiligen Marke im geschäftlichen Verkehr nicht unbedingt eine Verkürzung auf einen den Gesamteindruck prägenden Bestandteil oder sonst eine völlige Ausblendung der weiteren Bestandteile erfordert.

Vorliegend kommt die Annahme einer Verwechslungsgefahr insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass nicht nur der Wortbestandteil "LAZARUS" der jüngeren Marke, sondern ebenso die Widerspruchsmarke - das sogenannte "Malteserkreuz" - als Unternehmenskennzeichen bzw. Geschäftsabzeichen im Sinne des § 5 Abs. 2 MarkenG angesehen werden kann. Denn dieses Bildelement wird nach den eingereichten Benutzungsunterlagen nicht als spezielle Produkt- bzw. Dienstleistungskennzeichnung eingesetzt, sondern dient auch als Hinweis auf den Malteser Hilfsdienst. Treten aber zwei Unternehmenskennzeichen den beteiligten Verkehrskreisen gemeinsam entgegen, so wird zwar diese Kombination nicht ohne weiteres unmittelbar mit einem der Kennzeichen in Alleinstellung

verwechselt. Jedoch kann zunächst die Gefahr bestehen, dass im Falle eines - hier allerdings nicht geltend gemachten - Bestehens mehrerer mit einem der Bestandteile gebildeter Marken die Vorstellung von der Zugehörigkeit auch der zu beurteilenden Kombination zu einer entsprechenden Markenserie entsteht. Weiter kann gerade durch die Verbindung zweier Unternehmenskennzeichen die Annahme nahe gelegt sein, die angesprochenen Unternehmen seien wirtschaftlich und organisatorisch miteinander verbunden, so dass es auf diese Weise zu Irrtümern in der betrieblichen Zuordnung der Waren/Dienstleistungen kommen kann (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne). Letzteres Verständnis wird z. B. auch gefördert durch die dem Verkehr bekannte Übung, nach Unternehmensfusionen oder -übernahmen in einer Reihe von Fällen die Unternehmenskennzeichen nebeneinander bestehen zu lassen (vgl. Daimler-Chrysler).

Wird nicht ein älteres Unternehmenskennzeichen in die jüngere Marke übernommen, sondern - wie im Fall „THOMSON LIFE“ - die jüngere Marke in der Weise gebildet, dass der älteren Marke ein Unternehmenskennzeichen (hier „LAZARUS“) hinzugefügt wird, macht dies für die Frage der Gefahr von Verwechslungen bezüglich der betrieblichen Herkunft einschließlich der irrtümlichen Annahme wirtschaftlicher Verbindungen zwischen den Unternehmen keinen Unterschied.

Nur ergänzend wird bemerkt, dass eine solche Verwechslungsgefahr nicht nur durch die Verbindung zweier Unternehmenskennzeichen entstehen kann, sondern auch durch die Zusammenstellung eines Unternehmenskennzeichens mit einer nicht dazu gehörigen Produkt- oder Dienstleistungsmarke, da dann die beteiligten Verkehrskreise in Kenntnis der Marken zu der irrtümlichen Annahme gelangen können, auch die nur mit der speziellen Marke gekennzeichneten Waren/Dienstleistungen seien dem Unternehmen zuzuordnen, das die Markenkombination mit dem Unternehmenskennzeichen verwende.

