



- 1. Die „Kennzeichnungsfähigkeit“ des Zeichens, d.h. seine Eignung, Waren und Dienstleistungen zu kennzeichnen, also von anderen Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden, muss nach dem eindeutigen Wortlaut des § 4 Abs 2 MSchG jedenfalls „innerhalb der beteiligten Verkehrskreise vor der Anmeldung infolge seiner Benutzung“ erworben worden sein.**
- 2. Da sich der Markenmelder zum Nachweis der Verkehrsgeltung nur auf die Verwendung des angemeldeten Zeichens für Dienstleistungen seines Unternehmens berufen hat, kann die Ansicht des Patentamtes, dass es für die Frage der Verkehrsgeltung darauf ankomme, ob das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf die Dienstleistungen des Unternehmens des Beschwerdeführers aufgefasst werde, vorliegend nicht als rechtswidrig erkannt werden.**
- 3. Den vom Markenmelder vorgelegten Beilagen kann lediglich entnommen werden, dass sich der Beschwerdeführer mit der Entwicklung von Design-Vorschlägen für Werbeträger Dritter unter Verwendung des Euro-Symbols beschäftigt habe, nicht jedoch, dass der Beschwerdeführer das Euro-Symbol zur Kennzeichnung seiner eigenen Dienstleistungen verwendet habe.**
- 4. Gegen die Ansicht der Patentamtes, dass eine Verkehrsgeltung in der Klasse „Werbung“ selbst dann nicht vorläge, wenn die in den vom Beschwerdeführer vorgelegten Beilagen genannten (wenigen) Unternehmer das angemeldete Zeichen als Kennzeichen für die Dienstleistungen des Beschwerdeführers auffassten, bestehen im Hinblick auf den großen Kreis von potenziellen Abnehmern von Dienstleistungen aus der Werbebranche keine Bedenken.**

Leitsätze verfasst von RA Dr. Clemens Thiele, LL.M.

### **IM NAMEN DER REPUBLIK !**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Gruber, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde des A\*\*\*\* in V\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Klaus J. Mitzner und Dr. Michael Krautzer, Rechtsanwälte in 9500 Villach, Hans-Gasser-Platz 3, gegen den Bescheid des Österreichischen Patentamtes, Beschwerdeabteilung, vom 19. Februar 2002, Zl. Bm 42/2001-3, AM 4914/98, betreffend Eintragung einer Marke, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Österreichischen Patentamtes, Beschwerdeabteilung (der belangten Behörde), vom 19. Februar 2002 wurde der Antrag des Beschwerdeführers vom 13. August 1998, ergänzt am 31. August 1998, auf Eintragung eines zum Markenschutz angemeldeten Zeichens in das Markenregister gemäß § 4 Abs. 1 Z. 3 Markenschutzgesetz 1970, BGBl. Nr. 260/1970 idF der Markenrechts-Novelle 1999, BGBl. I Nr. 111/99 (MaSchG), abgewiesen.

Der Beschwerdeführer habe ein mit einem goldfarbigen, dreidimensionalen Effekt

ausgestattetes Bildzeichen, das aus einem runden „griechischen E“ (Epsilon) mit markantem Doppelquerstrich (EUR) bestehe, angemeldet. Am 31. August 1998 habe er beantragt, ein berechtigtes Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Anmeldung zu Grunde zu legen. Dieses berichtigte Verzeichnis umfasse Waren und Dienstleistungen folgender Klassen:

Klasse 9: "Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate, Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computer"

Klasse 16: "Schreibmaschinen und Büroartikel, Drucklettern und Druckstöcke"

Klasse 35: "Werbung, Büroarbeiten"

Klasse 36: "Versicherungswesen, Finanzwesen, Geldgeschäfte, Immobilienwesen"

Klasse 38: "Telekommunikation".

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 5. Dezember 2000 sei gemäß § 20 Abs 3 MaSchG festgestellt worden, dass das Zeichen nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs 2 leg. cit. registrierbar wäre. Die dagegen gerichtete Beschwerde sei vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 28. März 2001, Zl. 2001/04/0027, als unbegründet abgewiesen worden.

