



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

4. April 2019\*

„Unionsmarke – Verfallsverfahren – Unionsbildmarke TESTA ROSSA – Teilweise Verfallserklärung – Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 (jetzt Art. 58 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung [EU] 2017/1001) – Nachweis der Benutzung – Externe Benutzung der angegriffenen Marke – Gleichbehandlung“

In den Rechtssachen T-910/16 und T-911/16

**Kurt Hesse**, wohnhaft in Nürnberg (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt M. Krogmann,

Kläger in der Rechtssache T-910/16,

**Wedl & Hofmann GmbH** mit Sitz in Mils (Österreich), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt T. Raubal,

Klägerin in der Rechtssache T-911/16,

gegen

**Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO)**, vertreten durch M. Fischer als Bevollmächtigten,

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des EUIPO und Streithelfer vor dem Gericht in den Rechtssachen T-910/16 bzw. T-911/16:

**Wedl & Hofmann GmbH**

und

**Kurt Hesse**,

wegen Klagen auf Aufhebung der Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des EUIPO vom 5. Oktober 2016 (Sache R 68/2016-1) zu einem Verfallsverfahren zwischen Herrn Hesse und Wedl & Hofmann

erlässt

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten D. Gratsias, der Richterin I. Labucka und des Richters I. Ulloa Rubio (Berichterstatte),

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 23. Dezember 2016 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschriften,

aufgrund der am 15. März 2017 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortungen des EUIPO,

aufgrund der am 9. März 2017 (Rechtssache T-910/16) und am 23. März 2017 (Rechtssache T-911/16) bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortungen der Streithelfer,

aufgrund des Umstands, dass keine der Parteien innerhalb von drei Wochen nach der Bekanntgabe des Abschlusses des schriftlichen Verfahrens die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des darauf gemäß Art. 106 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliches Verfahren zu entscheiden,

folgendes

**Urteil**

**Vorgeschichte des Rechtsstreits**

- 1 Am 8. Juli 2008 meldete die Klägerin in der Rechtssache T-911/16 und Streithelferin in der Rechtssache T-910/16, die Wedl & Hofmann GmbH, 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 Unionsmarke [ABl. 2009, L 78, S. 1], die ihrerseits durch die Verordnung [EU] 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke [ABl. 2017, L 154, S. 1] ersetzt wurde) beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) eine Unionsmarke an.

- 2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das folgende Bildzeichen, für das die Farben Schwarz und Rot (Pantone 186 C) beansprucht wurden:



- 3 Die Marke wurde für folgende Waren und Dienstleistungen der Klassen 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 und 38 im Sinne 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 7: „Nicht handbetriebene (elektrische) Kaffeemühlen“;
  - Klasse 11: „Kaffeemaschinen (elektrisch); elektrische Kochgeräte; insbesondere Geräte zur Herstellung von Heißgetränken und Kaltgetränken; Eismaschinen und -apparate“;
  - Klasse 20: „Möbel“;
  - Klasse 21: „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; Kaffeefiltergeräte (nicht elektrisch); Kaffeekocher (nicht elektrisch); Kaffeemühlen (handbetrieben); Glaswaren, Porzellan, insbesondere Geschirr; Trinkgläser“;
  - Klasse 25: „Bekleidungsstücke, insbesondere Gymnastik- und Sportbekleidung, Schürzen, Hemden, Polo-Shirts und T-Shirts; Kopfbedeckungen“;
  - Klasse 28: „Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, insbesondere Golfschläger, Golftaschen, Golfbälle, Fußbälle, Tennisschläger, Tennistaschen, Tennisbälle, soweit nicht in anderen Klassen enthalten“;
  - Klasse 30: „Kaffee, Tee, Kakao, Zucker; feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Schokolade; Schokoladeger Getränke; Bonbons“;
  - Klasse 34: „Rauchartikel; Streichhölzer“;
  - Klasse 38: „Telekommunikation, insbesondere Bereitstellen von Telekommunikationsverbindungen zu einem weltweiten Computernetzwerk“.
- 4 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 43/2008 vom 27. Oktober 2008 veröffentlicht. Die Marke wurde am 11. Mai 2009 unter der Nr. 007070519 für die oben in Rn. 3 genannten Waren und Dienstleistungen eingetragen.