Nicht unwesentlich erscheint die vom Inhaber der angegriffenen Marke besonders betonte Frage, ob die Grundsätze der "THOMSON LIFE"-Entscheidung des EuGH über den Vorlagefall hinaus, der die identische Übernahme einer älteren Marke in eine jüngere Marke betraf, auch für die Beurteilung von Konstellationen herangezogen werden können, in denen die betreffenden Elemente nicht identisch, sondern allenfalls ähnlich sind. In dieser Richtung bestehen umso eher Bedenken, als Formulierungen im EuGH-Urteil den Eindruck eines Sonderfalls erwecken. Beruht die Verwechslungsgefahr darauf, dass der Verkehr von einem Zeichen einer Zeichenserie der Widersprechenden oder von organisatorischen oder wirtschaftlichen Verbindungen ausgeht, weil ein Stammbestandteil einer solchen Serie in die angegriffene Marke übernommen wurde, erscheint es naheliegend, im Einklang mit der Rechtsprechung zwar nicht eine Identität dieses Bestandteils zu fordern, sich aber am Bereich der Wesensgleichheit des übernommenen Bestandteils mit dem Stammbestandteil der Serie der Widerspruchsmarke zu orientieren, da nur insoweit der Eindruck einer Zeichenserie bestehen kann. Wird dagegen eine Verwechslungsgefahr in Betracht gezogen, weil der Verkehr dem Bestandteil in einer zusammengesetzten Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung zuerkennt, und sich daher an diesem Bestandteil orientiert, ist dies nach der dargelegten Auffassung des BGH nicht gleichermaßen zwingend, da insoweit nach den dann maßgebenden allgemeinen Kriterien auch eine Verwechslungsgefahr möglich erscheint, wenn dieser selbständig kennzeichnende Bestandteil nur ähnlich mit der Widerspruchsmarke ist. Auch wenn der Senat diese Frage nach der "THOMSON LIFE"-Entscheidung des EuGH nicht für abschließend geklärt hält, ist nach den für den Senat bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs davon auszugehen, dass auch bei bloßer Ähnlichkeit eines selbständig kennzeichnenden Bestandteils der angegriffenen Marke mit der Widerspruchsmarke eine Verwechslungsgefahr bestehen kann, zumindest wenn - wie vorliegend - unabhängig von der Farbgebung jedenfalls die charakteristische Kreuzform übernommen worden ist.

Daran ändert auch nichts, dass vorliegend nicht ein Wortbestandteil, sondern ein Bild, wenn auch nicht identisch, übernommen worden ist. Der Senat sieht insoweit

keine Einschränkung durch die Rechtsprechung des EuGH, zumal hier das die Widerspruchsmarke darstellende Bildelement zugleich auch als Unternehmenskennzeichen angesehen werden kann. Für den sonst oft herangezogenen Grundsatz "Wort vor Bild" ist insoweit kein Raum, wenn man dem Bildbestandteil der angegriffenen Marke trotz der verhältnismäßig engen räumlichen Nähe sowie des farblich und größenmäßig dem Wappenteil angepassten Wortbestandteils eine selbständig kennzeichnende Stellung zuerkennt.

Nach der Rechtsbeschwerdeentscheidung des BGH liegt es nahe, dass dem Bildbestandteil in der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung zukommt, da das Bild in sich geschlossen ist, der Wortbestandteil „LAZARUS“ - wovon auch weiterhin auszugehen und von den Beteiligten nicht bestritten ist - eine Unternehmensbezeichnung darstellt und der Verkehr auf dem hier maßgeblichen Dienstleistungsgebiet daran gewöhnt ist, dass neben Unternehmensbezeichnungen noch Bildzeichen in Form von Kreuzdarstellungen üblich sind.

Soweit der BGH in dem Rechtsbeschwerdebeschluss ausführt, eine selbständig kennzeichnende Stellung des Bildbestandteils der angegriffenen Marke komme insbesondere dann in Betracht, wenn der Verkehr - wovon das BPatG ausgegangen ist - in dem Wortbestandteil "LAZARUS" eine Unternehmensbezeichnung sieht, ist allerdings zu bedenken, dass gerade Unternehmenskennzeichen in hohem Maße geeignet sind, die Hauptfunktion einer Marke als betrieblicher Herkunftshinweis zu erfüllen und unter diesem Gesichtspunkt nicht ohne weiteres in der Wahrnehmung des Verkehrs zurücktreten. Jedoch kann daneben - was häufig der Fall ist - einem weiteren Bestandteil mit der Eigenschaft einer speziellen Produktmarke ebenfalls eine selbständig kennzeichnende Bedeutung zukommen. Vorliegend ist es ausnahmsweise allerdings so, dass auch der weitere Bestandteil (das achtspeitzige Kreuz) eher die Funktion eines Unternehmenskennzeichens hat. Jedenfalls kann es nicht als spezielle Produkt- bzw. Dienstleistungskennzeichnung angesehen werden, da der Inhaber der angegriffenen Marke ebenso wenig wie der Inhaber der Widerspruchsmarke das Kreuz nur als Kennzeichnung bestimmter

Dienstleistungen oder Dienstleistungsbereiche verwendet. Der Senat sieht aber keine grundsätzlich durchgreifenden Bedenken, bei der Zusammenstellung zweier Unternehmenskennzeichen jedem eine selbständig kennzeichnende Stellung zuzubilligen, selbst wenn einer der Bestandteile eine bildliche Darstellung ist.

