Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

15. Juli 2015*

„Gemeinschaftsmarke — Widerspruchsverfahren — Anmeldung der Gemeinschaftsbildmarke TVR ITALIA — Ältere nationale Wortmarke und Gemeinschaftswortmarke TVR — Relatives Eintragungshindernis — Verwechslungsgefahr — Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 — Verfallsverfahren — Ernsthafte Benutzung der älteren Marke — Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 — Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009“

In der Rechtssache T-398/13

TVR Automotive Ltd mit Sitz in Whiteley (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte A. von Mühlendahl und H. Hartwig,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), zunächst vertreten durch G. Schneider und S. Hanne als Bevollmächtigte, dann durch J. Crespo Carillo als Bevollmächtigten,

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM und Streithelferin vor dem Gericht:

TVR Italia Srl mit Sitz in Canosa (Italien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin F. Caricato,

Streithelferin,

betreffend eine Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 14. Mai 2013 (Sache R 823/2011-2), zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Muadib Beteiligung GmbH und der TVR Italia Srl

erlässt

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Prek, der Richterin I. Labucka und des Richters V. Kreuschitz (Berichterstatter),

Kanzler: L. Grzegorczyk, Verwaltungsrat,

* Verfahrenssprache: Englisch.

aufgrund der am 2. August 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 17. Januar 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 14. Januar 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2015

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 19. Februar 2007 meldete die Streithelferin, die TVR Italia Srl, nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke [ABl. L 78, S. 1]) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Dabei handelt es sich um folgendes Bildzeichen:



3 Die Marke wurde für folgende Waren und Dienstleistungen der Klassen 12, 25 und 37 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet:

— Klasse 12: „Automobile; Sportwagen; Lastwagen; Mopeds; Motorräder; Fahrräder; Dreiräder; Reifen und Schläuche für Fahrzeuge und Kraftfahrzeuge im Allgemeinen; Traktoren; Busse; Fahrzeuge und Kraftfahrzeuge; Flugzeuge; Hubschrauber; Gleitflugzeuge; Boote; Schiffe; Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser; Motoren für Landfahrzeuge; Bestandteile von Fahrrädern, Motorrädern, Mopeds und Kraftfahrzeugen; Boots- und Flugzeugteile“;

— Klasse 25: „Bekleidungsstücke aller Art für Herren, Damen und Jugendliche, darunter Bekleidungsstücke aus Leder; Hemden; Blusen; Röcke; Kostüme; Jacken; Hosen; Shorts; Jerseys; Unterhemden; Schlafanzüge; Strümpfe; ärmellose Unterhemden; Korsetts; Strumpfhalter; Unterhosen; Büstenhalter; Unterwäsche; Hüte; Schals; Krawatten; Regenmäntel; Überzieher; Mäntel; Badeanzüge; Trainingsanzüge; Anoraks; Skihosen; Gürtel; Pelzmäntel; (dicke) Schals; Handschuhe; Morgenmäntel; Schuhwaren im Allgemeinen einschließlich Hausschuhe, Schuhe, Sportschuhe, Stiefel und Sandalen“;

— Klasse 37: „Bau- und Reparaturdienstleistungen, insbesondere im Maschinen- und Kraftfahrzeugbau“.

4 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 4/2008 vom 28. Januar 2008 veröffentlicht.

5 Am 25. April 2008 erhob die Muadib Beteiligung GmbH nach Art. 42 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 41 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009) Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für sämtliche in der vorstehenden Rn. 3 genannten Waren und Dienstleistungen.

6 Der Widerspruch wurde mit den in Art. 8 Abs. 1 Buchst. b, 4 und 5 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. b, 4 und 5 der Verordnung Nr. 207/2009) aufgeführten Eintragungshindernissen begründet.

7 Der Widerspruch war u. a. zum einen auf die am 14. April 1998 unter der Nr. 61283 für „Kraftfahrzeuge sowie Teile und Bestandteile davon“ in Klasse 12 eingetragene ältere Gemeinschaftswortmarke TVR und zum anderen auf die am 27. Februar 2004 unter der Nr. 2343460 für Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 11, 25 und 41 für das Vereinigte Königreich eingetragene ältere Wortmarke TVR (im Folgenden: ältere UK-Marke) gestützt.

8 Auf den Antrag der Streithelferin hin, Muadib Beteiligung möge gemäß Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke nachweisen, legte Muadib Beteiligung eine schriftliche Zeugenaussage von Frau H., die sie als Markenrechtsanwältin der Kanzlei Marks & Clerk im Widerspruchsverfahren vertrat, sowie verschiedene Anlagen dazu als Nachweise vor.

9 Mit Entscheidung vom 21. September 2010 gab die Widerspruchsabteilung dem Widerspruch teilweise statt und wies ihn teilweise zurück. Erstens gab die Widerspruchsabteilung dem Widerspruch statt, indem sie feststellte, dass Muadib Beteiligung den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke für „Sportfahrzeuge und ihre Teile“ der Klasse 12 erbracht habe. Zweitens bejahte die Widerspruchsabteilung unter Berücksichtigung dieser Waren sowie der von der UK-Marke erfassten Waren und Dienstleistungen das Bestehen von Verwechslungsgefahr zwischen den einander gegenüberstehenden Marken für die Waren und Dienstleistungen der Klassen 12, 25 und 37 mit Ausnahme der Waren „Lastwagen“, „Traktoren“, „Busse“, „Mopeds“, „Fahrräder“, „Dreiräder“, „Flugzeuge“, „Hubschrauber“, „Gleitflugzeuge“, „Boote“, „Schiffe“, „Apparate zur Beförderung in der Luft oder auf dem Wasser“, „Bestandteile von Fahrrädern, Mopeds“ und „Boots- und Flugzeugteile“ der Klasse 12. Drittens wies die Widerspruchsabteilung die geltend gemachten Widerspruchsgründe des Art. 8 Abs. 4 und des Art. 8 Abs. 5 der Verordnung Nr. 207/2009 zurück. Viertens wies sie die Gemeinschaftsmarkenanmeldung „für die vorgenannten Waren und Dienstleistungen“ zurück und ließ sie für die „verbleibenden Waren der Klasse 12“ zur Eintragung zu.