Das Verfahren sei sohin zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 MaSchG (Verkehrsgeltung) fortgesetzt worden. Der Beschwerdeführer habe im erstinstanzlichen Verfahren zum Nachweis der Verkehrsgeltung folgende Urkunden vorgelegt:

Bestätigung der Firma S. Werbemittel & Produkt-Merchandising vom 8. Jänner 2001 samt drei angeschlossenen graphischen Entwürfen, die jeweils das angemeldete Zeichen, ein Eurosymbol, in verschiedener Ausgestaltung zeigten (Beilage 1);

Telefax der Firma M. Geschenkartikelvertrieb GmbH (Beilage 2);

ein graphischer Entwurf, der das Eurosymbol mit einem integrierten Sparkassenlogo zeige (Beilage 3);

ein graphischer Entwurf, der das Eurosymbol mit einem integrierten Volksbankenlogo sowie ein Volksbankenlogo, die stilisierte Aufschrift "Quality service design" und "Creation Alexander" sowie eine unleserliche Unterschrift zeige (Beilage 4);

Schreiben der Firma A. Air Travel Card Vertriebsgesellschaft mbH samt einer Beilage, die einen graphischen Entwurf enthalte, der das angemeldete Zeichen, Eurosymbol, mit einem integrierten A.- Logo sowie ein A.-Logo, die stilisierte Aufschrift "Quality service design" und "Creation Alexander" sowie eine unleserliche Unterschrift mit dem Datum 3. August 1998 zeige (Beilage 5);

Schreiben der Firma R. Handels- und Reparaturges mbH sowie Schreiben der Firma R. Panoramahotel (Beilage 6).

Der Beschwerdeführer habe vorgebracht, aus den vorgelegten Urkunden ginge hervor, dass er bereits vor der Markenmeldung umfangreiche Tätigkeiten in seinem Dienstleistungsbetrieb unter ausschließlicher Verwendung des nunmehr angemeldeten Zeichens entwickelt hätte. Es wäre daher davon auszugehen, dass infolge der Benutzung des nunmehr zum Markenschutz angemeldeten Zeichens durch den Beschwerdeführer im Rahmen seiner Tätigkeit als Grafiker/Designer dieses Zeichen innerhalb der relevanten Verkehrskreise im geschäftlichen Verkehr bereits vor der Anmeldung die Auffassung vorhanden gewesen wäre, dass dieses Zeichen als Hinweis auf die Dienstleistungen des Unternehmens des Beschwerdeführers anzusehen wäre.

Die Behörde erster Instanz habe den Antrag im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass dem Beschwerdeführer ein Nachweis der Verkehrsgeltung der von ihm angemeldeten Wort-Bild- Marke hinsichtlich der von ihm in Anspruch genommenen Klassen des Dienstleistungsverzeichnisses nicht gelungen wäre.

In seiner dagegen gerichteten Berufung habe der Beschwerdeführer Folgendes vorgebracht:

Von der Verkehrsgeltung bzw. Kennzeichnungsmöglichkeit eines Zeichens wäre bereits dann auszugehen, wenn es in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein Unternehmen oder dessen Waren bzw. Dienstleistungen bekannt wäre. Aus der Bestätigung der Firma S. (Beilage 1) ginge hervor, dass der Beschwerdeführer bereits in den Jahre 1997 und 1998 der einzige gewesen wäre, der sich mit der Entwicklung und der Gestaltung des nunmehr zum Markenschutz angemeldeten Zeichens befasst hätte und dieses im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen seines Unternehmens auch verwendet hätte. Im Hinblick auf die farbliche Gestaltung sowie die exakt definierten Abmessungen und Proportionen käme dem anmeldeten Zeichen Unterscheidungskraft zu. Die Frage der Verkehrsgeltung müsste nur anhand der Kennzeichnungsfähigkeit des Zeichens ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Unternehmen beurteilt werden. Dabei wäre auf den unter Umständen eng begrenzten Kreis von potenziellen Abnehmern abzustellen. Auf Grund der vorgelegten Urkunden wäre jedenfalls die Registrierung des angemeldeten Zeichens in der Klasse 35 ("Werbung") gerechtfertigt gewesen. Die Behörde wäre infolge der Officialmaxime verpflichtet gewesen die Ergänzung des Verkehrsgeltungsnachweises durch Einholung von Gutachten öffentlicher Stellen vorzunehmen. Dies umso mehr, als nach Art. 6quinquies lit. b Z. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) das Registrierungs Hindernis der mangelnden Unterscheidungskraft restriktiv zu interpretieren wäre.