- 5 Am 15. Oktober 2014 stellte der Kläger in der Rechtssache T-910/16 und Streithelfer in der Rechtssache T-911/16, Kurt Hesse, einen Antrag auf teilweisen Verfall der angegriffenen Marke auf der Grundlage von Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 58 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung 2017/1001) für die Waren und Dienstleistungen der Klassen 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 und 38 mit Ausnahme der Waren „Kaffee, Tee, Kakao, Zucker; Schokolade; Schokoladetränke; Bonbons“ der Klasse 30.
- 6 Am 17. Februar 2015 nahm Wedl & Hofmann fristgerecht zur Benutzung der angegriffenen Marke Stellung und beantragte, den Verfallsantrag zurückzuweisen, ohne jedoch zugleich die Benutzungsnachweise vorzulegen. Diese wurden von ihr per Post versandt und gingen am 23. Februar 2015, nach Ablauf der hierfür gesetzten Frist beim EUIPO ein. Am 10. Mai 2015 legte Wedl & Hofmann weitere Unterlagen zum Nachweis der ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke vor.
- 7 Am 17. November 2015 erklärte die Löschungsabteilung die Marke von Wedl & Hofmann bezüglich aller vom Antrag auf Erklärung des Verfalls erfassten Waren und Dienstleistungen mit Wirkung ab dem 15. Oktober 2014 für verfallen.
- 8 Am 13. Januar 2016 legte Wedl & Hofmann gemäß den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 66 bis 71 der Verordnung 2017/1001) gegen die Entscheidung der Löschungsabteilung Beschwerde beim EUIPO ein.
- 9 Mit Entscheidung vom 5. Oktober 2016 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) gab die Erste Beschwerdekammer des EUIPO der Beschwerde von Wedl & Hofmann teilweise statt und hob die Entscheidung der Löschungsabteilung teilweise auf, indem sie verfügte, dass die angegriffene Marke für „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; Glaswaren, Porzellan, insbesondere Geschirr; Trinkgläser“ in Klasse 21 und „Bekleidungsstücke, nämlich Schürzen, Hemden, Polo-Shirts und T-Shirts; Kopfbedeckungen“ in Klasse 25 (im Folgenden: streitige Waren der Klassen 21 und 25) eingetragen blieb. Im Einzelnen stellte die Beschwerdekammer zunächst fest, dass die verspätet von Wedl & Hofmann eingereichten Beweismittel gemäß Art. 76 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 95 Abs. 2 der Verordnung 2017/1001) berücksichtigt werden konnten. Insoweit wies sie in Rn. 22 der angefochtenen Entscheidung darauf hin, dass Art. 76 der Verordnung Nr. 207/2009 dem EUIPO ein Ermessen einräume, um darüber zu befinden, ob die verspätet vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen seien oder nicht. Der Gerichtshof habe entschieden, dass gemäß den Bestimmungen der Verordnung Nr. 207/2009 als allgemeine Regel und vorbehaltlich einer gegenteiligen Vorschrift Tatsachen und Beweismittel auch noch nach Ablauf der dafür geltenden Fristen vorgebracht werden könnten und dass es dem EUIPO keineswegs untersagt sei, solche verspätet vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen. Weiter führte die Beschwerdekammer aus, dass die Benutzung einer Marke nach außen nicht notwendigerweise die Benutzung gegenüber dem Endverbraucher bedeute und dass die von Wedl & Hofmann behauptete Ernsthaftigkeit der Benutzung nicht allein deshalb verneint werden könne, weil sich die von ihr geltend gemachten Handelsgeschäfte nicht an den Endverbraucher, sondern an gewerbliche Kunden wie beispielsweise Lizenz- oder Franchisenehmer richteten. Daher gelangte die Beschwerdekammer zu der Auffassung, dass Wedl & Hofmann auf der Grundlage der vorgelegten Beweismittel die ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 nachgewiesen habe. Schließlich stellte die Beschwerdekammer fest, dass die Beweismittel nicht ausreichten, um die Benutzung der angegriffenen Marke für die übrigen vom Antrag auf Erklärung des Verfalls erfassten Waren und Dienstleistungen nachzuweisen.

