

Verfassungsgerichtshof  
Judenplatz 11, 1010 Wien  
B 301/08-10

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. H o l z i n g e r ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Dr. B e r c h t o l d - O s t e r m a n n ,  
DDr. G r a b e n w a r t e r ,  
Dr. H a l l e r ,  
Dr. H e l l e r ,  
Dr. H ö r t e n h u b e r ,  
Dr. K a h r ,  
Dr. L a s s ,  
Dr. L i e h r ,  
Dr. M ü l l e r ,  
Dr. O b e r n d o r f e r ,  
DDr. R u p p e und  
Dr. S p i e l b ü c h l e r

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

Mag. S c h i f f k o r n

(27. September 2008)

in der Beschwerdesache des H. B. , (...), Bad Vöslau, vertreten durch die Piaty Müller-Mezin Schoeller Rechtsanwälte GmbH, Glacisstraße 27/II, 8010 Graz, gegen den Bescheid des Obersten Patent- und Markensenes vom 24. Oktober 2007, Z Om 7/07-2, Nm 106 + 107/2006, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 144 B-VG zu Recht erkannt:

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt worden.

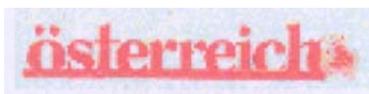
Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der Beschwerdeführer ist schuldig, der beteiligten Partei zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 2.340,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

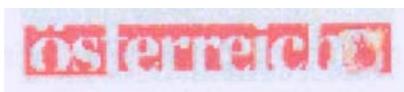
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. 1. Die beteiligte Partei ist Inhaberin der folgenden Wortbildmarken:

AT Nr. 233 288:



AT Nr. 233 289:



Beide Marken sind für Druckereierzeugnisse (Kl 16), Telekommunikation, elektronische Anzeigenvermittlung, Sammeln, Liefern und Übermittlung von Nachrichten (Kl 38) sowie für Unterhaltung, Herausgabe von Texten, Erstellen von Reportagen, Desktop Publishing, Digitaler Bilderdienst und dem Erstellen von Untertiteln (Kl 41) im österreichischen Markenregister mit Priorität vom 28. März 2006 (Tag der Anmeldung) eingetragen.

Der Beschwerdeführer beantragte beim Österreichischen Patentamt gemäß § 33 Markenschutzgesetz (im Folgenden: MSchG) die Löschung dieser Wortbildmarken, da der Wortbestandteil "Österreich" ein Zeichen sei, das als staatliches Hoheitszeichen von der Registrierung ausgeschlossen sei und die Antragsgegnerin - die nunmehr beteiligte Partei - kein Recht zur Benützung dieses Zeichens habe. Den Marken fehle die notwendige Unterscheidungskraft, weshalb auch die Lösungsgründe des § 33 MSchG iVm § 4 Abs. 1 Z 3 und 4 MSchG vorlägen. Weiters sei die Verwendung der Zeichen geeignet, öffentliches Ärgernis iSd § 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 7 MSchG zu erregen und das Zeichen "Österreich" sei auch geeignet, das Publikum über den Inhalt der erbrachten Waren oder Dienstleistungen in die Irre zu führen (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 8 MSchG sowie § 33a MSchG).

Die Nichtigkeitsabteilung des Österreichischen Patentamtes wies den Lösungsantrag mit Bescheid vom 14. Februar 2007 mit der Begründung ab, dass die angefochtenen Marken keine staatlichen Hoheitszeichen seien, keine Bestandteile von Hoheitszeichen enthielten und solchen nicht ähnlich seien (§ 4 Abs. 1 Z 1a, §§ 5 und 7 MSchG), dass die Marken auch nicht ausschließlich beschreibend seien, da sie eine ausreichende grafische Ausgestaltung aufwiesen (§ 4 Abs. 1 Z 4 MSchG), dass beide Marken die erforderliche Unterscheidungskraft besäßen (§ 4 Abs. 1 Z 5 MSchG), dass die Marken auch nicht gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstießen (§ 4 Abs. 1 Z 7 MSchG), dass eine Täuschungsgefahr fehle (§ 4 Abs. 1 Z 8 MSchG) und dass eine Zuordnung zur "Republik Österreich" trotz der Verwendung des Wortes "Österreich" iSd § 33c MSchG nicht erfolge.

2. Gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung brachte der nunmehrige Beschwerdeführer Berufung beim Obersten Patent- und Markensenat (im Folgenden: OPM) ein, der dieser mit Bescheid vom 24. Oktober 2007, Z Om 7/07-2, Nm 106 + 107/2006, keine Folge gab. Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung damit, dass der Gesamteindruck der beiden Marken bei den beteiligten Verkehrskreisen nicht den Eindruck entstehen lasse, es handle sich um ein staatliches Hoheitszeichen, die Nachahmung eines solchen oder um ein ähnliches Zeichen, weshalb die Löschungstatbestände des § 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 1a MSchG sowie der §§ 5 und 7 MSchG nicht vorlägen. Weiters besäßen die Wortbildmarken die notwendige Unterscheidungskraft, weshalb auch § 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 3 MSchG nicht zutreffe. Auf Grund der grafischen und auch farblichen Ausgestaltung beider Marken handle es sich nicht ausschließlich um eine beschreibende Angabe und es könne den Marken ein prägender Gesamteindruck nicht abgesprochen werden (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 4 MSchG). Die Marken seien nicht unmaßgeblich grafisch ausgestaltet, weshalb gerade nicht die (Wort)Bezeichnung "Österreich" monopolisiert werde und von einem "Freibrief", aus dem staatlichen Hoheitszeichen Profit zu schlagen, könne daher nicht gesprochen werden (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 5 MSchG). Schließlich seien beide Marken auch nicht geeignet, das Publikum insbesondere über die geografische Herkunft, die Art oder die Beschaffenheit der Waren und Dienstleistungen irrezuführen (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 7 MSchG).

Gegen diesen Bescheid richtet sich die auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz, auf ein faires Verfahren und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gerügt werden.

II. 1. Der gemäß § 33 und § 33c MSchG an die Nichtigkeitsabteilung des Österreichischen Patentamtes gerichtete Löschantrag stützt sich auf folgende Lösungsgründe:

- Österreich sei als Name des Staates ein staatliches Hoheitszeichen, dessen Registrierung ausgeschlossen sei (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 1 lit. a und § 7 MSchG);
- "Österreich" sei als Zeichen nicht unterscheidungsfähig (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 3 und 4 MSchG);
- Für dieses Zeichen bestehe ein Freihaltebedürfnis für Jedermann (§ 4 Abs. 1 Z 5 MSchG);
- Die Verwendung des Wortes verstoße gegen die öffentliche Ordnung (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 7 MSchG);
- Die Verwendung des Wortes sei zur Täuschung des Publikums und zur Irreführung geeignet (§ 33 iVm § 4 Abs. 1 Z 8 und § 33c MSchG).

Diese Bestimmungen lauten in der Fassung der Novellen BGBl. 111/1999 (§§ 4 und 7 MSchG) und BGBl. 773/1992 (§§ 33 und 33c MSchG):

"§ 33. (1) Aus einem von Amts wegen wahrzunehmenden Grund kann die Löschung einer Marke von jedermann begehrt werden.  
(2) Wird die Marke deshalb gelöscht, weil sie nicht hätte registriert werden dürfen, wirkt das Löschungserkenntnis auf den Beginn der Schutzdauer (§ 19 Abs. 1) zurück.

...

§ 33c. (1) Jedermann kann die Löschung einer Marke begehren, wenn sie nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung infolge ihrer Benutzung durch den Inhaber oder mit seiner Zustimmung für Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, geeignet ist, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft dieser Waren oder Dienstleistungen irrezuführen.