Vorliegend sei bereits rechtskräftig entschieden, dass das angemeldete Zeichen mangels Unterscheidbarkeit gemäß § 4 Abs. 1 Z. 3 MaSchG - weil es bereits im Zeitpunkt der Anmeldung als Zeichen für die (künftige) Währung Euro bekannt gewesen sei - nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 leg. cit. (Verkehrsgeltung) registrierbar sei. Im Hinblick darauf seien die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Kennzeichnungskraft des angemeldeten Zeichens selbst und dessen Unterscheidbarkeit von allen anderen nunmehr in Gebrauch stehenden Euro-Symbolen ebenso unbeachtlich wie der Verweis auf die PVÜ.

Nach § 4 Abs. 2 MaSchG erlange ein an sich nicht kennzeichnungskräftiges Zeichen dann Kennzeichnungskraft, wenn sich innerhalb der relevanten Verkehrskreise infolge der Benutzung dieses Zeichens im geschäftlichen Verkehr (z.B. durch Benutzung in der Werbung) bereits vor dessen Anmeldetag die Auffassung gebildet habe, dass dieses Zeichen als Hinweis auf die Waren und Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens anzusehen sei, ihm also Unterscheidungskraft zukomme (Verkehrsgeltung). Es müsste also ein repräsentativer Teil jener Teilnehmer am geschäftlichen Verkehr, die als potenzielle Konsumenten, Käufer oder Dienstleistungsbesteller den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen zuzurechnen seien (Zielgruppen) das angemeldete Zeichen zwanglos und zweifelsfrei als das Kennzeichen (Markenzeichen) eines bestimmten Unternehmens für dessen Waren und/oder Dienstleistungen erkennen, welches diese von den Waren und/oder Dienstleistungen anderer Unternehmen unterscheidet.

Der Grad der nachzuweisenden Verkehrsgeltung sei umso höher anzusetzen, je weniger Unterscheidungskraft dem Zeichen von vornherein zukomme und je höher das Interesse der Öffentlichkeit an der ungehinderten Benutzung dieses Zeichens (= Freihaltebedürfnis) einzustufen sei. Da das angemeldete Zeichen bereits vor dem Zeitpunkt der Anmeldung als Zeichen für die einzuführende Währung Euro in nationalen Verwaltungen, Zentralbanken und im privaten Sektor breite Verwendung gefunden habe, sei der Grad der nachzuweisenden Verkehrsgeltung des angemeldeten Zeichens hoch anzusetzen.

Der Beschwerdeführer habe zum Nachweis der Verkehrsgeltung nur die Beilagen 1 bis 6 vorgelegt. Aus der Beilage 1 gehe hervor, dass der Beschwerdeführer ein Unternehmen in Hamburg in den Monaten Juni, Juli und August 1998 beauftragt habe, diverse Werbemittel aus Metall in Form des Euro-Zeichens herzustellen. Ob und in welcher Stückzahl solche Werbemittel tatsächlich angefertigt worden seien, und ob und mit welcher Auflage diese