10 Am 14. April 2011 legte die Streithelferin nach den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 beim HABM Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein, soweit damit die Anmeldung zurückgewiesen worden war.

11 Am 17. April 2011 stellte die Streithelferin nach Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 beim HABM einen Antrag auf Erklärung des Verfalls der älteren Gemeinschaftsmarke für sämtliche von dieser Marke erfassten Waren der Klasse 12.

12 Am 25. Mai 2011 beantragte die Streithelferin die Aussetzung des Widerspruchsverfahrens vor der Beschwerdekammer bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erklärung des Verfalls.

13 Am 15. Juli 2011 nahm Muadib Beteiligung zu der Beschwerde sowie zum Antrag auf Aussetzung Stellung, dem sie widersprach.

14 Am 26. Oktober 2011 entschied die Beschwerdekammer, das Widerspruchsverfahren bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erklärung des Verfalls auszusetzen.

15 Mit Entscheidung vom 8. Mai 2012 wies die Nichtigkeitsabteilung den Antrag auf Erklärung des Verfalls zurück, weil Muadib Beteiligung den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke im Zeitraum vom 17. Mai 2006 bis zum 16. Mai 2011 erbracht hatte.

16 Am 13. Juli 2012 legte die Streithelferin gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung Beschwerde ein.

17 Mit Entscheidung vom 9. Oktober 2012 wies die Beschwerdekammer die Beschwerde wegen Verspätung als unzulässig zurück.

18 Am 1. März 2013 teilte das HABM den Beteiligten mit, dass die Aussetzung des Widerspruchsverfahrens aufgehoben worden war und dass dieses Verfahren fortgesetzt würde.

19 Mit Entscheidung vom 14. Mai 2013 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), die Muadib Beteiligung am 23. Mai 2013 zugestellt wurde, gab die Zweite Beschwerdekammer der Beschwerde in vollem Umfang statt, hob die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf und wies den Widerspruch in vollem Umfang zurück. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Beschwerdekammer im Wesentlichen aus, dass Muadib Beteiligung zum einen für den Zeitraum vom 28. Januar 2003 bis zum 27. Januar 2008 weder den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke (Rn. 16 bis 31 der angefochtenen Entscheidung) noch der älteren UK-Marke (Rn. 32 der angefochtenen Entscheidung) erbracht habe und dass der Widerspruch zum anderen zurückzuweisen sei, soweit er sich auf Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009 stütze (Rn. 33 bis 39 der angefochtenen Entscheidung).

20 Infolge verschiedener Übertragungsvorgänge wurde die TVR Automotive Ltd, die Klägerin, zur Inhaberin der älteren Gemeinschaftsmarke und der älteren UK-Marke, deren frühere Inhaberin Muadib Beteiligung gewesen war. So war am 1. August 2013 die Klägerin in der Datenbank des HABM und der des United Kingdom Intellectual Property Office (Behörde für gewerblichen Rechtsschutz des Vereinigten Königreichs) als Inhaberin der älteren Gemeinschaftsmarke und der älteren UK-Marke ausgewiesen.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

21 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— die von der Streithelferin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung eingelegte Beschwerde zurückzuweisen;

— dem HABM und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

22 Das HABM beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben, soweit die Beschwerdekammer den Widerspruch wegen Nichtbenutzung der älteren UK-Marke zurückgewiesen hat;

— die Klage im Übrigen abzuweisen.

23 Die Streithelferin beantragt,

— die Klage abzuweisen und die angefochtene Entscheidung zu bestätigen;

— die angemeldete Marke zur Eintragung zuzulassen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der in den Verfahren vor dem HABM angefallenen Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

Zur Zulässigkeit

Zur Einhaltung der Klagefrist

24 Zunächst ist das Argument der Streithelferin, die vorliegende Klage sei verspätet eingereicht worden, zurückzuweisen.

25 Hierzu genügt die Feststellung, dass im vorliegenden Fall gemäß Art. 65 Abs. 5 der Verordnung Nr. 207/2009 in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 Buchst. a und b der Verfahrensordnung des Gerichts nach der Zustellung der angefochtenen Entscheidung an Muadib Beteiligung am 23. Mai 2013 die zweimonatige Klagefrist zuzüglich der in Art. 60 der Verfahrensordnung vorgesehenen pauschalen Entfernungsfrist von zehn Tagen, die entgegen dem Vorbringen der Streithelferin für jeden Kläger unabhängig von seinem Wohnsitz gilt, am 2. August 2013 abgelaufen ist. Daraus folgt, dass die Klage, die mit Fax am 2. August 2013 eingereicht und durch Übersendung der Urschrift der Klage am 5. August 2013 ergänzt worden ist, binnen dieser Frist eingereicht worden ist.

Zur Klagebefugnis der Klägerin

26 Soweit die Streithelferin bestreitet, dass die Klägerin klagebefugt sei, weil sie nicht nachgewiesen habe, dass sie Inhaberin der älteren Marken sei, ist festzustellen, dass die Klägerin zum einen Auszüge aus der CTM-Online-Datenbank des HABM vom 1. August 2013 vorgelegt hat, in der sie als Inhaberin der älteren Gemeinschaftsmarke bezeichnet wird, und zum anderen Auszüge aus einer vergleichbaren Datenbank des United Kingdom Intellectual Property Office vom gleichen Tag, die sie als Inhaberin der älteren UK-Marke bezeichnen und auf Übertragungen dieser Marke verweisen, die infolge eines Eigentumsübergangs durch Rechtsnachfolge zunächst zwischen Muadib Beteiligung und der TVR GmbH und dann zwischen der TVR GmbH und der Klägerin am 17. Oktober 2011 und am 3. Mai 2013 stattfanden.

