

URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

13. Juli 2005 *

In der Rechtssache T-242/02

The Sunrider Corp. mit Sitz in Torrance, Kalifornien (Vereinigte Staaten),
Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwältin M. Bra, dann Rechtsanwalt
N. Dontas, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
(HABM), vertreten durch O. Waelbroeck und P. Geroukalos als Bevollmächtigte,

Beklagter,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des
HABM vom 30. Mai 2002 (Sache R 314/1999-1) über die Anmeldung der
Wortmarke TOP als Gemeinschaftsmarke

* Verfahrenssprache: Griechisch.

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Legal sowie des Richters P. Mengozzi und der
Richterin I. Wiszniewska-Białecka,

Kanzler: H. Jung,

aufgrund der am 14. August 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen
Klageschrift,

aufgrund der am 20. Dezember 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen
Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2004

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- ¹ Am 21. August 1997 meldete die Klägerin, eine Gesellschaft amerikanischen Rechts, beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

- 2 Die angemeldete Gemeinschaftsmarke besteht aus dem Wortzeichen TOP. Die Waren, für die die Anmeldung erfolgte, gehören zu den Klassen 5 und 29 des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in seiner revidierten und geänderten Fassung und entsprechen für die jeweilige Klasse folgender Beschreibung:
 - Klasse 5: „Nahrungsmittel aus Kräutern in Form von Kapseln oder Pulver; Nahrungsergänzungsmittel aus Kräutern“;

 - Klasse 29: „Nahrungsergänzungsmittel aus Kräutern“

- 3 Die Anmeldung wurde in griechischer Sprache eingereicht, und als zweite Sprache war Englisch angegeben.

- 4 Mit auf Englisch abgefasstem Schreiben vom 19. März 1998 teilte der Prüfer der Klägerin mit, dass die angemeldete Marke gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) als nicht eintragungsfähig erscheine.

- 5 Die Klägerin reichte am 19. Mai 1998 eine Stellungnahme in englischer Sprache ein. Darin führte sie insbesondere aus, dass ihre Marke durch ihre weltweite Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe und folglich gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zuzulassen sei. Die Marke TOP sei bereits in Kanada, Ungarn, Irland, Korea und Thailand sowie in den Vereinigten Staaten eingetragen worden, und in Hongkong, Indonesien, Malaysia und dem Vereinigten Königreich

sei sie angemeldet worden. Zur Stützung ihres Vorbringens fügte sie Kopien mehrerer Eintragungsurkunden sowie verschiedene andere Dokumente bei, die auf Englisch abgefasst waren oder denen eine Übersetzung in diese Sprache beigelegt worden war.

- 6 Mit Telefax vom 9. April 1999 teilte der Prüfer der Klägerin die vom selben Tag datierende Entscheidung über die Anmeldung mit. In dieser auf Englisch abgefassten Entscheidung hieß es, dass die Eintragung der angemeldeten Marke abgelehnt worden sei, weil die Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe und in Bezug auf die erfassten Waren beschreibend im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung sei. Weiter hieß es, die von der Klägerin vorgelegten Beweise erlaubten nicht die Feststellung, dass die fragliche Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 erlangt habe.
- 7 Am 7. Juni 1999 legte die Klägerin eine auf Englisch abgefasste Beschwerde gegen die Entscheidung vom 9. April 1999 ein.
- 8 Am 9. August 1999 reichte die Klägerin eine auf Griechisch abgefasste Beschwerdebegründung zusammen mit englischer Übersetzung ein; in ihrem Begleitschreiben erläuterte sie, dass die Sprache des Eintragungsverfahrens Griechisch sei und dass die englische Übersetzung des Schriftsatzes zur Erleichterung der Lektüre vorgelegt werde.
- 9 Mit Schreiben vom 3. April 2000 forderte Herr K., der in dieser Sache Berichterstatter vor der Beschwerdekammer war, die Klägerin auf, sich zur Auslegung des Begriffes „schriftliche Mitteilungen“ in Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 zu äußern und anzugeben, ob ihr durch die Verwendung des Englischen im Verfahren vor dem Prüfer Nachteile entstanden seien, und zur

Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b und c der Verordnung Nr. 40/94 Stellung zu nehmen. Der Klägerin wurde außerdem Gelegenheit gegeben, neue Beweise zur Stützung ihres Vorbringens beizubringen, dass die Marke gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.

- 10 Mit auf Englisch abgefasstem Telefax vom 1. Juni 2000 legte die Klägerin der Beschwerdekammer neue Beweise zu Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 sowie verschiedene Dokumente vor, die alle auf Englisch abgefasst waren.

- 11 Mit Schreiben in englischer Sprache vom 23. Mai 2001 unterrichtete Frau M. die Klägerin darüber, dass sie von nun an als Berichterstatteerin mit der Sache befasst sei und dass sie am selben Tag gemäß Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 216/96 der Kommission vom 5. Februar 1996 über die Verfahrensordnung vor den Beschwerdekammern des HABM (ABl. L 28, S. 11) den Präsidenten des HABM aufgefordert habe, sich zur Auslegung des Begriffes „schriftliche Mitteilungen“ in Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 sowie zu den Folgen zu äußern, die es für das HABM hätte, wenn in Ex-parte-Verfahren eine Verpflichtung anerkannt würde, die Entscheidungen des HABM in der Sprache zuzustellen, in der die Marke angemeldet wurde.

- 12 Am 14. Februar 2002 äußerte sich der für Rechtsangelegenheiten zuständige Vizepräsident des HABM gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 216/96. Die Äußerungen, die auf Englisch abgefasst waren, wurden der Klägerin am 15. Februar 2002 übermittelt. Die Klägerin wurde aufgefordert, sich bis spätestens 18. April 2002 zu äußern. Dieser Aufforderung kam sie nicht nach.

- 13 Mit Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 30. Mai 2002 in der Sache R 314/1999-1 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wurde die Beschwerde zurückgewiesen.