## **Anträge der Parteien**

### ***Rechtssache T-910/16***

- 10 Herr Hesse beantragt,
- die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Marke von Wedl & Hofmann auch hinsichtlich der streitigen Waren der Klassen 21 und 25 für verfallen zu erklären;
  - dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen.
- 11 Das EUIPO und Wedl & Hofmann beantragen,
- die Klage abzuweisen;
  - Herrn Hesse die Kosten aufzuerlegen.

### ***Rechtssache T-911/16***

- 12 Wedl & Hofmann beantragt,
- die angefochtene Entscheidung aufzuheben oder abzuändern;
  - dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen.
- 13 Das EUIPO und Herr Hesse beantragen,
- die Klage abzuweisen;
  - Wedl & Hofmann die Kosten aufzuerlegen.

## **Rechtliche Würdigung**

- 14 Die vorliegenden Rechtssachen werden, nachdem die Parteien hierzu angehört worden sind, gemäß Art. 19 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts zu gemeinsamer das Verfahren beendender Entscheidung verbunden.
- 15 Nach Ansicht der Beschwerdekammer belegten die Benutzungsnachweise eine ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25. Für die übrigen von dem Antrag auf Erklärung des Verfalls erfassten Waren und Dienstleistungen fehlte es dagegen an der Ernsthaftigkeit der Benutzung der angegriffenen Marke. Herr Hesse zielt mit seiner Klage darauf ab, dass dem Antrag auf Erklärung des Verfalls für alle von ihm erfassten Waren und Dienstleistungen stattgegeben wird. Wedl & Hofmann begehrt mit ihrer Klage die vollständige Zurückweisung dieses Antrags.
- 16 Herr Hesse stützt seine Klage in der Rechtssache T-910/16 auf einen einzigen Klagegrund, mit dem er im Wesentlichen einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 geltend macht.
- 17 In der Rechtssache T-911/16 macht Wedl & Hofmann zwei Klagegründe geltend. Erstens rügt sie einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009, Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 18 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung 2017/1001) und Regel 40

Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. 1995, L 303, S. 1) (jetzt Art. 19 Abs. 1 der Delegierten Verordnung [EU] 2017/1430 der Kommission vom 18. Mai 2017 zur Ergänzung der Verordnung Nr. 207/2009 und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 2868/95 und der Verordnung Nr. 216/96 der Kommission [ABl. 2017, L 205, S. 1]) in Verbindung mit Regel 22 Abs. 3 und 4 der Verordnung Nr. 2868/95 (jetzt Art. 10 Abs. 3 und 4 der Delegierten Verordnung 2017/1430). Zweitens rügt sie eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung.