27 Das unbestimmte und unsubstantiierte Bestreiten der Streithelferin dieser Übertragungen des Eigentums an den älteren Marken vermag den Beweiswert dieser Dokumente nicht in Frage zu stellen.

28 Die Behauptung der Streithelferin, wonach sie als „italienische Tochtergesellschaft“ die wirkliche Rechtsnachfolgerin der früheren, im Vereinigten Königreich ansässigen Muttergesellschaft TVR Engineering Ltd sei, kann nicht durchgreifen. Die von der Streithelferin zur Stützung dieser Behauptung vorgelegten Unterlagen enthalten nämlich nur die Angabe, dass diese Muttergesellschaft lediglich einen Anteil in Höhe von 24 % des Kapitals dieser Tochtergesellschaft hielt, und keinen Hinweis auf eine Rechtsnachfolge zwischen diesen beiden Gesellschaften oder auf eine zwischen ihnen bestehende Partnerschaft, die darauf gerichtet gewesen wäre, den ausschließlichen Vertrieb von Sportwagen mit der Marke TVR dieser Tochtergesellschaft zuzuweisen.

29 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Streithelferin, wonach die Klägerin ihre Klagebefugnis nicht dargetan habe, weil sie nicht die Inhaberin der älteren Marken sei, zurückzuweisen.

30 Nach alledem ist die vorliegende Klage für zulässig zu erklären.

Zur Begründetheit

31 Zur Stützung ihrer Klage macht die Klägerin zwei Klagegründe geltend, mit denen sie erstens einen Verstoß gegen Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 und zweitens einen Verstoß gegen den Grundsatz *res iudicata* bzw. *ne bis in idem* und das Prinzip des Verbots des *venire contra factum proprium* sowie gegen Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 rügt.

Zum ersten Klagegrund

32 Im Rahmen des ersten Klagegrundes macht die Klägerin einen Verstoß gegen Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 geltend, weil die Beschwerdekammer den auf die ältere UK-Marke gestützten Widerspruch wegen Nichtbenutzung der Marke zurückgewiesen habe, obwohl für diese Marke ein Benutzungsnachweis nicht gefordert worden sei und auch nicht hätte gefordert werden können. Das HABM schließt sich dem Vorbringen der Klägerin an und kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass dem ersten Klagegrund stattzugeben sei. Dagegen ist die Streithelferin der Ansicht, dass die Beschwerdekammer für ihren Schluss, die „Marke“ der Klägerin sei nicht benutzt worden, die ältere UK-Marke nicht berücksichtigt habe. Die angefochtene Entscheidung beschränke sich darauf, das Fehlen der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke zu beurteilen, und nehme erst am Ende dieser Prüfung auf die ältere UK-Marke Bezug, um diese Prüfung entsprechend auf diese Marke anzuwenden. Darüber hinaus belegten die eingereichten Beweismittel, auch wenn für diese Marke der Zeitraum von fünf Jahren nach Art. 42 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 noch nicht abgelaufen gewesen sei, klar die Absicht der Klägerin, diese Marke nicht zu benutzen, und ihre fehlende Geschäftstätigkeit.

33 In diesem Zusammenhang genügt die Feststellung, dass die Beschwerdekammer tatsächlich in Rn. 32 der angefochtenen Entscheidung den auf die ältere UK-Marke gestützten Widerspruch wegen der mangelnden Benutzung dieser Marke zurückgewiesen und sich dabei sinngemäß auf ihre Würdigung der zum Nachweis der Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke vorgelegten Beweismittel bezogen hat (Rn. 25 bis 31 der angefochtenen Entscheidung). Jedoch hatte die Streithelferin, wie die Klägerin und das HABM zu Recht vorbringen, im Rahmen des Verfahrens vor dem HABM keinen Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren UK-Marke gefordert und hätte dies auch nicht in zulässiger Weise tun können (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 30. Mai 2013, Wohlfahrt/HABM, C-357/12 P, EU:C:2013:356, Rn. 30 und 31). Da nämlich die ältere UK-Marke am 27. Februar 2004 eingetragen worden war, war die in Art. 42 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 vorgesehene Frist von fünf Jahren am Tag der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung, dem 28. Januar 2008, noch nicht abgelaufen. Daher hatte die Widerspruchsabteilung in ihrer Entscheidung ihre Würdigung zu Recht auf den Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke beschränkt.

34 Daraus folgt, dass die Beschwerdekammer nicht zu dem Ergebnis hätte kommen dürfen, dass der Widerspruch wegen einer etwaigen mangelnden Benutzung der älteren UK-Marke zurückzuweisen ist.

35 Dem ersten Klagegrund ist daher stattzugeben.

Zum zweiten Klagegrund

36 Mit ihrem zweiten Klagegrund wirft die Klägerin der Beschwerdekammer vor, den Grundsatz *res iudicata* bzw. *ne bis in idem* und das Prinzip des Verbots des *venire contra factum proprium* sowie Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 verkannt zu haben. Zum einen sei durch die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung die Frage der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke im Zeitraum Mai 2006 bis Mai 2011, und damit jedenfalls für den Zeitraum Mai 2006 bis Januar 2008, rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden worden. Die Beschwerdekammer hätte daher nicht eine erneute Würdigung desselben Beweismaterials vornehmen dürfen, sondern hätte den Antrag der Streithelferin, den Nachweis der Benutzung zu erbringen, als unzulässig zurückweisen müssen. Zum anderen habe die Beschwerdekammer zu Unrecht angenommen, dass diese Marke in dem Zeitraum von fünf Jahren vor der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung für die betreffenden Waren nicht ernsthaft benutzt worden sei.