- 14 In dieser Entscheidung vertrat die Beschwerdekammer erstens unter Hinweis insbesondere auf das Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache T-120/99 (Kik/HABM, Slg. 2001, II-2235, Randnr. 61) die Auffassung, dass die dem HABM durch Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 eingeräumte Befugnis, für schriftliche Mitteilungen an den Anmelder einer Gemeinschaftsmarke auch die zweite Sprache zu wählen, die dieser angegeben hat, eng auszulegen sei und keine Verfahrenshandlungen mit Entscheidungscharakter erfasse (Randnrn. 20 bis 22 der angefochtenen Entscheidung). Der Prüfer habe im vorliegenden Fall gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, als er der Klägerin die Entscheidung, mit der das Verfahren zur Prüfung der Anmeldung der Marke abgeschlossen worden sei, in englischer Sprache zugestellt habe, obwohl die Anmeldung in griechischer Sprache eingereicht worden sei. Die Verwendung des Englischen habe jedoch die Verteidigungsrechte der Klägerin nicht beeinträchtigt, da sie selbst diese Sprache in ihrer Korrespondenz mit dem Prüfer und später in ihrer Beschwerde verwendet habe.
- 15 Zweitens hob die Beschwerdekammer die Entscheidung des Prüfers wegen unzureichender Begründung und Verletzung der Verteidigungsrechte bei der Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 auf und ordnete die Erstattung der Beschwerdegebühr an die Klägerin an. Sie prüfte gemäß Artikel 62 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 die Begründetheit der Anmeldung der Klägerin und wies die Anmeldung aufgrund des beschreibenden Charakters und der fehlenden Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke sowie in Ermangelung von Beweisen, die die Feststellung erlaubten, dass sie durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, zurück.

Anträge der Parteien

- 16 Die Klägerin beantragt,
- die angefochtene Entscheidung mit Ausnahme des Teils aufzuheben, in dem ihrem Antrag auf Aufhebung der Entscheidung des Prüfers vom 9. April 1999 stattgegeben und die Erstattung der Beschwerdegebühr angeordnet wird;

- das HABM zu verurteilen, ihr die Übersetzungskosten zu erstatten, die ihr in den Verfahren vor dem Prüfer und der Beschwerdekammer entstanden sind;

- hilfsweise, das HABM zu verurteilen, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer entstanden ist;

- dem HABM auf jeden Fall die Kosten einschließlich der Kosten des Verfahrens vor der Beschwerdekammer aufzuerlegen.

17 Das HABM beantragt,

- die Klage abzuweisen;

- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zum Aufhebungsantrag

18 Die Klägerin stützt ihren Aufhebungsantrag im Wesentlichen auf fünf Klagegründe. Mit dem ersten Klagegrund macht sie einen Verstoß gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 geltend, mit dem zweiten eine unverhältnismäßige Verfahrensdauer, mit dem dritten eine Verletzung der Verteidigungsrechte, mit dem

vierten eine Verletzung der Begründungspflicht und mit dem fünften einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c der Verordnung Nr. 40/94.

- 19 Hilfsweise bringt die Klägerin einen sechsten Klagegrund vor, mit dem sie einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 geltend macht.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 20 Nach Auffassung der Klägerin ist die angefochtene Entscheidung erstens insoweit rechtsfehlerhaft, als die Beschwerdekammer zu Unrecht die Auffassung vertreten habe, dass die Entscheidung des Prüfers nicht wegen Verstoßes gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 aufzuheben sei, weil die Verwendung des Englischen in der Entscheidung und im Verfahren vor dem Prüfer ihre Verteidigungsrechte nicht beeinträchtigt habe. Die Klägerin macht geltend, dass das HABM die Verwendung des Englischen durchgesetzt habe, obwohl die Verfahrenssprache Griechisch gewesen sei. Dies habe ihr die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte erschwert und sie dazu gezwungen, alle Verfahrensunterlagen übersetzen zu lassen, wodurch ihr zusätzliche Kosten entstanden seien.
- 21 Zweitens verstoße die angefochtene Entscheidung gegen wesentliche Formvorschriften, weil sich die Beschwerdekammer selbst weiterhin in englischer Sprache an sie gewandt habe. Insbesondere sei das Schreiben vom 3. April 2000, mit dem der erste Berichterstatter in der Sache sie aufgefordert habe, sich zu einer Reihe von Fragen zu äußern, die die Bedeutung des Artikels 115 Absatz 4 der Verordnung

Nr. 40/94 und die Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b und c sowie des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung betroffen hätten, auf Englisch abgefasst gewesen. Auch das Schreiben vom 23. Mai 2001, mit dem die neue Berichterstatterin sie darüber unterrichtet habe, dass der Präsident des HABM gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 216/96 zur Stellungnahme aufgefordert worden sei, und die Note vom 14. Februar 2002, mit der dieser auf die Aufforderung geantwortet habe, seien auf Englisch abgefasst gewesen.

- 22 Da die Beschwerdekammer in ihrer Korrespondenz mit der Klägerin systematisch das Englische verwendet habe, sei sie davon ausgegangen, dass sie auf Englisch antworten müsse.
- 23 Das Verfahren sei somit in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache geführt worden, und zwar unter Verstoß gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94. Diese Bestimmung, wonach das HABM für schriftliche Mitteilungen an den Anmelder auch die zweite Sprache wählen könne, die dieser angegeben habe, beziehe sich nämlich nur auf die Begleitschreiben und die Mitteilungen, die keine Rechtswirkungen gegenüber dem Anmelder entfalteteten und in keiner Weise seine Verteidigungsrechte berührten. Dieser Fall liege beim Schreiben vom 3. April 2000, mit dem die Klägerin aufgefordert worden sei, sich zu verschiedenen Aspekten der Sache zu äußern und neue Dokumente vorzulegen, sowie bei der aus dem Kabinett des Präsidenten des HABM stammenden Note vom 14. Februar 2002 nicht vor.
- 24 Das HABM trägt im Wesentlichen vor, dass die Klägerin mit ihrem Verhalten sowohl in der Phase der Prüfung der Anmeldung als auch im Verfahren vor der Beschwerdekammer der Verwendung der englischen Sprache zugestimmt habe.
- 25 Nicht nur habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt Einwände dagegen erhoben, dass der Prüfer mit ihr auf Englisch korrespondiere, sondern sie habe sich selbst auch

stets in dieser Sprache an den Prüfer gewandt. Erst im Schreiben vom 9. August 1999, in dem sie ihre Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers begründet habe, habe sie sich erstmals über die Verwendung des Englischen in ihrer Korrespondenz mit dem HABM beschwert und verlangt, dass das Griechische verwendet werde. Zudem habe sie sich auch nach diesem Zeitpunkt weiterhin auf Englisch an die Beschwerdekammer gewandt.