(2) Das Löschungserkenntnis wirkt auf den Zeitpunkt zurück, für den die irreführende Benutzung der Marke nachgewiesen wurde."

"§ 4. (1) Von der Registrierung ausgeschlossen sind Zeichen, die

1. ausschließlich bestehen

- a) aus Staatswappen, aus Staatsfahnen oder anderen staatlichen Hoheitszeichen oder aus Wappen inländischer Gebietskörperschaften,

- b) aus amtlichen Prüfungs- oder Gewährzeichen, die im Inland oder nach Maßgabe einer im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Kundmachung (§ 6 Abs. 2) in einem ausländischen Staat für dieselben Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke bestimmt ist, oder für ähnliche Waren oder Dienstleistungen eingeführt sind,
  - c) aus Zeichen internationaler Organisationen, denen ein Mitgliedsland des Pariser Verbandes zum Schutz des gewerblichen Eigentums als Mitglied angehört, sofern die Zeichen im Bundesgesetzblatt kundgemacht worden sind. Für die Kundmachung gilt § 6 Abs. 2 letzter Satz;
2. nicht als Marke gemäß § 1 eintragungsfähig sind;
  3. keine Unterscheidungskraft haben;
  4. ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können;
  5. ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung der Ware oder Dienstleistung üblich sind;
  6. ausschließlich aus der Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, oder aus der Form der Ware, die zur Herstellung einer technischen Wirkung erforderlich ist, oder aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht;
  7. gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen;
  8. geeignet sind, das Publikum zum Beispiel über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu täuschen;
  9. eine geographische Angabe enthalten oder aus ihr bestehen, durch die Weine gekennzeichnet werden und die für Weine bestimmt sind, die diesen Ursprung nicht haben, oder durch die Spirituosen gekennzeichnet werden und die für Spirituosen bestimmt sind, die diesen Ursprung nicht haben.

(2) Die Registrierung wird jedoch in den Fällen des Abs. 1 Z 3, 4 und 5 zugelassen, wenn das Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise vor der Anmeldung infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft im Inland erworben hat.

...

§ 7. § 4 Abs. 1 Z 1 und die §§ 5 und 6 gelten auch für Darstellungen, die der amtlichen Ausführungsform der Auszeichnung oder des Zeichens ähnlich sind. Befugt geführte Auszeichnungen und Zeichen der im § 4 Abs. 1 Z 1 bezeichneten Art können jedoch auch dann, wenn sie anderen derartigen Auszeichnungen oder Zeichen ähnlich sind, Bestandteile von Marken bilden (§ 5) und zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden (§ 6)."

2. Die Verordnung (EG) Nr. 40/94 vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, Abl. 2003, L 254, (mehrfach novelliert) sieht in Artikel 7 vor, welche Marken von der Eintragung ausgeschlossen sind. Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 7 Abs. 1 lit. g, h und i der Verordnung, welche lauten:

"(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind:

...

g) Marken, die geeignet sind, das Publikum zum Beispiel über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu täuschen,

h) Marken, die mangels Genehmigung durch die zuständigen Stellen gemäß Artikel 6ter der Pariser Verbandsübereinkunft zurückzuweisen sind,

i) Marken, die nicht unter Artikel 6ter der Pariser Verbandsübereinkunft fallende Abzeichen, Embleme und Wappen, die von besonderem öffentlichem Interesse sind, enthalten, es sei denn, daß die zuständigen Stellen ihrer Eintragung zugestimmt haben.

..."