Werbemittel zur Kennzeichnung von Waren und/oder Dienstleistungen des Beschwerdeführers verwendet worden seien, könne der Beilage jedoch nicht entnommen werden. Aus der Beilage 2 ergebe sich, dass der Beschwerdeführer Anfang 1998 mit der Firma M. über Designvorschläge mit dem Euro-Zeichen für deren Weltspartagskollektion für verschiedene Geldinstitute gesprochen habe und mit der Ausarbeitung solcher Designvorschläge beauftragt worden sei. Aus der Beilage ergebe sich aber nicht, dass das angemeldete Zeichen von der Firma M. als ein die Dienstleistungen (Werbung/Grafik) des Beschwerdeführers kennzeichnendes Zeichen aufgefasst worden sei. Vielmehr werde das angemeldete Zeichen in dieser Urkunde ausdrücklich als "Euro-Zeichen" genannt, das in einer graphischen Kombination mit dem Sparkassen-Logo (Beilage 3) und dem Volksbanken-Logo (Beilage 4) im Rahmen einer Werbeaktion für diese Geldinstitute verwendet werden hätte sollen. Gleiches gelte für das als Beilage 5 vorgelegte Schreiben der Firma A., das einen graphischen Entwurf enthalte, der u.a. das angemeldete Zeichen, Eurosymbol, mit einem integrierten A.-Logo zeige, sowie für die beiden als Beilage 6 vorgelegten Schreiben der Firmen R. Handels- und Reparaturges. bmH und R. Panoramahotel.

Aus den Beilagen könne somit wohl entnommen werden, dass sich der Beschwerdeführer mit der Entwicklung von Design-Vorschlägen für Werbeträger Dritter unter Verwendung des Euro-Symbols beschäftigt habe, nicht jedoch, dass der Beschwerdeführer das Eurosymbol zur Kennzeichnung seiner eigenen Dienstleistungen verwendet habe. Das entspreche auch dem Vorbringen des Beschwerdeführers, er befasse sich als Grafiker und Designer bereits seit mehreren Jahren mit der Entwicklung von "Logos", Design und graphischen Gestaltungen unter Verwendung des "Euro-Zeichens", dies insbesondere auch unter Einbeziehung des nunmehr zum Markenschutz angemeldeten Zeichens.

Selbst wenn man jedoch unterstellte, dass die Firmen M., A. und R. das Euro-Symbol als Kennzeichen für die Dienstleistungen des Beschwerdeführers aufgefasst hätten, könne die Bekanntheit des Zeichens bei bloß drei potenziellen Auftraggebern nicht eine österreichweite Verkehrsgeltung des Euro-Symbols als Zeichen für die Dienstleistungen des Beschwerdeführers begründen.

Bereits die Erstbehörde habe zutreffend ausgeführt, dass die in den vorgelegten Beilagen genannten Dienstleistungen des Beschwerdeführers (Erstellung von Designvorschlägen für Merchandising-Artikel) zum Bereich der Designer- und Grafikerdienstleistungen zählten, welche in Klasse 42 einzuordnen gewesen wären, in welcher Klasse jedoch kein Schutz beantragt worden wäre. Selbst wenn man diese Dienstleistungen unter den Titel "Werbung" subsumieren wollte (Klasse 35) könnte der Nachweis österreichweiter Verkehrsgeltung aus den vorgelegten Dokumenten nicht als bescheinigt angenommen werden.

Für eine Verkehrsgeltung des angemeldeten Zeichens für Waren oder Dienstleistungen der Klassen 9, 16, 36 und 38 sowie für die in Klasse 35 enthaltenen "Büroarbeiten" hätten sich aus den vorgelegten Urkunden überhaupt keine Anhaltspunkte ergeben, sodass hinsichtlich dieser Waren und Dienstleistungen der Verkehrsgeltungsnachweis ebenfalls als nicht bescheinigt angesehen werden könne.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sei die Behörde nicht verpflichtet, die Voraussetzungen der Verkehrsgeltung gemäß § 4 Abs. 2 MaSchG von Amts wegen zu prüfen. Eine derartige Verpflichtung ergebe sich weder aus dem Gesetz noch aus der vom Beschwerdeführer zitierten Judikatur des EUGH.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

### ***Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:***

Gemäß § 1 MaSchG idF der Markenrechts-Novelle 1999 können Marken alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Gemäß § 4 Abs. 1 leg. cit. sind u.a. Zeichen von der Registrierung ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben (Z. 3).