- 26 Das HABM weist ferner darauf hin, dass das Gericht in Randnummer 61 seines Urteils Kik/HABM festgestellt habe, dass Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 die Benutzung der Sprache, in der die Anmeldung der Marke eingereicht worden sei, als Verfahrenssprache und damit als Sprache gewährleiste, in der die Verfahrenshandlungen mit Entscheidungscharakter abzufassen seien. Im vorliegenden Fall sei jedoch die einzige Maßnahme mit Entscheidungscharakter, die erlassen worden sei, nachdem die Klägerin erstmals die Verwendung der Verfahrenssprache verlangt habe, die angefochtene Entscheidung, die auf Griechisch abgefasst gewesen sei.
- 27 Schließlich bestreitet das HABM das Vorbringen der Klägerin, dass durch die Verwendung des Englischen die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte behindert worden sei. Zum einen werde nämlich aus der Korrespondenz zwischen dem HABM und der Klägerin deutlich, dass sowohl diese, eine amerikanische Gesellschaft, als auch ihr Vertreter Englisch verstünden. Zum anderen ergebe sich aus dem Umstand, dass sämtliche Stellungnahmen der Klägerin sowie die Mehrzahl der von ihr dem HABM vorgelegten Dokumente auf Englisch abgefasst gewesen seien, dass die Verwendung dieser Sprache in Wirklichkeit die praktischste Alternative für die Klägerin gewesen sei.

Würdigung durch das Gericht

- 28 Zunächst ist festzustellen, dass die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes im Wesentlichen zwei verschiedene Rügen erhebt. Zum einen beanstandet sie die Gründe, aus denen die Beschwerdekammer zu dem Schluss

gelangt ist, dass aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles der Rechtsverstoß, den der Prüfer dadurch begangen habe, dass er seine Entscheidung auf Englisch erlassen habe, nicht dazu führe, dass diese Entscheidung wegen einer Verletzung der Verteidigungsrechte aufzuheben sei. Zum anderen wirft sie der Beschwerdekammer eine enge Auslegung des Artikels 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 94/40 vor.

- 29 Was die erste Rüge angeht, so ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer die Entscheidung des Prüfers aus anderen Gründen als wegen eines Verstoßes gegen die Sprachenregelung des Verfahrens aufgehoben hat und dass sie selbst die Begründetheit der diesem Rechtsstreit zugrunde liegenden Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke geprüft hat. Unter diesen Umständen hat die Klägerin, da sie nicht geltend macht, dass eine auf die Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 gestützte Aufhebung der Entscheidung des Prüfers die Beschwerdekammer hätte veranlassen müssen, die Sache an den Prüfer zurückzuverweisen, statt die Begründetheit zu prüfen, kein Interesse daran, dass das Gericht prüft, ob die Beschwerdekammer die Aufhebung der Entscheidung zu Unrecht nicht auf die genannte Feststellung gestützt hat. Diese Rüge ist folglich unzulässig.
- 30 Das Gericht muss jedoch prüfen, ob der Umstand, dass die Entscheidung des Prüfers der Klägerin in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache zugestellt wurde, Auswirkungen auf die Ausübung des Beschwerderechts der Klägerin und die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte im Verfahren vor der Beschwerdekammer und damit auf die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung haben konnte.
- 31 Was die zweite Rüge angeht, so ist zunächst darauf zu hinzuweisen, dass nach Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94, der die Sprachenregelung für Ex parte-Verfahren vor dem HABM festlegt, Verfahrenssprache diejenige Sprache ist, in der die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke eingereicht worden ist. Diese Bestimmung räumt dem HABM die Befugnis ein, für schriftliche Mitteilungen an den Anmelder auch die zweite Sprache zu wählen, die dieser angegeben hat, wenn die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke in einer Sprache eingereicht worden ist, die nicht eine Sprache des Amtes ist.

32 Sodann ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in seinem auf Rechtsmittel ergangenen Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-361/01 P (Kik/HABM, Slg. 2003, I-8283) festgestellt hat, dass sich aus Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 ergibt, dass die Befugnis, für schriftliche Mitteilungen an den Anmelder die in der Anmeldung angegebene zweite Sprache zu verwenden, eine Ausnahme vom Grundsatz der Verwendung der Verfahrenssprache darstellt und dass der Begriff der schriftlichen Mitteilungen daher eng auszulegen ist (Randnr. 45 des Urteils). Er hat weiter ausgeführt, dass das Verfahren aus der Gesamtheit der Handlungen besteht, die bei der Behandlung einer Anmeldung vorzunehmen sind. Der Begriff „Verfahrenshandlungen“ im Sinne von Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 umfasst deshalb alle Handlungen, die die Gemeinschaftsvorschriften für die Behandlung der Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke verlangen oder vorsehen, sowie diejenigen, die für diese Behandlung erforderlich sind, wie z. B. Benachrichtigungen, Berichtigungs-, Auskunftersuchen oder andere Handlungen. Das HABM muss also alle diese Handlungen in der Sprache abfassen, in der die Anmeldung eingereicht worden ist (Randnr. 46 des Urteils). Im Gegensatz zu den Verfahrenshandlungen sind „schriftliche Mitteilungen“ im Sinne von Artikel 115 Absatz 4 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 alle Mitteilungen, die inhaltlich keine Verfahrenshandlungen darstellen, wie z. B. die Schreiben, mit denen das Amt Verfahrenshandlungen übermittelt oder den Anmeldern Auskünfte erteilt (Randnr. 47 des Urteils).

33 Unter Berücksichtigung dieser Auslegung ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 verstößt.

34 Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Mitteilung des Herrn K., des ersten Berichterstatters in der Sache, vom 3. April 2000, mit der die Klägerin aufgefordert wurde, sich zu bestimmten durch die Beschwerde aufgeworfenen Fragen zu äußern und neue Beweise vorzulegen, unbestreitbar unter den vom Gerichtshof in Randnummer 46 des Urteils Kik/HABM vom 9. September 2003 definierten Begriff „Verfahrenshandlungen“ im Sinne von Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 fällt.