Die gegen eine selbständig kennzeichnende Stellung des Bildbestandteils der angegriffenen Marke vorgebrachten Gesichtspunkte des Inhabers der angegriffenen Marke greifen nicht durch. Auch wenn sowohl das Wort „LAZARUS“ als auch der Bildbestandteil in grün dargestellt sind, spricht dies nicht gegen eine selbständig kennzeichnende Stellung des Bildbestandteils, da die einheitliche Farbgebung eines Zeichens nicht zwangsläufig dazu führt, dass der Verkehr einen Bildbestandteil nicht mehr als selbständig gegenüber dem weiteren in gleicher Farbe gehaltenen Wortbestandteil ansehen könnte. Gleiches gilt auch hinsichtlich der graphischen Anpassung des Wortbestandteils an die Maße der Wappendarstellung. Der Inhaber der angegriffenen Marke hat zwar geltend gemacht, dass Wappendarstellungen nicht immer mit der Umrisslinie des Wappenschildes abschließen, sondern weitere Elemente aufweisen können. Die angegriffene Marke unterscheidet sich jedoch von den Wappendarstellungen, die der Inhaber der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung vorgelegt hat. So sind die Wörter „Freistaat Sachsen“ und „Saarland“ innerhalb eines Wappenschildes angeordnet und das Wort „Sachsen“ einem nur angedeuteten Wappenschild beigefügt. Vorliegend dagegen ist das Malteserwappen innerhalb des Wappenschildes angebracht und das Wort „Lazarus“ oberhalb des Wappenschildes angeordnet. Die graphische Gestaltung des Wappenschildes ist in sich abgeschlossen und weist nicht auf weitere Elemente hin. Zudem ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich auch innerhalb eines Wappens selbständig kennzeichnende Elemente angebracht sein könnten, wenn auch in solchen Fällen die Feststellung einer selbständigen Kennzeichnungsfunktion wesentlich schwieriger sein mag als bei jeweils abgeschlossenen und voneinander getrennt stehenden Bestandteilen.

Die Wappendarstellung der angegriffenen Marke ist auch nicht so kennzeichnungsschwach, dass der Verkehr dem Bestandteil keine selbständig kennzeichnende Funktion mehr zuerkennen würde. Nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs, an die der Senat gebunden ist, unterscheidet sich das achtzackige Malteserkreuz so stark von anderen Kreuzdarstellungen, dass die Verwendung anderer Kreuzdarstellungen durch Mitbewerber zu keiner Schwächung der Widerspruchsmarke führt. Selbst die Verwendung des Malteserkreuzes durch den Johanniterorden schwächt nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht, da Malteser- und Johanniterorden eine gemeinsame historische Wurzel hätten und gegenseitig die Verwendung des Malteserkreuzes duldeten. Diese Koexistenz kann nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs aus Rechtsgründen Dritten gegenüber keine Verringerung des Schutzes bewirken. Auch wenn der Bundesgerichtshof die insoweit maßgeblichen Rechtsgründe nicht näher spezifiziert, ist der Senat jedenfalls an die Rechtsauffassung gebunden, dass die Verwendung des Malteserkreuzes durch den Johanniterorden nicht zu einer Schwächung der Widerspruchsmarke führt. Eine Kennzeichnungsschwäche kann auch nicht allein daraus hergeleitet werden, dass das Malteserkreuz in unterschiedlichen Wappen verwendet wird, was der Inhaber der angegriffenen Marke geltend macht. Wenn ein Motiv nicht in zahlreichen Marken unterschiedlicher Inhaber verwendet wird, sondern nur in Wappen, die der Verkehr oft gar nicht kennt, ist damit noch nicht eine Verbrauchtheit des Motivs als Markenbestandteil belegt.

Ausgehend von einer selbständig kennzeichnenden Stellung des Bildbestandteils, die hier aus den genannten Gründen anzunehmen ist, bejaht der Bundesgerichtshof auch eine Verwechslungsgefahr, es sei denn die unterschiedliche Farbgebung stehe dem entgegen.