37 Das HABM und die Streithelferin sind der Ansicht, dass die Grundsätze *res iudicata* bzw. *ne bis in idem* und das Prinzip des Verbots des *venire contra factum proprium* in einem Verwaltungsverfahren vor dem HABM nicht zur Anwendung kommen. Sie bestreiten auch das Vorliegen eines Nachweises der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke, da die vorgelegten Beweismittel hierfür nicht ausreichend seien. Infolge eines Insolvenzverfahrens sei die wirtschaftliche Aktivität der Gesellschaft, die diese Marke genutzt habe, eingestellt worden; die letzten Bilanzen seien im Jahr 2004 eingereicht und ihre Produktionsstätte sei im Jahr 2007 stillgelegt worden. Diese Produktionsstätte habe bereits kurz vor der Schließung gestanden, als sie ein russischer Investor im Jahr 2004 aufgekauft habe. Die Klägerin habe weder eine tatsächliche Marktpräsenz noch nachgewiesen, dass Verkäufe von TVR-Automobilen tatsächlich in diesem Zeitraum stattgefunden hätten. Die vage und nicht verlässliche Behauptung, wonach die Produktion im Jahr 2006 auf zwei oder drei Automobile pro Woche gefallen sei, sei nicht ausreichend. Auch wenn im Übrigen die erwiesene Teilnahme an Automobilsalons einen Anhaltspunkt für eine Marktpräsenz darstelle, bedeute doch die Vorstellung von Prototypen bei dieser Gelegenheit, wie die des TVR Sagaris auf dem Automobilsalon in Birmingham (Vereinigtes Königreich) im Jahr 2004, noch nicht, dass das betreffende Automobil nach diesen Veranstaltungen in Produktion gegangen oder verkauft worden sei. Ebenso bewiesen auch das vorgelegte Werbematerial und die Pressemitteilungen weder, ob die streitigen Modelle während des relevanten Zeitraums tatsächlich verkauft worden seien, noch das Bestehen eines wirklichen Marktanteils. Die Klägerin hätte jedoch überzeugende Beweise für die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke vorlegen können, wie etwa die Bilanzen der betreffenden Gesellschaft, Verkaufszahlen, Rechnungen oder andere relevante finanzielle Nachweise.

38 Was den ersten Teil des zweiten Klagegrundes betrifft, mit dem die Klägerin eine Verkennung des Grundsatzes *res iudicata* bzw. *ne bis in idem* und des Prinzips des Verbots des *venire contra factum proprium* rügt, ist auf die gefestigte Rechtsprechung hinzuweisen, wonach der Grundsatz der Rechtskraft, nach dem der endgültige Charakter einer gerichtlichen Entscheidung nicht in Frage gestellt werden darf, auf das Verhältnis zwischen einer Endentscheidung über einen Widerspruch und einem Antrag auf Nichtigerklärung insbesondere deshalb keine Anwendung findet, weil die Verfahren vor dem HABM Verwaltungsverfahren und keine gerichtlichen Verfahren sind und weil die einschlägigen Vorschriften der Verordnung Nr. 207/2009, nämlich Art. 53 Abs. 4 und Art. 100 Abs. 2, nichts in diesem Sinne vorsehen (Urteile vom 14. Oktober 2009, Ferrero/HABM – Tirol Milch [TiMi KiNDERJOGHURT], T-140/08, Slg, EU:T:2009:400, Rn. 34, vom 22. November 2011, mPAY24/HABM – Ultra [MPAY24], T-275/10, EU:T:2011:683, Rn. 15, und vom 23. September 2014, Tegometall International/HABM – Irega [MEGO], T-11/13, EU:T:2014:803, Rn. 12). Wie das HABM vorgetragen hat, gilt dies auch für den umgekehrten Fall, nämlich im Verhältnis zwischen dem Verfahren zur abschließenden Entscheidung über den Verfall oder die Nichtigerklärung und einem Widerspruchsverfahren. Nichtsdestotrotz dürfen die in der abschließenden Entscheidung über den Verfall oder die Nichtigerklärung getroffenen Feststellungen bei der Entscheidung über den Widerspruch im Verhältnis zwischen denselben Beteiligten, mit gleichem Gegenstand und mit gleicher Begründung, wie im vorliegenden Fall der Nachweis der ernsthaften Benutzung einer

Gemeinschaftsmarke, vom HABM nicht völlig außer Acht gelassen werden, sofern diese Feststellungen oder entschiedenen Punkte nicht durch neue Tatsachen, Beweismittel oder Gründe berührt werden. Diese Erwägung ist nämlich nur ein spezieller Ausdruck der Rechtsprechung, nach der die frühere Entscheidungspraxis des HABM einen Umstand darstellt, der bei der Beurteilung, ob ein Zeichen zur Eintragung geeignet ist, berücksichtigt werden kann (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteile TiMi KiNDERJOGHURT, EU:T:2009:400, Rn. 35, und MPAY24, EU:T:2011:683, Rn. 17).

39 Folglich war die Beschwerdekammer im vorliegenden Fall nicht verpflichtet, den Feststellungen und Schlussfolgerungen der Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung strikt zu folgen. Wäre dies anders, würde den verschiedenen Rechtsbehelfen des Widerspruchs gegen eine eingetragene Gemeinschaftsmarke einerseits und des Antrags auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit einer eingetragenen Gemeinschaftsmarke andererseits die Wirksamkeit genommen, obwohl ihre aufeinanderfolgende oder parallele Geltendmachung nach der Verordnung Nr. 207/2009 möglich ist (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteile TiMi KiNDERJOGHURT, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2009:400, Rn. 36, und MPAY24, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2011:683, Rn. 18). Diese Feststellung wird dadurch bestätigt, dass die Zeiträume von fünf Jahren, für die der Nachweis der ernsthaften Benutzung einer Gemeinschaftsmarke verlangt wird, gemäß Art. 42 Abs. 2 und Art. 57 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 je nach dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung oder der Einreichung des Antrags auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit voneinander abweichen können. So liefen diese Zeiträume im vorliegenden Fall, wie die Klägerin anerkennt, hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens von Januar 2003 bis Januar 2008 und hinsichtlich des Verfallsverfahrens von Mai 2006 bis Mai 2011, so dass die Gegenstände dieser beiden Verfahren nicht zur Gänze identisch waren.