Nach dem Abs. 2 dieser Bestimmung wird die Registrierung 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.

Im vorliegenden Fall wurde bereits mit Bescheid der belangten Behörde vom 5. Dezember 2000 bindend festgestellt, dass dem angemeldeten Zeichen an sich gemäß § 4 Abs. 1 Z. 3 MaSchG keine Unterscheidungskraft zukommt. Dies wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 28. März 2001, Zl. 2001/04/0027, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, insbesondere im Hinblick auf das für das offizielle Zeichen der (künftigen) europäischen Währung bestehende "Freihaltebedürfnis" bestätigt. Dabei wurde auch auf die konkrete Ausgestaltung des angemeldeten Zeichens Bedacht genommen.

Dies ist dem Beschwerdevorbringen, das angemeldete Zeichen weise infolge seiner konkreten Ausgestaltung Unterscheidungskraft auf, entgegenzuhalten. Aus diesem Grund braucht auch auf das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Feststellung, dass das angemeldete Zeichen bereits im Zeitpunkt der Anmeldung als Euro-Symbol bekannt gewesen sei, beruhe auf Verfahrensmängeln, nicht weiter eingegangen zu werden.

Für das vorliegende Verfahren ist nur relevant, ob das angemeldete Zeichen - dem keine Unterscheidungskraft im Sinn des § 4 Abs. 1 Z. 3 MaSchG zukommt - "innerhalb der beteiligten Verkehrskreise vor der Anmeldung infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft im Inland erworben hat" (Verkehrsgeltung), und daher gemäß § 4 Abs. 2 MaSchG dennoch registriert werden kann.

Der Beschwerdeführer gesteht zu, die Verkehrsgeltung für die Klassen 9, 16, 35 (nur auf "Büroarbeiten" bezogen), 36 und 38 im Verwaltungsverfahren nicht dargetan zu haben. Dies treffe jedoch für die Dienstleistungen unter dem Titel "Werbung" der Klasse 35 nicht zu. In diesem Bereich habe der Beschwerdeführer bereits seit den Jahre 1997 und 1998 Tätigkeiten entwickelt und Dienstleistungen erbracht, die - zumindest aus der damaligen Sicht - die Zuordnung des nunmehr zum Markenschutz angemeldeten Zeichens zu seinem Unternehmen durchaus rechtfertigten, weise dieses Zeichen doch ganz konkrete - auf den Einzelfall und damit auf das Unternehmen des Beschwerdeführers abgestellte - Dimensionierungen auf, die es von allen anderen möglicherweise in Gebrauch stehenden ähnlichen Zeichen unterscheide. Grundsätzlich sei seit der Markenrechts-Novelle 1999 bei der Prüfung der Frage der Verkehrsgeltung davon auszugehen, dass diese unabhängig von einer Zurechnung zu einem bestimmten Unternehmen zeichenbezogen definiert werde. Demnach sei die Registrierung dann zuzulassen, wenn das Zeichen infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft im Inland erworben habe. Nach den Bestimmungen des Gesetzes solle daher die Verkehrsgeltung künftig nur anhand der Kennzeichnungsfähigkeit des Zeichens und ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Unternehmen beurteilt werden. Die belangte Behörde gehe im angefochtenen Bescheid jedoch davon aus, dass eine Zuordnung des angemeldeten Zeichens zum Unternehmen des Beschwerdeführers nicht möglich sei, weil hierfür der Nachweis fehle. Damit widerspreche der angefochtene Bescheid der dargestellten Rechtslage, wonach die Verkehrsgeltung ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Unternehmen beurteilt werden müsse.