- 35 Anders als die Mitteilung von Frau M. vom 23. Mai 2001, in der die Klägerin lediglich über den Verfahrensstand und die zur Bearbeitung ihrer Beschwerde unternommenen Schritte unterrichtet wurde, diente nämlich die Mitteilung vom 3. April 2000, die auf der Grundlage des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 216/96 ergangen war, dazu, ergänzende Ausführungen der Klägerin zur Sprachenregelung des Verfahrens zu verlangen und die Untersuchung der Sache abzuschließen.
- 36 Angesichts der Natur dieser Mitteilung hat die Beschwerdekammer, als sie sich in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache an die Klägerin wandte, gegen die Sprachenregelung verstoßen, die nach Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 für Ex-parte-Verfahren vor dem HABM gilt. Das Verfahren vor der Beschwerdekammer ist aus diesem Grund fehlerhaft.
- 37 Sodann enthält die Note vom 14. Februar 2002 Äußerungen des Vizepräsidenten des HABM, die gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 216/96 verlangt worden waren, wonach die Beschwerdekammer den Präsidenten des HABM von Amts wegen oder auf dessen schriftlichen, begründeten Antrag hin auffordern kann, sich zu Fragen von allgemeinem Interesse, die sich im Rahmen eines vor der Beschwerdekammer anhängigen Verfahrens stellen, schriftlich oder mündlich zu äußern. Diese Note ist zwar ein internes Dokument des HABM, stellt aber eine Verfahrenshandlung in dem vom Gerichtshof in Randnummer 46 des Urteils Kik/HABM vom 9. September 2003 erläuterten Sinne dar. Da nämlich nach Artikel 11 Satz 2 der Verordnung Nr. 216/96 die Beteiligten berechtigt sind, zu den gemäß Artikel 11 Satz 1 verlangten Äußerungen Stellung zu nehmen, handelt es sich dabei um Stellungnahmen des HABM, bezüglich deren die Verteidigungsrechte der Beteiligten ausgeübt werden; diese haben daher einen Anspruch darauf, in der Verfahrenssprache unterrichtet zu werden.
- 38 Daraus folgt, dass die Beschwerdekammer, als sie der Klägerin die Note vom 14. Februar 2002 in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache zusandte, den Fehler, mit dem die Mitteilung vom 3. April 2000 behaftet war, wiederholt hat.

- 39 An dieser Stelle ist zu prüfen, ob aus den Umständen des vorliegenden Falles geschlossen werden kann, dass die oben in den Randnummern 36 bis 38 festgestellten Fehler die Verteidigungsrechte der Klägerin konkret beeinträchtigt haben. Außerdem ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit der Umstand, dass die Entscheidung des Prüfers der Klägerin in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache zugestellt wurde, obwohl eine Handlung mit Entscheidungscharakter eindeutig nicht einer „schriftlichen Mitteilung“ in dem vom Gerichtshof in seinem Urteil Kik/HABM vom 9. September 2003 erläuterten Sinne gleichgestellt werden kann, die Ausübung des Beschwerderechts der Klägerin behindern konnte.
- 40 Insoweit ist erstens darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 9. August 1999, in dem sie die Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers begründete, den Inhalt der Entscheidung erschöpfend geprüft hat und dabei Punkt für Punkt auf die verschiedenen Aspekte der dem verfügenden Teil der Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen eingegangen ist. Sie brachte auf diese Weise außer der Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 115 Absatz 4 der Verordnung Nr. 40/94 zwei Beschwerdegründe gegen die Entscheidung vor, die einen Verstoß gegen wesentliche Formvorschriften aufgrund einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und einer unzureichenden und widersprüchlichen Begründung betrafen, sowie zwei materielle Beschwerdegründe, mit denen die Beurteilung des Prüfers beanstandet wurde, wonach die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft habe und die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 nicht gegeben seien, und einen Beschwerdegrund, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung geltend gemacht wurde.
- 41 Aus diesem Schriftsatz ergibt sich, dass die Klägerin die Gründe für die Entscheidung des Prüfers in vollem Umfang verstehen und folglich im Rahmen ihrer Beschwerde auf sie eingehen konnte. Dass der Klägerin die Entscheidung des Prüfers in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache zugestellt wurde, hat daher weder die Ausübung ihres Beschwerderechts konkret beeinträchtigt noch die Beschwerde erschwert, noch auf irgendeine Weise die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte im Verfahren vor der Beschwerdekammer behindert.

- 42 Zweitens ist zur Mitteilung von Herrn K. vom 3. April 2000 festzustellen, dass die Klägerin darauf mit Telefax vom 1. Juni 2000 antwortete und dabei auf alle ihr mitgeteilten Punkte einging. Zum einen verneinte sie sowohl die Erheblichkeit als auch die Richtigkeit der Ausführungen des Berichterstatters zum Verstoß des Prüfers gegen die Sprachenregelung des Verfahrens. Zum anderen wies sie die Auffassung des Berichterstatters zur Rüge eines Verstoßes gegen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zurück und erläuterte, aus welchen Gründen die angemeldete Marke nicht als beschreibend angesehen werden könne. Darüber hinaus machte sie von der ihr angebotenen Möglichkeit Gebrauch, neue Dokumente vorzulegen, die beweisen sollten, dass die fragliche Marke durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.
- 43 Die Klägerin konnte demnach sowohl die Bedeutung der in der Mitteilung vom 3. April 2000 aufgeworfenen Fragen in vollem Umfang verstehen als auch von der ihr eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, neue Beweisangebote vorzulegen.
- 44 Was schließlich die Note vom 14. Februar 2002 mit den von der Beschwerdekammer gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 216/96 verlangten Äußerungen betrifft, so ist die Klägerin der Aufforderung, sich zu dieser Note zu äußern, nicht nachgekommen. Unabhängig von der Frage, ob dies daran liegt, dass die Note der Klägerin in einer anderen Sprache als der Verfahrenssprache übermittelt worden war, ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer der vom Kabinett des Präsidenten des HABM befürworteten Auslegung nicht gefolgt ist. Selbst wenn also die Klägerin aufgrund der Sprache, in der die Note abgefasst war, nicht in der Lage gewesen wäre, deren Inhalt in vollem Umfang zu verstehen, so hätte dieser Umstand doch keinesfalls ihre Verteidigung beeinträchtigen können.
- 45 Nach alledem ist festzustellen, dass die Verteidigungsrechte der Klägerin trotz der von der Beschwerdekammer begangenen Verfahrensfehler im vorliegenden Fall nicht verletzt worden sind.

46 Der erste Klagegrund ist somit zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer

Vorbringen der Parteien

47 Die Klägerin macht geltend, dass die Beschwerdekammer gegen Artikel 6 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verstoßen habe, soweit danach Rechtsstreitigkeiten innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden seien. Diese Vorschrift gelte auch für die Beschwerdekammern des HABM, da diese Rechtsprechungsaufgaben wahrnähmen und daher zur Beachtung der Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts verpflichtet seien, zu denen der Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist gehöre.

48 Im vorliegenden Fall sei die Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers, mit der die Eintragung abgelehnt worden sei, am 7. Juni 1999 eingelegt und die angefochtene Entscheidung am 30. Mai 2002 erlassen und der Klägerin am 24. Juni 2002 mitgeteilt worden, d. h. über zwei Jahre nach der Einlegung der Beschwerde. Diese Dauer sei unverhältnismäßig, zumal es sich um ein Ex-parte-Verfahren handele.