Zugrunde zu legen ist hier eine zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft der schwarz-weiß eingetragenen Widerspruchsmarke. Von einer schwarz-weißen Eintragung werden auch alle farbigen Wiedergaben erfasst, jedoch mit Ausnahme

solcher, die eine besondere Bildwirkung hervorbringen (Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 8. Aufl. § 9, Rdn. 104). Zudem ist der Verkehr daran gewöhnt, dass schwarz-weiß eingetragene Marken häufig auch farblich verwendet werden. Da-nach wären durch die Registrierung der Widerspruchsmarke jedenfalls auch weiße Kreuzdarstellungen auf unterschiedlichen farbigen Wappengrundflächen geschützt und wohl auch hellfarbige Kreuzdarstellungen auf dunkelfarbenen Untergründen. Durch solche farbigen Wiedergaben der Widerspruchsmarke, sei es in rot-weiß wie es der tatsächlichen regelmäßigen Benutzung entspricht, sei es in einer der angegriffenen Marke entsprechenden grün-weißen Farbgebung, änderte sich die Bildwirkung der schwarz-weißen Eintragung nicht, da es sich dabei um übliche Farbgebungen handelt. Dies gilt auch, wenn man berücksichtigt, dass in der He-raldik die Farbgebung eine wesentliche Rolle spielen kann. Wird ein Wappen als Marke angemeldet, ohne dass dabei Farben konkret beansprucht werden, so gibt es keinen Anlass und keine rechtliche Handhabe dafür, die Marke als auf eine be-stimmte Farbgebung beschränkt anzusehen, die der Verkehr möglicherweise aus Benutzungstatbeständen kennt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man - wie hier vom Bundesgerichtshof verbindlich vorgegeben - die Achtspeizigkeit des Kreuzes als das eigentlich Charakteristische der Widerspruchsmarke ansieht, das durch die Farbgebung nicht verändert wird.

Diese spezielle Form ändert sich auch nicht durch die im Verhältnis zur angegrif-fenen Marke festzustellende Kontrastumkehr. Ob unabhängig von der Frage einer rechtserhaltenden Benutzungsform im Sinne von § 26 Abs. 3 MarkenG auch der Schutzgegenstand einer eingetragenen Bildmarke so weit reichen kann, was hier nahezu zu einer Identität -jedenfalls aber Wesensgleichheit - der Wappendarstel-lungen führen würde, lässt sich nicht allgemein beantworten und kann hier als nicht mehr entscheidungserheblich offen bleiben.

Soweit bei einfachen Kreuzdarstellungen die Farbgebung erst die Kennzeich-nungskraft (z. B. Rotes Kreuz) begründet, mag eine unterschiedliche Farbe eine Verwechslungsgefahr verhindern können. Die vorliegende Kreuzform weicht je-

doch von üblichen Kreuzdarstellungen ab und die Widerspruchsmarke ist auch nicht auf eine bestimmte Farbe beschränkt.

Sowohl bei Berücksichtigung der angesprochenen möglichen Farbgebungen der Widerspruchsmarke als vom Schutzgegenstand erfasst wie auch selbst bei einer strikten Beschränkung auf die schwarz-weiße Gestaltung besteht nach den Vorgaben des BGH eine Verwechslungsgefahr, da das achtspeitzige Malteserkreuz in einem Wappenschild als das eigentlich Charakteristische der Widerspruchsmarke anzusehen ist und dieses Element in der Formgebung nahezu identisch übernommen wurde. Danach sind die Widerspruchsmarke und das selbständig kennzeichnende Bildelement der angegriffenen Marke noch so ähnlich, dass trotz der vorhandenen Abweichungen mit rechtserheblichen Verwechslungen zu rechnen ist. Eine Übung auf dem karikativen Gebiet, dass unterschiedliche Unternehmen jeweils ausschließlich eine andere Farbe verwenden, konnte nicht generell festgestellt werden, auch wenn auf dem karitativen Gebiet farbliche Gestaltungen häufig eine Rolle spielen. Wenn einfache Kreuze je nach Anbieter von unterschiedlichen Unternehmen farblich jeweils unterschiedlich dargestellt werden, so wird der Verkehr bei komplexeren Gestaltungen nicht gleichermaßen die Anbieter jeweils nur mit bestimmten Farben in Verbindung bringen.

Auf die Frage, ob der Gesamteindruck der angegriffenen Marke (auch) durch deren Bildbestandteil geprägt werde, und ob im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke der Widerspruchsmarke eine gesteigerte Kennzeichnungskraft zukommt, kommt es vorliegend nicht mehr an.

4.) Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs. 1 MarkenG.

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

Kliems

Merzbach

Bayer

Na