Der Beschwerdeführer nimmt damit auf die Ausführungen von Schanda in Markenschutzgesetz, Praxiskommentar (1999) bezug. Dieser Autor stellt ausführlich dar, dass der Marke bereits seit der mit der MaSchG-Novelle 1977 eingeführten freien Übertragbarkeit ohne das zugehörige Unternehmen nicht mehr die Funktion zukomme, die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren aus einem bestimmten Unternehmen anzuzeigen. Die Marke weise lediglich darauf hin, dass das damit gekennzeichnete Produkt aus dem Unternehmen des jeweils Kennzeichnungsberechtigten stamme; die angesprochenen Verkehrskreise würden in der Marke keinen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern auf ein bestimmtes Erzeugnis und dessen Beschaffenheit sehen (a.a.O. S. 21 ff, Rz 7 ff zu § 1). Schanda vertritt in weiterer Folge die Ansicht, dass das Vorliegen von Verkehrsgeltung, welche in § 4 Abs. 2 MaSchG unabhängig von der Zurechnung zu einem bestimmten Unternehmen lediglich "zeichenbezogen" definiert werde, nur anhand der Kennzeichnungsfähigkeit des Zeichens und ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Unternehmen beurteilt werden sollte (a.a.O. S. 40 f, Rz 35 ff zu § 4), wobei er unter Kennzeichnungsfähigkeit die Eignung, Waren und Dienstleistungen zu kennzeichnen, also von anderen Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden, versteht (a.a.O. S. 35, Rz 20 zu § 4).

Die "Kennzeichnungsfähigkeit" des Zeichens in diesem Sinn muss nach dem eindeutigen Wortlaut des § 4 Abs. 2 MaSchG jedenfalls "innerhalb der beteiligten Verkehrskreise vor der Anmeldung infolge seiner Benutzung" erworben worden sein. Da sich der Beschwerdeführer zum Nachweis der Verkehrsgeltung nur auf die Verwendung des angemeldeten Zeichens für Dienstleistungen seines Unternehmens berufen hat, kann die Ansicht der belangten Behörde, dass es für die Frage der Verkehrsgeltung darauf ankomme, ob das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf die Dienstleistungen des Unternehmens des Beschwerdeführers aufgefasst werde, vorliegend auch unter Zugrundelegung der Ausführungen Schandas nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Die belangte Behörde vertrat die - in der Beschwerde nicht konkret bekämpfte - Auffassung, dass aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten Beilagen lediglich entnommen werden könne, dass sich der Beschwerdeführer mit der Entwicklung von Design-Vorschlägen für Werbeträger Dritter unter Verwendung des Euro-Symbols beschäftigt habe, nicht jedoch, dass der Beschwerdeführer das Euro-Symbol zur Kennzeichnung seiner eigenen Dienstleistungen verwendet habe.

Das einzige dazu erstattete Vorbringen des Beschwerdeführers, die Behörde hätte ihn entweder anhalten müssen, weitere Urkunden vorzulegen, oder die Frage der Verkehrsgeltung von Amts wegen prüfen müssen, ist schon deshalb nicht zielführend, weil der Beschwerdeführer nicht vorbringt, welche weiteren Urkunden er vorgelegt hätte, bzw. zu welchem konkreten Ergebnis weitere Ermittlungen geführt hätten, und somit die Relevanz der damit geltend gemachten Verfahrensmängel nicht dartut.

Im Übrigen bestehen auch gegen die - gleichfalls nicht konkret bekämpfte - Ansicht der belangten Behörde, dass eine Verkehrsgeltung in der Klasse "Werbung" selbst dann nicht vorläge, wenn die in den Urkunden genannten Unternehmer das angemeldete Zeichen als Kennzeichen für die Dienstleistungen des Beschwerdeführers auffassten, im Hinblick auf den großen Kreis von potenziellen Abnehmern von Dienstleistungen aus der Werbebranche keine Bedenken.