49 Eine solche Dauer müsse zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen.

- 50 Das HABM verneint die Anwendbarkeit des Artikels 6 EMRK auf die Beschwerdekammern. Zwar hätten die Mitglieder der Beschwerdekammern nach der Verordnung Nr. 40/94 zahlreiche Unabhängigkeitsgarantien zu erfüllen, doch seien die Beschwerdekammern nur eine letzte Instanz des HABM und aufgrund ihres Charakters eines mit der Verwaltung des Systems der Gemeinschaftsmarken beauftragten Verwaltungsorgans beteiligt. Die Beschwerde zu einer dieser Kammern sei deshalb ein interner Verwaltungsrechtsbehelf und kein gerichtlicher Rechtsbehelf.

Würdigung durch das Gericht

- 51 Der Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist, der als Bestandteil des Grundsatzes der guten Verwaltung in Artikel 41 Absatz 1 der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2000, C 364, S. 1) aufgenommen wurde, ist in allen Verwaltungsverfahren der Gemeinschaft zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 22. Oktober 1997 in den Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, SCK und FNK/Kommission, Slg. 1997, II-1739, vom 7. Oktober 1999 in der Rechtssache T-228/97, Irish Sugar/Kommission, Slg. 1999, II-2969, Randnr. 276, in Bezug auf Verfahren zur Anwendung der Wettbewerbsregeln, vom 30. September 2003 in der Rechtssache T-196/01, Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Kommission, Slg. 2003, II-3987, Randnr. 229, in Bezug auf ein Verfahren zur Streichung eines Zuschusses der Strukturfonds, vom 30. Mai 2002 in der Rechtssache T-197/00, Onidi/Kommission, Slg. ÖD 2002, I-A-69 und II-325, Randnr. 91, und vom 12. September 2000 in der Rechtssache T-259/97, Teixeira Neves/Gerichtshof, Slg. ÖD, I-A-169 und II-773, Randnr. 123, in Bezug auf Disziplinarverfahren gegen Gemeinschaftsbeamte).
- 52 Dieser Grundsatz gilt somit auch für die Verfahren vor den verschiedenen Instanzen des HABM einschließlich der Beschwerdekammern.

- 53 Nach ständiger Rechtsprechung rechtfertigt jedoch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist, sofern er bewiesen wäre, keine automatische Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (Urteil des Gerichts Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Kommission, Randnr. 233 und die dort zitierte Rechtsprechung).
- 54 Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist der zweite Klagegrund, da er von der Klägerin zur Stützung ihres Aufhebungsantrags vorgebracht worden ist, als ungeeignet zurückzuweisen.
- 55 Im Übrigen hat in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem beim HABM eine Gemeinschaftsmarke angemeldet worden ist, der Anmelder kein Interesse daran, dass das Gericht im Rahmen einer Klage auf Aufhebung der Entscheidung einer Beschwerdekammer, mit der die Zurückweisung der Anmeldung bestätigt wird, diese Entscheidung nur deswegen aufhebt, weil sie erst nach Ablauf einer angemessenen Frist ergangen sei. Eine solche Aufhebung würde nämlich die Stellungnahme des HABM zu der eingereichten Anmeldung nur weiter zum Nachteil des Anmelders verzögern.

Zum dritten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 56 Nach Auffassung der Klägerin hat die Beschwerdekammer gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, da sie ihre Beurteilung der fehlenden Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung auf die Ergebnisse einer Internetsuche gestützt habe, die der Klägerin nicht zuvor mitgeteilt worden seien.

- 57 Das HABM trägt vor, dass die in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung angeführten Gesichtspunkte im Rahmen der Überlegungen der Beschwerdekammer zur fehlenden Unterscheidungskraft der fraglichen Marke nur eine ergänzende Rolle gespielt hätten.

Würdigung durch das Gericht

- 58 Nach Artikel 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 dürfen die Entscheidungen des HABM nur auf Gründe gestützt werden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten.
- 59 Nach dieser Vorschrift kann eine Beschwerdekammer des HABM ihre Entscheidung nur auf tatsächliche oder rechtliche Erwägungen stützen, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (Urteil des Gerichtshofes vom 21. Oktober 2004 in der Rechtssache, C-447/02 P, KWS Saat/HABM, Slg. 2004, I-10107, Randnr. 42). Wenn also die Beschwerdekammer von Amts wegen Tatsachen sammelt, die als Grundlage für ihre Entscheidung dienen sollen, ist sie verpflichtet, diese Tatsachen den Beteiligten mitzuteilen, damit sie dazu Stellung nehmen können (Urteil KWS Saat/HABM, Randnr. 43).
- 60 Im vorliegenden Fall stellt die Beschwerdekammer in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung fest, dass „die angemeldeten Waren zur Kategorie der Gesundheitsnahrungsmittel gehören, einer Kategorie, in der Wörter wie ‚top‘ im englischsprachigen Teil der Gemeinschaft häufig verwendet werden, um die jeweiligen ‚top products‘ aufzulisten; dies wird durch eine kurze Suche im Internet belegt“. Anschließend ist die Adresse der Internetseite angegeben, auf der diese Suche durchgeführt wurde.

- 61 Die Beschwerdekammer hat der Klägerin aber unstreitig weder den Inhalt dieser Internetseite noch die Ergebnisse der Suche mitgeteilt, die in der genannten Randnummer der angefochtenen Entscheidung erwähnt wird.
- 62 Dadurch hat sie gegen Artikel 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.
- 63 In Randnummer 44 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer jedoch die Auffassung vertreten, dass „der Begriff ‚top‘ gegenwärtig eine generische, übliche oder häufig verwendete Bezeichnung im Sektor der betreffenden Waren ist, wie beispielsweise die Wörter ‚best‘, ‚excellent‘ und ‚super‘“. In Randnummer 46 hat sie festgestellt, dass „[d]as Wort ‚top‘ nur dazu dient, die angesprochenen Verkehrskreise über ein Merkmal der betreffenden Waren zu informieren, nämlich darüber, dass es sich um die besten Nahrungsergänzungstoffe auf dem Markt handelt“, und ist zu dem Schluss gelangt, dass „[f]olglich ... die angesprochenen Verkehrskreise, die mit den betreffenden Waren und Dienstleistungen konfrontiert werden, mit dem Begriff ‚top‘ nur die oben dargelegte offensichtliche Bedeutung verbinden und ihn nicht als Marke wahrnehmen [werden]“.
- 64 Diese Gründe, die auf Überlegungen beruhen, die von den Ergebnissen der in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Internetsuche unabhängig sind und die die Klägerin im Übrigen bereits kannte, weil sich der Prüfer auf die gleichen Überlegungen gestützt hatte, genügen, um die Zurückweisung des vorliegenden Klagegrundes zu rechtfertigen.
- 65 Die Feststellung in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung, die auf der von der Beschwerdekammer durchgeführten Suche beruht und nach der Worte wie „top“ im Zusammenhang mit den betreffenden Waren häufig verwendet werden, um „top products“ aufzulisten, dient nur zum Beleg der Schlussfolgerung, dass das Wort „top“ eine im Sektor der fraglichen Waren übliche oder häufig verwendete Bezeichnung darstelle, und ist deshalb kein notwendiger Bestandteil der Begründung der Zurückweisung der Anmeldung.