40 Nach alledem kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass die Nichtigkeitsabteilung die Frage der ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke im Zeitraum von Mai 2006 bis Mai 2011 oder zumindest von Mai 2006 bis Januar 2008 rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden habe.

41 Die vorstehenden Erwägungen gelten sinngemäß sowohl für den Grundsatz *ne bis in idem*, der ausschließlich auf Sanktionen, vor allem strafrechtlicher Natur im engeren Sinne oder im Wettbewerbsrecht, anwendbar ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission, C-328/05 P, Slg, EU:C:2007:277, Rn. 24 bis 30, vom 21. Juli 2011, Beneo-Orafti, C-150/10, Slg, EU:C:2011:507, Rn. 68 bis 70, und vom 14. Februar 2012, Toshiba Corporation u. a., C-17/10, Slg, EU:C:2012:72, Rn. 94), als auch für das Prinzip des Verbots des *venire contra factum proprium* (vgl. in diesem Sinne Urteil TiMi KiNDERJOGHURT, oben in Rn. 38 angeführt, EU:T:2009:400, Rn. 36). Insofern beruft sich die Klägerin erfolglos auf Art. 53 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009, der nur die wiederholte Einreichung von Nichtigkeitsanträgen oder Widerklagen im Verletzungsverfahren betrifft.

42 Der erste Teil des zweiten Klagegrundes ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

43 Was den zweiten Teil des zweiten Klagegrundes angeht, so macht die Klägerin geltend, dass sie den Nachweis für die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke für die Waren, für die diese eingetragen sei und für die die Widerspruchsabteilung eine solche Benutzung anerkannt habe, während des Zeitraums von fünf Jahren vor der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung im Sinne des Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 15 der Verordnung Nr. 207/2009 und mit Regel 22 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. 303, S. 1) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1041/2005 der Kommission vom 29. Juni 2005 (ABl. L 172, S. 4) geänderten Fassung, wonach zum Nachweis der Benutzung Angaben über „Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Widerspruchsmarke“ dienen, erbracht habe.

44 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine „ernsthafte Benutzung“ einer Marke vor, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion, die Ursprungsidentität der durch ihre Eintragung geschützten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen. Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu prüfen, die die tatsächliche geschäftliche Verwertung der Marke belegen können; dazu gehören insbesondere Verwendungen, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen werden, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu halten oder hinzuzugewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke (Urteile vom 11. Mai 2006, Sunrider/HABM, C-416/04 P, Slg, EU:C:2006:310, Rn. 70, vom 19. Dezember 2012, Leno Merken, C-149/11, Slg, EU:C:2012:816, Rn. 29, und vom 17. Juli 2014, Reber Holding/HABM, C-141/13 P, EU:C:2014:2089, Rn. 29). Jedoch kann sich die Prüfung der ernsthaften Benutzung einer älteren Marke nicht auf die bloße Feststellung einer Benutzung dieser Marke im geschäftlichen Verkehr beschränken, da es sich darüber hinaus um eine ernsthafte Benutzung im Sinne des Wortlauts von Art. 42 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 handeln muss. Überdies hängt die Einstufung als „ernsthafte Benutzung“ einer Marke von den Merkmalen der betreffenden Ware oder Dienstleistung auf dem entsprechenden Markt ab. Daher kann nicht jede nachgewiesene geschäftliche Verwertung automatisch als ernsthafte Benutzung der fraglichen Marke eingestuft werden (vgl. in diesem Sinne Urteil Reber Holding/HABM, EU:C:2014:2089, Rn. 32).

45 In der Rechtsprechung wurde auch klargestellt, dass sich aus Art. 42 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 207/2009 in Verbindung mit ihrem zehnten Erwägungsgrund und aus Regel 22 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 ergibt, dass der Normzweck des Erfordernisses, dass die ältere Marke ernsthaft benutzt worden sein muss, um einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung entgegengehalten werden zu können, darin besteht, Konflikte zwischen zwei Marken zu begrenzen, es sei denn, es liegt ein berechtigter wirtschaftlicher Grund für die fehlende ernsthafte Benutzung der älteren Marke vor, der einer tatsächlichen Funktion der Marke auf dem Markt entspringt. Dagegen zielen die genannten Bestimmungen weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolgs noch auf eine Überprüfung der Geschäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf ab, den Markenschutz nur umfangreichen geschäftlichen Verwertungen von Marken vorzubehalten (vgl. Urteil vom 8. Juli 2004, Sunrider/HABM – Espadafor Caba [VITAFRUIT], T-203/02, Slg, EU:T:2004:255, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

46 Bezüglich des Umfangs der Benutzung der älteren Marke sind insbesondere das Handelsvolumen aller Benutzungshandlungen sowie die Länge des Zeitraums, in dem Benutzungshandlungen erfolgt sind, und die Häufigkeit dieser Handlungen zu berücksichtigen. Außerdem ist bei der Prüfung der Ernsthaftigkeit der Benutzung einer älteren Marke im konkreten Fall eine umfassende Beurteilung unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren vorzunehmen. Diese Beurteilung impliziert eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den zu berücksichtigenden Faktoren. So kann ein geringes Volumen von unter der Marke vertriebenen Waren durch eine große Häufigkeit oder zeitliche Konstanz der Benutzungshandlungen dieser Marke ausgeglichen werden und umgekehrt. Schließlich lässt sich die ernsthafte Benutzung einer Marke nicht mit Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen nachweisen, sondern muss auf konkreten und objektiven Umständen beruhen, die eine tatsächliche und ausreichende Benutzung der Marke auf dem betreffenden Markt belegen (Urteile VITAFRUIT, oben in Rn. 45 angeführt, EU:T:2004:225, Rn. 41 und 42, und MFE Marienfelde/HABM – Vétoquinol [HIPOVITON], T-334/01, Slg, EU:T:2004:223, Rn. 35 und 36).