Da somit bereits der Beschwerdeinhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

## *Anmerkung\**

### **I. Das Problem**

Der Markenanmelder und spätere Beschwerdeführer wollte ein goldfarbiges €Zeichen als ein zum Markenschutz angemeldetes Zeichen in das Markenregister u.a. für die Klasse 35 „Werbung“ eintragen lassen. Dies lehnte das Österreichische Patentamt unter Hinweis auf § 4 Abs 1 MSchG ab, weil dem Zeichen keinerlei Unterscheidungskraft zukomme. Daraufhin berief sich der Anmelder auf § 4 Abs 2 MSchG, wonach die Registrierung auch für nicht unterscheidbarer Zeichen zugelassen werden kann, wenn das Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise vor der Anmeldung infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft im Inland erworben hat. Der VwGH hatte sich mit der Frage auseinander zusetzen, ob und unter welchen Voraussetzungen das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen schon als Hinweis auf die Dienstleistungen des Unternehmens des Beschwerdeführers aufgefasst würde?

### **II. Die Entscheidung des Gerichtes**

Der Verwaltungsgerichtshof lehnte eine Markenregistrierung ebenfalls ab. Aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten Beilagen konnte lediglich entnommen werden, dass sich der Anmelder mit der Entwicklung von Design-Vorschlägen für Werbeträger Dritter unter Verwendung des Euro-Symbols beschäftigt habe, nicht jedoch, dass er das Euro-Symbol zur Kennzeichnung seiner eigenen Dienstleistungen verwendet hätte.

Eine Verkehrsgeltung in der Klasse "Werbung" läge im Hinblick auf den großen Kreis von potenziellen Abnehmern von Dienstleistungen aus der Werbebranche selbst dann nicht vor, wenn die in den vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen genannten (wenigen) Unternehmer das angemeldete Zeichen als Kennzeichen für die Dienstleistungen des Beschwerdeführers auffassten.

### **III. Kritische Würdigung**

Die vorliegende Entscheidung ermöglicht ein kritisches Schlaglicht auf die Rechtszersplitterung im österreichischen Markenrecht. Obwohl nunmehr dank der Markenrechtsnovelle 1999<sup>1</sup> ein einheitliches, der Marken-RL angepasstes Markenschutzgesetz (in der zivilen Tradition mit MSchG abgekürzt, von der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit MaSchG) entstanden ist, führt die unerfreuliche Verquickung von verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Zuständigkeiten zu – manchmal gegenläufigen – Doppel- und Mehrgleisigkeiten. So wurde für die Nichtigkeitsverfahren gegen Marken nunmehr als letztinstanzliches Tribunal der Oberste Paten und Markensenat (OPM) eingerichtet, der aufgrund teilweiser Personalidentität mit dem für Markensachen zuständigen 4. Senat des OGH für eine einheitliche Linie sorgt. Doch blieb im Bereich der Beschwerdeabteilung (BA) nach Ablehnung einer Marke **im Registrierungsverfahren** der Rechtszug an die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts (VwGH oder VfGH, je nach Beschwerdepunkt) bestehen.

Der VfGH hat den Ausschluss eines Rechtszuges gegen Bescheide der BA an den OPM als

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at), Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

<sup>1</sup> BGBl I 111/1999

verfassungswidrig aufgehoben.<sup>2</sup>

Für den – unbedarften – Rechtsanwender erscheint die Verwirrung groß, wenn **Judikaturdivergenzen zwischen dem zivilen und dem administrativen Höchstgericht** zur gleichen Sachmaterie mit dem Stehsatz bedacht werden: „Die Registrierung einer Marke durch das Patentamt begründet selbst bei Zeichen, die nur auf Grund eines Verkehrsgeltungsnachweises eingetragen werden können, nur dann einen prima-facie Beweis für die Verkehrsgeltung, wenn ein solcher Nachweis tatsächlich Grundlage der Eintragung war“.<sup>3</sup>

Abhilfe verspricht ein einheitlicher europäischer Standard, der zumindest für die Frage der Kennzeichnungskraft von eintragbaren Zeichen letztlich durch den EuGH vorgegeben wird. Gleichwohl sind auch in der Europäischen Rechtsprechung Schwankungen nicht ausgeschlossen.<sup>4</sup> Dessen ungeachtet ist zum inhaltlichen Ergebnis des vorliegenden Erkenntnisses festzuhalten, dass das Freihaltebedürfnis nach § 4 Abs 1 MSchG dazu führt, dass das „EURO-Zeichen“, insbesondere für das Finanzwesen (Klasse 36) nicht zugunsten eines Markenanmelders monopolisiert werden kann.