- 66 Der Fehler, mit dem Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf Artikel 73 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 behaftet ist, kann folglich nicht zur Aufhebung dieser Entscheidung führen (vgl. in diesem Sinne Urteil KWS Saat/HABM, Randnr. 50, und Urteil des Gerichts vom 31. März 2004 in der Rechtssache T-216/02, Fieldturf/HABM [LOKKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS], Slg. 2004, II-1023, Randnr. 41).
- 67 Der von der Klägerin für ihren Aufhebungsantrag vorgebrachte dritte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Zum vierten Klagegrund: Unzureichende Begründung

Vorbringen der Parteien

- 68 Die Klägerin macht geltend, dass die Gründe der angefochtenen Entscheidung nur vage und unbestimmte Ausführungen enthielten, die nicht geeignet seien, die Feststellungen der Beschwerdekammer zum angeblich beschreibenden Charakter und zur fehlenden Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke zu stützen.
- 69 Was speziell den Teil der Gründe angehe, der sich mit der Prüfung der Unterscheidungskraft des fraglichen Zeichens befasse, so würden in der angefochtenen Entscheidung lediglich die Gesichtspunkte genannt, die zu einer Prüfung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 gehörten, ohne dass eigenständige Überlegungen zur Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung entwickelt würden; dies widerspreche den Vorgaben der ständigen

Rechtsprechung des Gerichts und insbesondere des Urteils vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-34/00 (Eurocool Logistik/HABM [EUROCOOL], Slg. 2002, II-683, Randnr. 25), wonach die in Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenen absoluten Eintragungshindernisse unabhängig voneinander seien und jeweils ihren eigenen Anwendungsbereich hätten.

70 Die angefochtene Entscheidung sei deshalb unzureichend begründet.

71 Das HABM beantragt die Zurückweisung des vorliegenden Klagegrundes, weil die Klägerin der Begründung der angefochtenen Entscheidung die Gründe für die Zurückweisung der Anmeldung entnehmen könne.

Würdigung durch das Gericht

72 Nach ständiger Rechtsprechung muss die Begründung, mit der das HABM nach Artikel 73 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 seine Entscheidungen zu versehen hat, im Fall der Zurückweisung einer Anmeldung die Gründe dafür erkennen lassen und eine sachgerechte Anfechtung der streitigen Entscheidung ermöglichen (Urteil des Gerichts vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-173/00, KWS Saat/HABM [Orangeton], Slg. 2002, II-3843, Randnrn. 54 und 55; vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Gerichts vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-135/99, Taurus-Film/HABM [Cine Action], Slg. 2001, II-379, Randnr. 35, und in der Rechtssache T-136/99, Taurus-Film/HABM [Cine Comedy], Slg. 2001, II-397, Randnr. 35).

- 73 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer in Randnummer 38 der angefochtenen Entscheidung dargelegt, aus welchen Gründen sie zu dem Schluss gelangt ist, dass die angemeldete Marke beschreibenden Charakter habe, nämlich im Wesentlichen aufgrund der Tatsache, dass die Marke ausschließlich aus einem anpreisenden Begriff bestehe, der im Verkehr dazu dienen könne, den Verbraucher über die sehr hohe Qualität der betreffenden Waren zu informieren.
- 74 Außerdem geht, anders als die Klägerin geltend macht, aus den Randnummern 41 bis 50 der angefochtenen Entscheidung hervor, dass die Beschwerdekammer zu der Schlussfolgerung, dass das angemeldete Zeichen keine Unterscheidungskraft habe, aufgrund eigenständiger Überlegungen gelangt war, die auf der Feststellung beruhen, dass dieses Zeichen aus einer allgemeinen Bezeichnung bestehe, die im Zusammenhang mit den fraglichen Waren üblich sei oder häufig verwendet werde.
- 75 Die Begründung der angefochtenen Entscheidung ist somit zwar knapp, doch konnte die Klägerin ihr die Gründe für die Zurückweisung der Anmeldung entnehmen und im Rahmen der vorliegenden Klage ihr Vorbringen sachgerecht darlegen.
- 76 Der vierte Klagegrund, mit dem eine Verletzung der Begründungspflicht geltend gemacht wird, ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Zum fünften Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c

Vorbringen der Parteien

- 77 Die Klägerin macht erstens geltend, dass das in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegte Verbot, rein beschreibende Zeichen als

Gemeinschaftsmarke einzutragen, die Eintragung von Zeichen verhindern solle, die aufgrund der Tatsache, dass sie der üblichen Bezeichnung der fraglichen Kategorie von Waren oder Dienstleistungen entsprächen, nicht geeignet seien, auf das Unternehmen hinzuweisen, das die von diesen Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen vermarkte. Nur solche Zeichen, die sich dafür eigneten, vom Verbraucher üblicherweise verwendet zu werden, um direkt und konkret die Qualität zu bezeichnen oder auf dieselbe Weise ein Merkmal der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen zu beschreiben, könnten daher als rein beschreibend eingestuft werden.

- 78 Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdekammer nur vage und allgemeine Ausführungen gemacht und nicht nachgewiesen, dass der Begriff „top“, aus dem die angemeldete Marke bestehe, in einer seiner verschiedenen Bedeutungen als Hinweis auf irgendein qualitatives Merkmal der fraglichen Waren verwendet werde oder verwendet werden könne.
- 79 Zweitens trägt die Klägerin zur Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zunächst vor, dass die Unterscheidungskraft eines Zeichens in Bezug auf die Waren zu beurteilen sei, für die dieses Zeichen angemeldet worden sei.
- 80 Sodann könne sich nach der Rechtsprechung des Gerichts die fehlende Unterscheidungskraft eines angemeldeten Zeichens nicht bereits aus der Feststellung ergeben, dass dem Zeichen Originalität oder ein Fantasieüberschuss fehle.
- 81 Daher könne jedes Zeichen, auch wenn es aus einem oder mehreren Wörtern des gewöhnlichen Sprachgebrauchs bestehe und keinerlei Element von Originalität oder Kreativität aufweise, als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden, sofern es geeignet sei, auf den Ursprung der Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen, deren Bezeichnung es diene.