47 Die Beschwerdekammer kam zu dem Ergebnis, dass die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke während des Zeitraums von Januar 2003 bis Januar 2008 nicht nachgewiesen worden sei. Hinsichtlich der vorgelegten Beweismittel war sie nämlich im Wesentlichen der Auffassung, dass erstens die schriftliche Zeugenaussage von Frau H., die von der Klägerin selbst stamme, keine Gewähr für Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit biete. Zweitens sei die Lage der

„Gesellschaft TVR“ im Jahr 2006 äußerst prekär gewesen, da ihre Produktionsstätte im Dezember 2006 für zahlungsunfähig erklärt worden sei und der letzte überhaupt gefertigte TVR Cerbera versteigert worden sei, ohne den im August 2006 festgesetzten Reservepreis zu erreichen (Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung). Drittens habe es an Nachweisen für Warenverkäufe unter der älteren Gemeinschaftsmarke nach August 2006, etwa Kopien der Geschäftsbücher und Erklärungen gegenüber den Finanzbehörden, gefehlt, da die Teilnahme an Automobilsalons in den Jahren 2007 und 2008, die Veröffentlichung der Verkaufspreise im Jahr 2007 und die im Dezember 2006, Juli 2007 und am 11. Juli 2008 veröffentlichten Bewertungen des TVR Sagaris hierfür als Beweis nicht ausgereicht hätten (Rn. 28 und 29 der angefochtenen Entscheidung). Im Ergebnis gäben diese Gesichtspunkte weder Aufschluss über den Umsatz aus Warenverkäufen unter der älteren Gemeinschaftsmarke im Vereinigten Königreich oder anderswo, noch erbrächten sie den Nachweis einer Benutzung, die für die betreffenden Waren nach dem Sommer 2006 einen Absatzmarkt hätte erschließen oder sichern können (Rn. 30 der angefochtenen Entscheidung).

48 Damit wies die Beschwerdekammer die gegenteiligen Erwägungen der Widerspruchsabteilung in Bezug auf denselben Zeitraum und im Hinblick auf dieselben Beweismittel zurück, wonach diese Elemente insgesamt die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke für „Sportwagen sowie Teile und Bestandteile davon“ hinreichend belegten, da die darin, insbesondere in Presseartikeln und Preislisten, enthaltenen Informationen hinreichende Anhaltspunkte über den Zeitraum sowie den Ort dieser Benutzung, insbesondere im Vereinigten Königreich, gäben. Selbst wenn die Klägerin keine Rechnungen oder Verkaufszahlen vorgelegt habe, gebe ein Artikel der BBC vom 18. Oktober 2006 einen Anhaltspunkt für den Umfang der Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke, weil er erwähne, dass im April 2006 die Bestellungen von zwölf Autos pro Woche auf zwei Autos gefallen seien. Die Widerspruchsabteilung hatte daraus den Schluss gezogen, dass diese Dokumente insgesamt die erforderliche Mindestvoraussetzung für den Nachweis einer ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke während des relevanten Zeitraums erfüllten (Seite 4 der Entscheidung der Widerspruchsabteilung).

49 Ebenso stellte die Nichtigkeitsabteilung hinsichtlich des Zeitraums von Mai 2006 bis Mai 2011 fest, dass, auch wenn Rechnungen und Nachweise der Verkaufszahlen fehlten, andere Dokumente, etwa Presseartikel, als unabhängige Informationsquellen, Angaben über Preise und technische Daten der Automobile sowie Werbeanzeigen für die ältere Gemeinschaftsmarke in der Presse und in Fachzeitschriften vorlägen, die bewiesen hätten, dass die Marke „im Laufe der letzten Jahre“ tatsächlich und ernsthaft für geschäftliche Zwecke auf dem Markt benutzt worden sei (Rn. 36 und 37 der Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung). Was den Umfang der Benutzung angehe, seien, auch wenn die Kataloge und Presseartikel keine Angaben über die Menge der tatsächlich verkauften Waren beinhalteten, in den Katalogen zahlreiche mit der älteren Gemeinschaftsmarke gekennzeichnete Automobile angeboten worden und die Artikel zumindest im Vereinigten Königreich während eines Teils des maßgebenden Zeitraums verfügbar gewesen. Diese Beweismittel ließen daher insgesamt den Schluss zu, dass die Benutzung einen gewissen Umfang gehabt habe und nicht rein symbolischer Art gewesen sei (Rn. 38 und 39 der Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung), da es sich um dieselben Waren gehandelt habe (Rn. 42 bis 44 der Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung).

50 Insoweit ist zunächst das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, die Beschwerdekammer habe der in der Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung dargelegten Beurteilung nicht Rechnung getragen, soweit sie dieselben Beweismittel betreffe und eine Überschneidung zwischen den jeweils relevanten Zeiträumen zwischen Mai 2006 und Januar 2008 bestanden habe. Zum einen nämlich berührt die generelle Verpflichtung des HABM, seiner früheren Entscheidungspraxis Rechnung zu tragen, nicht seine Pflicht, die ernsthafte Benutzung einer älteren Marke anhand der von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen und der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil Reber Holding/HABM, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2014:2089, Rn. 46). Dies bedeutet somit nicht, dass die Beschwerdekammer durch die Erwägungen der Nichtigkeitsabteilung gebunden gewesen wäre oder hinsichtlich einer ernsthaften Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke nicht zu anderen Schlussfolgerungen hätte kommen können (vgl. die oben in

Rn. 38 angeführte Rechtsprechung), zumal diese Benutzung für zwei unterschiedliche Zeiträume nachgewiesen werden musste, auch wenn diese sich teilweise decken. Zum anderen ist, wie das HABM vorgetragen hat, allein der Umstand, dass die Beschwerdekammer den Abschluss des Verfallsverfahrens abgewartet hat, genügend für die Feststellung, dass sie es für notwendig befunden hat, die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung vor Erlass ihrer eigenen Entscheidung zu berücksichtigen.