3. Die Verbandsländer der Pariser Verbandsübereinkunft (im Folgenden: PVÜ), BGBl. 399/1973 idF BGBl. 384/1984, sind gemäß Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 PVÜ übereingekommen, die Eintragung der Wappen, Flaggen und anderen staatlichen Hoheitszeichen der Verbandsländer, der von ihnen eingeführten amtlichen Prüf- und Gewährzeichen und -stempel sowie jeder Nachahmung im heraldischen Sinn als Fabrik- oder Handelsmarken oder als Bestandteile solcher zurückzuweisen oder für ungültig zu erklären sowie den Gebrauch dieser Zeichen durch geeignete Maßnahmen zu verbieten, sofern die zuständigen Stellen den Gebrauch nicht erlauben. Gemäß Abs. 3a dieser Bestimmung werden staatliche Hoheitszeichen in ein Verzeichnis eingetragen. Diese Bestimmung der PVÜ lautet:

"(3) a) Für die Anwendung dieser Bestimmungen kommen die Verbandsländer überein, durch Vermittlung des Internationalen Büros ein Verzeichnis der staatlichen Hoheitszeichen und amtlichen Prüf- und Gewährzeichen und -stempel auszutauschen, die sie jetzt oder in Zukunft unumschränkt oder in gewissen Grenzen unter den Schutz dieses Artikels zu stellen wünschen; dies gilt auch für alle späteren Änderungen dieses Verzeichnisses. Jedes Verbandsland soll die notifizierten Verzeichnisse rechtzeitig öffentlich zugänglich machen.

Diese Notifikation ist jedoch für Staatsflaggen nicht erforderlich."

III. 1. Der Beschwerdeführer macht die Verletzung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz, auf ein faires Verfahren und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter geltend.

1.1. Zur Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit macht der Beschwerdeführer ein gehäuftes Verkennen der Rechtslage durch die Behörde und eine denkmögliche willkürliche Anwendung der §§ 4 Abs. 1 Z 1a, 5 und 7 Markenschutzgesetz (MSchG) und des Bundesgesetzes vom 28. März 1984 über das Wappen und andere Hoheitszeichen der Republik Österreich, BGBl. 159/1984 (Wappengesetz), geltend. Er führt aus, dass die belangte Behörde willkürlich vorgegangen sei, weil sie den Staatsnamen vom Begriff "Hoheitszeichen" ausgeschlossen habe.

Im Detail legt der Beschwerdeführer dann seine Rechtsansicht unter Hinweis auf mehrere Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: EuGH) und des Obersten Gerichtshofes dar.

1.2. Zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren führt der Beschwerdeführer aus, dass die belangte Behörde kein ordnungsgemäßes Beweisverfahren geführt habe. Sie habe die von ihr vorgelegten Beilagen (Belegexemplare der Zeitung "Österreich") übergangen.

1.3. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sieht der Beschwerdeführer dadurch verletzt, dass es der OPM unterlassen habe, die Frage, "ob der Staatsname eines Mitgliedes der PVÜ oder der EC [= European Community] iVm Farben der Staatsflagge als Hoheitszeichen iSd Art 6ter PVÜ und des Art 7 Abs 1 lit h und i GMV [= Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke (GMV), Abl. L 11, S 1] als Hoheitszeichen und/oder als einem Hoheitszeichen ähnliches Zeichen anzusehen sind", dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Wörtlich führt der Beschwerdeführer hiezu aus:

"Da es im gesamten Geltungsbereich des Art 6ter PVÜ und des Art 7 Abs 1 lit g und h GMV kein einziges Judikat zur Frage gibt, ob der Staatsname eines Mitgliedes der PVÜ oder der EC iVm Farben der Staatsflagge als Hoheitszeichen iSd Art 6ter PVÜ und des Art 7 Abs 1 lit h und i GMV als Hoheitszeichen und/oder als einem Hoheitszeichen ähnliches Zeichen anzusehen sind, wird außerdem eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gerügt, da der OPM in diesem Fall verpflichtet gewesen wäre, die im Gemeinschaftsrecht noch ungelöste Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Gleichzeitig wird angeregt, dass der VfGH selbst diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorliegt."

2. Die belangte Behörde nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

3. Die beteiligte Partei erstattete eine Äußerung, in der sie den Argumenten des Beschwerdeführers entgegen tritt. Ferner führte sie aus, dass durch den Bescheid kein subjektives Recht des Beschwerdeführers verletzt sei. Er vermöge in keiner Weise darzutun, weshalb seine subjektiven Rechte durch den angefochtenen Bescheid verletzt seien. Die von ihm angeführten Verfahrensmängel seien nicht geeignet, seine Beschwerdelegitimation zu begründen.