Ob und wie es dennoch möglich ist die nun nicht mehr so ganz neue EU-Währung zur „Verzierung“ von oder als Gebrauchsgegenstände sonderrechtlich schützen zu lassen, eröffnet folgender **Ausblick**:

Das deutsche Höchstgericht hatte kaum ein Jahr nach dem VwGH-Erkenntnis in zwei Grundlagen-Entscheidungen<sup>5</sup> darüber zu urteilen, ob die Verwendung der Begriffe "DM" („Deutsche Mark“) und "Euro" als Geschmacksmuster zulässig ist. Geschmacksmuster unterscheiden sich grundlegend von Marken und Gebrauchsmustern. Marken sind Zeichen, die geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von den Waren und Dienstleistungen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden. Ein Gebrauchsmuster kann für alle technischen Erfindungen (einschließlich bestimmter Verfahren) angemeldet werden, die man auch patentieren lassen kann. Geschmacksmuster, auch „Designs, Muster oder Modelle“ genannt, schützen rein die äußere Gestaltung eines Produktes.

So haben die deutschen Höchstgerichte die Eintragung als Muster oder Modell zugelassen, das die dekorative Abbildung gesetzlicher Zahlungsmittel zum Gegenstand hat (z.B. DM-Banknoten und deutsche Münzen auf Tassen); ebenso für ein Muster zulässig ist die Abbildung einer Ein-Euro-Münze in einer Phantasiefigur und einem Schlüsselanhänger. In der Begründung heißt es: *„Ein allgemeines Verbot, gesetzliche Zahlungsmittel auf Produkten abzubilden und diese Produkte zu vertreiben, gibt es nicht. Ein derartiges grundsätzliches Verbot ist, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht § 8 Abs. 2 Nr. 6 dMarkenG zu entnehmen, wonach Marken mit staatlichen Hoheitszeichen von der Eintragung als Marke ausgenommen sind. Schon wegen der unterschiedlichen Schutzrichtung und wirtschaftlichen Bedeutung des Markengesetzes und des Geschmacksmustergesetzes ist das Verbot des § 8 Abs. 2 Nr. 6 dMarkenG nicht auf Geschmacksmuster übertragbar.*

Die weitere Rechtsentwicklung hierzulande – diesmal vor dem OPM – bleibt jedenfalls spannend.

#### **IV. Zusammenfassung**

Nach Auffassung des VwGH kann ein €Zeichen nicht als Marke registriert werden. Dass der

---

<sup>2</sup> VfGH 8.3.2006, G 150/05, PBl 2006, 89; kundgemacht BGBl I 2006/51.

<sup>3</sup> OGH 28.4.1992, 4 Ob 29/92 – *Resch & Frisch*, *ecolex* 1993, 33 = *ÖBl* 1992, 218.

<sup>4</sup> Kritisch mit Darstellung der Entwicklung *Jäcker*, "babyRuf" – der Weckruf für "BABY-DRY"? *MarkenR* 2006/4, 165 mwN.

<sup>5</sup> BGH 20.3.2003, I ZB 27/01 – *DM-Tassen*, *GRUR* 2003, 707 = *WRP* 2003, 990; 20.3.2003, I ZB 29/01 – *Euro-Billy Münzen*, *GRUR* 2003, 705 = *WRP* 2003, 992.

Markenmelder das Euro-Symbol zur Kennzeichnung seiner eigenen Dienstleistungen verwendet und so Verkehrsgeltung nach § 4 Abs 2 MSchG erlangt hätte, konnte er nicht nachweisen.