51 Gleichwohl ist festzustellen, dass die Beurteilung der Beschwerdekammer auf einem fehlerhaften Verständnis des Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 und Regel 22 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 sowie auf einer fehlerhaften Würdigung des Beweiswerts aller relevanten Nachweise beruht.

52 Was die Dauer der Benutzung betrifft, ist bereits entschieden worden, dass nur Marken, deren ernsthafte Benutzung während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren ausgesetzt wurde, den in Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 vorgesehenen Sanktionen unterliegen. Folglich reicht es aus, dass eine Marke während eines Teils dieses Zeitraums ernsthaft benutzt wurde, um diesen Sanktionen zu entgehen (Urteile vom 8. November 2007, Charlott/HABM – Charlo [Charlott France Entre Luxe et Tradition], T-169/06, EU:T:2007:337, Rn. 41, vom 16. Dezember 2008, Deichmann-Schuhe/HABM – Design for Woman [DEITECH], T-86/07, EU:T:2008:577, Rn. 52, und vom 8. März 2012, Arrieta D. Gross/HABM – International Biocentric Foundation u. a. [BIODANZA], T-298/10, EU:T:2012:113, Rn. 58). Ebenso setzt Regel 22 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 das Kriterium der Dauer der Benutzung fest, ohne den Nachweis für den fortdauernden Charakter der Benutzung während eines Zeitraums von fünf Jahren zu verlangen, und hält es insbesondere von den Kriterien des Umfangs und der Art der Benutzung auseinander, die nur bei gemeinsamer Betrachtung auf die ernsthafte Benutzung der älteren Marke schließen lassen. Für den Nachweis einer ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke kommt es nämlich allein auf die Berücksichtigung aller der Beschwerdekammer zur Beurteilung unterbreiteten Gesichtspunkte an (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 16. September 2013, Avery Dennison/HABM – Dennison-Hesperia [AVERY DENNISON], T-200/10, EU:T:2013:467, Rn. 85 und 86 und die dort angeführte Rechtsprechung).

53 Dass in Art. 42 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 ein Zeitraum von fünf Jahren festgelegt ist, bedeutet nicht, dass der Nachweis der ernsthaften Benutzung der älteren Marke für jedes Jahr, das von dieser Frist umfasst wird, getrennt erbracht werden müsste, sondern es genügt der Nachweis, dass bei Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls die Marke während zumindest eines Teils dieses Zeitraums nicht bloß symbolisch, sondern tatsächlich benutzt wurde, um für die fraglichen Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern. Verhielte sich dies anders, könnte insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden der Eintritt einer bloß temporären finanziellen Krise, die der Benutzung der älteren Marke für einen beschränkten Zeitraum entgegensteht, obwohl ihr Inhaber diese Benutzung in naher Zukunft fortsetzen möchte, dafür ausreichen, dass er der Eintragung einer entsprechenden Marke nicht mehr widersprechen kann.

54 Im vorliegenden Fall ist in Anbetracht aller von der Klägerin sowohl vor der Widerspruchsabteilung als auch vor der Beschwerdekammer vorgelegten Beweise festzustellen, dass die Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke als solcher zumindest bis 2006 erwiesen ist.

55 Auch wenn die schriftliche Zeugenaussage für sich genommen keinen hinreichenden Beweis hierfür darstellt, bezieht sie sich doch auf eine Reihe relevanter Unterlagen aus unabhängigen Quellen, darunter einen Auszug der Website Wikipedia, der die Geschichte des Herstellers der TVR-Sportwagen, der TVR Motors Company Ltd, beschreibt, und eine Liste der bis zum Jahr 2006 hergestellten Modelle, darunter die TVR Tuscan und Sagaris, zwei Artikel über den Hersteller TVR, die auf der Website der BBC am 18. Oktober 2006 und 22. Februar 2007 veröffentlicht wurden, Artikel über die Modelle TVR 350C und TVR Sagaris, die in Fachzeitschriften im Juni 2003, April

2005, Dezember 2006 und Juli 2008 erschienen sind, Kataloge, in denen die Modelle TVR Tuscan (hergestellt zwischen 1999 und 2006) und TVR Sagaris (hergestellt zwischen 2004 und 2006) vorgestellt werden, und einen Katalog, der die technischen Daten und Verkaufspreise des TVR Tuscan im Vereinigten Königreich angibt.

56 Damit beweisen die vorstehend in Rn. 55 genannten Dokumente das Vorliegen einer Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke für TVR-Sportwagen zumindest zwischen Januar 2003 und Dezember 2006, d. h. während eines wesentlichen Teils des Zeitraums von fünf Jahren, der im Jahr 2008 ausgelaufen ist, was als solches weder vom HABM noch von der Streithelferin bestritten wird.