IV. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Gemäß Art. 144 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden, soweit der Beschwerdeführer behauptet, durch den angefochtenen Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Prozessvoraussetzung ist u.a., dass der angefochtene Bescheid überhaupt in subjektive Rechte des Beschwerdeführers eingreift. Da der Verfassungsgerichtshof auf Grund des Art. 144 B-VG Bescheide lediglich daraufhin überprüfen darf, ob der Beschwerdeführer in einem verfassungsgesetzlich ge-

währleisteten Recht oder in seinem Recht wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm verletzt wurde, ist es ausgeschlossen, auch Verletzungen objektiven Rechts aufzugreifen (VfSlg. 17.220/2004, 17.808/2006, 17.847/2006).

Jene Normen, aus denen der Beschwerdeführer seine Beschwerdelegitimation ableitet, räumen "jedermann" das Recht ein, die Löschung einer Marke aus einem von Amts wegen wahrzunehmenden Grund (§ 33 MSchG) bzw. wegen Irreführung des Publikums (§ 33c MSchG) zu begehren. Mit seinem Lösungsbegehren macht der Beschwerdeführer subjektive Rechte geltend.

Die Beschwerde ist zulässig.

## 2. In der Sache:

Der Beschwerdeführer macht die Verletzung des Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter geltend. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (zB VfSlg. 15.372/1998, 15.738/2000, 16.066/2001, 16.298/2001 und 16.717/2002) oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (zB VfSlg. 15.482/1999, 15.858/2000, 16.079/2001 und 16.737/2002).

Dieses Grundrecht ist schon deshalb nicht verletzt, weil die belangte Behörde in der Sache entschieden hat.

Ferner führt der Beschwerdeführer aus, dass das Verfahren mangelhaft sei und die belangte Behörde das Recht auf ein faires Verfahren verletzt habe. Ein willkürliches Verhalten der Behörde, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt u.a. in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens

überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außer-Acht-Lassen des konkreten Sachverhaltes (zB VfSlg. 8808/1980 mwN, 14.848/1997, 15.241/1998 mwN, 16.287/2001, 16.640/2002).

Der Verfassungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, dass der belangen Behörde ein derartiges Verhalten vorzuwerfen ist, insbesondere dass ihr Verfahrensmängel unterlaufen wären, die in die Verfassungssphäre reichen.

Ein allfälliger Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ist aus der Sicht des Verfassungsgerichtshofs der Verletzung einfach gesetzlicher Vorschriften gleichzuhalten, es sei denn, dass der Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht offenkundig wäre (vgl. VfSlg. 14.886/1997 ua.). Ein solcher offenkundiger Widerspruch ist nicht zu erkennen, zumal die relevante Norm des Gemeinschaftsrechts (Art. 7 Abs. 1 lit. g und h der Verordnung Nr. 40/94) nämlich gar nicht bestimmt, was Hoheitszeichen sind, sondern bloß auf Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ verweist. Ungeachtet der Frage, ob der EuGH überhaupt nach Art. 234 EG zur Auslegung von Normen befugt ist, die nicht selbst Teil des Gemeinschaftsrechts sind, sondern auf die nur in einer gemeinschaftsrechtlichen Verordnung verwiesen wird, regelt auch Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ nicht, was Hoheitszeichen sind. Vielmehr überlässt es die PVÜ den "Verbandsländern" zu bestimmen, welche Zeichen sie als Hoheitszeichen gelten lassen wollen.

Eine Verletzung anderer verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte kommt im vorliegenden Zusammenhang nicht in Betracht.

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

V. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 88 VfGG. In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in der Höhe von € 360,-- enthalten.

Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 27. September 2008

Der Präsident:

Dr. H o l z i n g e r

Schriftführer:

Mag. S c h i f f k o r n