- 82 Weder der Prüfer noch die Beschwerdekammer hätten aber nachgewiesen, dass der angemeldete Begriff „top“ eine solche Funktion nicht erfüllen könne.
- 83 Das fragliche Zeichen, das aus einem einfachen, kurzen Wort bestehe, das man sich leicht merken könne und dessen Aussprache in allen Sprachen der Gemeinschaft einfach sei, sei im Gegenteil geeignet, auf die Waren der Klägerin hinzuweisen und sie von denen eines anderen Herstellers zu unterscheiden.
- 84 Das HABM führt zunächst zur Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 aus, dass die angemeldete Marke ausschließlich aus einem Wort bestehe, das zur Beschreibung eines der Merkmale der fraglichen Waren dienen könne. Das Wort „top“ sei insoweit ein anpreisender Begriff, der im Englischen allgemein verwendet werde, um die gute Qualität der fraglichen Waren zu beschreiben, und weise keinen erkennbaren Unterschied zu der im gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendeten Ausdrucksweise auf, der es den betroffenen Verbrauchern ermöglichen würde, dieses Wort als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der betreffenden Waren anzusehen.
- 85 Was sodann die Rüge der Klägerin angeht, dass ein Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 vorliege, so macht das HABM geltend, dass zum einen das Wort „top“ ein im Englischen üblicher lobender Ausdruck sei, der als generische Bezeichnung sowohl im Nahrungsmittelsektor im Allgemeinen als auch im speziellen Sektor der Nahrungsmittel und Nahrungsergänzungsmittel aus Kräutern gebräuchlich sei, und dass zum anderen die Beschwerdekammer zu Recht die Auffassung vertreten habe, dass die maßgeblichen Verkehrskreise den Begriff „top“ nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren, sondern eher als Information über die Qualität der Waren wahrnehmen.

Würdigung durch das Gericht

- 86 Zunächst ist die zweite Rüge der Klägerin zu prüfen, mit der ein Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird.
- 87 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben“, von der Eintragung ausgeschlossen.
- 88 Die unter Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 fallenden Zeichen, die keine Unterscheidungskraft haben, sind nicht geeignet, die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen, die darin besteht, die betriebliche Herkunft der Ware oder der Dienstleistung zu identifizieren, um es dem Verbraucher, der die mit der Marke gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung erwirbt, so zu ermöglichen, bei einem weiteren Erwerb die gleiche Wahl zu treffen, wenn seine Erfahrung positiv war, und etwas anderes zu wählen, wenn sie negativ war (Urteil des Gerichts vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-360/00, Dart Industries/HABM [UltraPlus], Slg. 2002, II-3867, Randnr. 42).
- 89 Die Unterscheidungskraft eines Zeichens kann nur in Bezug auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen und in Bezug darauf, wie die maßgeblichen Verkehrskreise das Zeichen wahrnehmen, beurteilt werden (Urteil UltraPlus, Randnr. 43).
- 90 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer die fehlende Unterscheidungskraft des Begriffes „top“ daraus hergeleitet, dass dieser Begriff anpreisenden Charakter habe und eine im Zusammenhang mit den betreffenden Waren übliche oder häufig

verwendete Bezeichnung sei (Randnrn. 44 und 46 der angefochtenen Entscheidung). Da außerdem der Verbraucher diesen Begriff als Ausdruck einer Anpreisung des Herstellers in Bezug auf die Qualität seiner Waren verstehen werde, werde er darin keine Kennzeichnung der Herkunft der Waren sehen (Randnr. 46 der angefochtenen Entscheidung).

- 91 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Bejahung der Unterscheidungskraft eines Zeichens nicht die Feststellung voraussetzt, dass das Zeichen originell oder fantasievoll ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Cine Action, Randnr. 31, EUROCOOL, Randnr. 45, und UltraPlus, Randnr. 45).
- 92 Was die maßgeblichen Verkehrskreise angeht, so sind, wie die Beschwerdekammer festgestellt hat, ohne dass die Klägerin ihr in diesem Punkt widersprochen hätte, Nahrungsmittel und Nahrungsergänzungstoffe aus Kräutern für den allgemeinen Verbrauch und damit für solche Verbraucher bestimmt, deren Aufmerksamkeitsgrad keine Besonderheit aufweist, die ihre Wahrnehmung des Zeichens beeinflussen könnte. Als maßgebliche Verkehrskreise sind deshalb normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher anzusehen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26; Urteile des Gerichts vom 7. Juni 2001 in der Rechtssache T-359/99, DKV/HABM [EuroHealth], Slg. 2001, II-1645, Randnr. 27, und UltraPlus, Randnr. 46).
- 93 Zunächst ist festzustellen, dass der Begriff „top“, der aus dem Englischen stammt, aber auch in anderen Sprachen der Gemeinschaft gebräuchlich ist, in die Kategorie der Superlative fällt und sowohl als eigenständiges Substantiv als auch als Attribut verwendet werden kann. Da die angemeldete Marke ausschließlich aus diesem Begriff besteht, ist dieser grammatikalisch als Substantiv anzusehen.