57 Was den Ort, die Art und den Umfang dieser Benutzung angeht, ist festzustellen, dass es hier um den Markt für die Herstellung und den Verkauf von hochklassigen Sportwagen geht, die nicht auf den täglichen Straßenverkehr ausgelegte technische Daten aufweisen und deren Verkaufspreis den der meisten privat genutzten Automobile übersteigt. Es ist jedoch allgemein bekannt, dass dieser Markt oft durch eine relativ geringe Nachfrage, durch eine Produktion nur auf Bestellung und durch den Verkauf einer begrenzten Anzahl an Automobilen gekennzeichnet ist, wie durch den Artikel der BBC vom 18. Oktober 2006 bestätigt wird (vgl. Rn. 27 der angefochtenen Entscheidung). Daher erscheint die Vorlage von Buchführungsunterlagen mit den Verkaufszahlen oder von Rechnungen für den Nachweis einer ernsthaften Benutzung der fraglichen Marke nicht unerlässlich. Dagegen ergibt sich eindeutig aus den zu den Akten genommenen Unterlagen (vgl. oben, Rn. 55), darunter mehrere im Internet veröffentlichte Artikel und Kataloge, dass die Modelle TVR zwischen 2003 und 2006 zumindest im Gebiet des Vereinigten Königreichs angeboten wurden, was in räumlicher Hinsicht ausreichend ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Leno Merken, oben in Rn. 44 angeführt, EU:C:2012:816, Rn. 50 und 54) und die Art und einen gewissen Umfang der Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke während dieses Zeitraums bezeugt. Außerdem beweisen Veröffentlichungen von Juli 2007 und aus dem Jahr 2008, dass diese Marke Gegenstand einer öffentlichen Debatte um eine Wiederaufnahme der Herstellung und Vermarktung des Modells TVR Sagaris war (vgl. auch Rn. 28 und 29 a. E. der angefochtenen Entscheidung).

58 In Anbetracht dieser Umstände kann, entgegen den Feststellungen der Beschwerdekammer sowie dem Vorbringen des HABM und der Streithelferin, nicht angenommen werden, dass die Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke während des relevanten Zeitraums bloß symbolisch war und dass die Marke nicht benutzt wurde, um einen Absatzmarkt für TVR-Sportwagen zu erschließen oder zu sichern. Insoweit kann die Tatsache, dass die Herstellung und der Verkauf dieser Automobile im Jahr 2006 zurückgegangen sind und die Herstellung wegen der Zahlungsunfähigkeit der Produktionsstätte im Vereinigten Königreich Ende 2006 eingestellt wurde, angesichts der erwiesenen Versuche der Markeninhaberin, die Produktion von TVR-Sportwagen wiederaufzunehmen, und ihrer geschäftlichen Tätigkeit in den Jahren 2007 und 2008 nicht genügen, um zu dem gegenteiligen Schluss zu gelangen. Daher ist auch die in Rn. 29 der angefochtenen Entscheidung aufgestellte Feststellung der Beschwerdekammer zurückzuweisen, wonach die finanziellen Schwierigkeiten, die die Nutzung der älteren Gemeinschaftsmarke beeinträchtigt hätten, Raum für Zweifel an ihrer Benutzung nach dem Sommer 2006 gelassen hätten, weil diese Feststellung nicht dem Umstand Rechnung trägt, dass eine ernsthafte Benutzung der Marke während eines Teils der fünfjährigen Frist im Sinne der Art. 42 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 (vgl. oben, Rn. 52 und 53) ausreichend ist. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung anerkannt hat, dass die genannten Bestimmungen weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolgs noch auf eine Überprüfung der Geschäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf abzielen, den Markenschutz nur umfangreichen geschäftlichen Verwertungen von Marken vorzubehalten (vgl. oben, Rn. 45).

59 Nach alledem ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer den Widerspruch zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen hat, die Widersprechende habe die ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke nicht hinreichend nachgewiesen.

60 Daher ist auch dem zweiten Teil des zweiten Klagegrundes stattzugeben.

61 Da dem ersten und dem zweiten Teil des zweiten Klagegrundes stattgegeben wurde, ist die angefochtene Entscheidung insgesamt aufzuheben.

62 Was den zweiten Antrag der Klägerin angeht, die Beschwerde der Streithelferin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung zurückzuweisen, ist darauf hinzuweisen, dass die dem Gericht gemäß Art. 65 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 zustehende Abänderungsbefugnis nicht bewirkt, dass es dazu ermächtigt wäre, seine eigene Beurteilung an die Stelle der von der Beschwerdekammer vorgenommenen Beurteilung zu setzen, oder dazu, eine Frage zu beurteilen, zu der die Beschwerdekammer noch nicht Stellung genommen hat. Die Ausübung der Abänderungsbefugnis ist folglich grundsätzlich auf Situationen zu beschränken, in denen das Gericht nach einer Überprüfung der von der Beschwerdekammer vorgenommenen Beurteilung auf der Grundlage der erwiesenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Entscheidung zu finden vermag, die die Beschwerdekammer hätte erlassen müssen (Urteil vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM, C-263/09 P, Slg, EU:C:2011:452, Rn. 72).

63 In diesem Zusammenhang genügt der Hinweis, dass die Beschwerdekammer die angefochtene Entscheidung allein darauf gestützt hat, dass eine ernsthafte Benutzung der älteren Gemeinschaftsmarke nicht belegt worden sei, ohne die Gefahr von Verwechslungen zwischen den einander gegenüberstehenden Marken im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 zu prüfen. Eine solche Prüfung war daher nicht Gegenstand des Rechtsstreits vor dem Gericht. Unter diesen Umständen ist es nicht Aufgabe des Gerichts, im Rahmen seiner Abänderungsbefugnis diese Gefahr von Verwechslungen zu prüfen, so dass der zweite Antrag der Klägerin zurückzuweisen ist.

Kosten

64 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

65 Da das HABM und die Streithelferin unterlegen sind, sind ihnen gemäß dem Antrag der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 14. Mai 2013 (Sache R 823/2011-2) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Muadib Beteiligung GmbH und der TVR Italia Srl wird aufgehoben.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Das HABM und die TVR Italia Srl tragen die Kosten.**

Prek Labucka Kreuschitz

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 15. Juli 2015.

Unterschriften