- 94 Sodann ist zu bemerken, dass im vorliegenden Fall der Begriff „top“, anders als der Begriff „UltraPlus“ in der dem Urteil UltraPlus zugrunde liegenden Rechtssache, in seiner üblichen grammatikalischen Struktur verwendet wird und nicht im Sinne des Urteils UltraPlus (Randnr. 47) „von einer lexikalisch korrekten Wortbildung deutlich abweicht“.
- 95 Das Zeichen „top“ vermittelt zwar dem Verbraucher infolge seiner generischen Bedeutung, die darauf abzielt, auf unbestimmte Weise die Art, die Funktion, die Qualität oder eine der Eigenschaften einer beliebigen Ware oder Dienstleistung zu preisen, keine Vorstellung von der Art der mit dem Zeichen gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung, doch kann dieses Wortzeichen, gerade weil es im alltäglichen Sprachgebrauch wie auch im Verkehr allgemein als generischer lobender Begriff verwendet wird, nicht als geeignet angesehen werden, auf die betriebliche Herkunft der mit dem Zeichen gekennzeichneten Waren hinzuweisen und damit die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen.
- 96 Auch wenn schließlich, wie die Klägerin vorträgt, sich die maßgeblichen Verkehrskreise ein derartiges Zeichen leicht und schnell einprägen können, so zwingt doch der Umstand, dass es geeignet ist, als solches von jedem beliebigen Hersteller oder Dienstleistungserbringer zum Zweck der Werbung für seine Waren oder Dienstleistungen verwendet zu werden, dazu, seine Verwendung nicht einem einzigen Unternehmen vorzubehalten, selbst wenn eine solche Ausschließlichkeit nur einen speziellen Bereich wie den der Nahrungsmittel und der Nahrungsergänzungstoffe aus Kräutern und ähnlicher Waren betreffen würde.
- 97 Nach alledem hat die Beschwerdekammer keinen Beurteilungsfehler begangen, als sie feststellte, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft habe.
- 98 Die zweite Rüge im Rahmen des fünften Klagegrundes ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

- 99 Da das Vorliegen eines einzigen der in Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenen absoluten Eintragungshindernisse genügt, um die Ablehnung der Eintragung einer Marke zu rechtfertigen, ist der fünfte Klagegrund zurückzuweisen, ohne dass die erste Rüge, mit der ein Fehler bei der Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird, zu prüfen wäre, da diese Rüge auf jeden Fall ungeeignet ist.

Zum sechsten, hilfsweise vorgebrachten Klagegrund: Beurteilungsfehler bei der Anwendung des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 100 Nach Auffassung der Klägerin hat die Beschwerdekammer die Unterlagen, die sie als Beweis dafür vorgelegt habe, dass die angemeldete Marke gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, unzutreffend beurteilt. Insbesondere wirft die Klägerin der Beschwerdekammer vor, sie habe die verschiedenen Unterlagen getrennt geprüft, anstatt sie zusammen zu beurteilen. Insgesamt beurteilt, belegten diese Unterlagen, dass die Klägerin ihre Marke vor der Anmeldung häufig benutzt habe.
- 101 Nach Ansicht des HABM hat die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt, dass die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen nicht belegten, dass die Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.

Würdigung durch das Gericht

- 102 Aus den Randnummern 53 bis 55 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass die Beschwerdekammer die Relevanz der Auszüge aus Katalogen der Klägerin und der Angaben zu ihren Verkaufsvolumen als Beweiselemente verneint hat, da bei den Auszügen nicht festgestellt werden könne, wann sie gedruckt und in welchem Umfang sie innerhalb der Verkehrskreise in der Gemeinschaft verbreitet worden seien, und die genannten Angaben nicht detailliert seien und weder durch einen Buchprüfer bestätigt noch ihnen Rechnungen beigelegt worden seien.
- 103 Zu den Auszügen aus dem von der Klägerin herausgegebenen Druckerzeugnis „Sun spot“, das sich auf Juli 1993, Januar 1995, Februar 1996, Juni 1996 und August 1997 bezieht, hat die Beschwerdekammer in Randnummer 56 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass diese Veröffentlichung mangels Angaben zur Auflage und zu den Verteilungsgebieten nicht belegen könne, dass die angemeldete Marke im betreffenden Teil der Gemeinschaft Unterscheidungskraft erlangt habe.
- 104 Die Klägerin hat nicht einmal versucht, die Feststellungen der Beschwerdekammer zur fehlenden Relevanz der vorgelegten Beweiselemente oder zu deren Beweiskraft anzugreifen, die nicht für ausreichend gehalten wurde, um im vorliegenden Fall die Anwendung des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zu rechtfertigen.
- 105 Sie wirft der Beschwerdekammer lediglich vor, dass sie verschiedene Unterlagen einzeln geprüft und nicht zusammen beurteilt habe.

- 106 Unter diesen Umständen genügt die Feststellung, dass die Beschwerdekammer keinen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen im Hinblick auf ihre Relevanz und Beweiskraft getrennt beurteilte, da es sich um Dokumente und Informationen unterschiedlicher Art handelte.
- 107 Der sechste, hilfsweise vorgebrachte Klagegrund der Klägerin ist folglich zurückzuweisen.
- 108 Nach alledem ist der Aufhebungsantrag zurückzuweisen.

Zu den übrigen Anträgen

Zum Antrag auf Verurteilung des HABM zur Erstattung der der Klägerin in den Verfahren vor dem Prüfer und der Beschwerdekammer entstandenen Übersetzungskosten

Vorbringen der Parteien

- 109 Die Klägerin macht geltend, sie sei gezwungen gewesen, sämtliche Verfahrensunterlagen ins Englische zu übersetzen, weil der Prüfer und die Beschwerdekammer systematisch die Verfahrenssprache missachtet hätten. Ihr seien daher Kosten entstanden, die dem HABM auferlegt werden müssten.

110 Das HABM tritt der Forderung der Klägerin entgegen.

Würdigung durch das Gericht

111 Die Klägerin hat keine Unterlagen zur Begründung ihres Antrags vorgelegt, die die Richtigkeit ihrer Erklärungen und den Betrag der ihr angeblich entstandenen Übersetzungskosten belegen könnten.

112 Unter diesen Umständen muss der Antrag zurückgewiesen werden.

Zum hilfsweise gestellten Antrag auf Ersatz des Schadens, der durch die angeblich unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer entstanden sein soll

Vorbringen der Parteien

113 Die Klägerin beantragt hilfsweise eine Entschädigung für die ihrer Ansicht nach unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer.

- 114 Das HABM trägt vor, dass die Klägerin nicht den Schaden angegeben habe, den sie aufgrund der angeblichen Überschreitung einer angemessenen Frist durch die Beschwerdekammer erlitten habe, und dass unter den Umständen des vorliegenden Falles die Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer nicht als unverhältnismäßig angesehen werden könne.

Würdigung durch das Gericht

- 115 Es genügt die Feststellung, dass die Klägerin nicht den geringsten Hinweis darauf geliefert hat, dass durch die angeblich unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer irgendein Schaden entstanden ist.
- 116 Der Antrag der Klägerin auf Ersatz des Schadens, der angeblich durch die unverhältnismäßige Dauer des Verfahrens vor der Beschwerdekammer entstanden ist, ist daher zurückzuweisen.
- 117 Nach alledem ist die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Kosten

- 118 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**

- 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.**

Legal

Mengozi

Wiszniewska-Białecka

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Juli 2005.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

H. Legal