- 18 Das Gericht hält es für angemessen, sich an erster Stelle mit dem einzigen Klagegrund in der Rechtssache T-910/16 zusammen mit dem ersten Klagegrund in der Rechtssache T-911/16 zu befassen, da sie beide im Wesentlichen auf dem Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 beruhen, und an zweiter Stelle mit dem zweiten Klagegrund in der Rechtssache T-911/16.
- 19 Vorab ist festzustellen, dass die Zulässigkeit der von Wedl & Hofmann bei der Löschungsabteilung vorgelegten Beweismittel zwischen den Parteien im Rahmen des Verfahrens vor dem Gericht nicht streitig ist.
- 20 In Rn. 5 seines in der Rechtssache T-911/16 eingereichten Schriftsatzes hat Herr Hesse zwar vor seinen Ausführungen, mit denen er den Anträgen von Wedl & Hofmann in der Sache entgegengetreten ist, darauf hingewiesen, dass „[d]ie Klage ... schon deshalb unbegründet [ist], weil die Klägerin ihre Benutzungsnachweise ... nicht innerhalb der ihr vom [EUIPO] bis zum 17. Februar 2015 gesetzten Frist [eingereicht hat]“. Außerdem hat er, um dieses Vorbringen zu untermauern, das Urteil vom 18. Juli 2013, New Yorker SHK Jeans/HABM (C-621/11 P, EU:C:2013:484), angeführt.
- 21 Da Herr Hesse jedoch in seiner Klagebeantwortung nicht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wegen eines Rechtsfehlers der Beschwerdekammer aufgrund der Berücksichtigung dieser Beweismittel beantragt, sondern die Abweisung der Klage von Wedl & Hofmann, ist dieses Vorbringen als ins Leere gehend zurückzuweisen.
- 22 Selbst wenn man schließlich annähme, dass Herr Hesse mit diesem Vorbringen in Wirklichkeit darauf abzielte, dass das Gericht die Klage von Wedl & Hofmann abweisen und die angefochtene Entscheidung aus einem anderen Grund als dem von der Beschwerdekammer in dieser Entscheidung angegebenen bestätigen möge, wäre dieses Vorbringen zurückzuweisen. Es genügt nämlich insofern, darauf hinzuweisen, dass das Gericht eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Entscheidungen der Instanzen des EUIPO durchführt. Wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass eine mit einer vor ihm erhobenen Klage angefochtene Entscheidung rechtswidrig ist, hat es diese aufzuheben. Es kann nicht die Klage abweisen und die von der zuständigen Instanz des EUIPO gegebene Begründung durch seine eigene ersetzen (vgl. Urteil vom 9. September 2010, Axis/HABM – Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX), T-70/08, EU:T:2010:375, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

***Zum einzigen Klagegrund in der Rechtssache T-910/16 und zum ersten Klagegrund in der Rechtssache T-911/16, die sich im Wesentlichen auf einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 stützen***

- 23 Im Rahmen seines einzigen Klagegrundes in der Rechtssache T-910/16 vertritt Herr Hesse die Auffassung, die Beschwerdekammer hätte die Löschung der angegriffenen Marke vollständig bestätigen müssen.
- 24 Im Rahmen ihres ersten Klagegrundes in der Rechtssache T-911/16 macht Wedl & Hofmann im Wesentlichen geltend, den Nachweis der ernsthaften Benutzung für alle Waren und Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen worden sei, erbracht zu haben, und nicht nur für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25.

- 25 Nach Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 wird die Unionsmarke auf Antrag beim EUIPO oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren für verfallen erklärt, wenn die Marke innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren in der Union für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, nicht ernsthaft benutzt worden ist und keine berechtigten Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen.
- 26 Gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 umfasst der Nachweis der ernsthaften Benutzung einer Gemeinschaftsmarke auch den Nachweis ihrer Benutzung in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass dadurch ihre Unterscheidungskraft beeinflusst wird.
- 27 Nach Regel 22 der Verordnung Nr. 2868/95, die gemäß Regel 40 Abs. 5 dieser Verordnung in Verfallsverfahren entsprechend gilt, hat sich der Nachweis der Benutzung auf Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Marke zu beziehen, und die Beweismittel beschränken sich nach Möglichkeit auf die Vorlage von Urkunden und Beweisstücken, wie Verpackungen, Etiketten, Preislisten, Kataloge, Rechnungen, Photographien, Zeitungsanzeigen und auf die in Art. 76 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung Nr. 207/2009 (jetzt Art. 97 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung 2017/1001) genannten schriftlichen Erklärungen (Urteile vom 8. Juli 2004, Sunrider/HABM – Espadafor Caba [VITAFRUIT], T-203/02, EU:T:2004:225, Rn. 37, und vom 10. September 2008, Boston Scientific/HABM – Terumo [CAPIO], T-325/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2008:338, Rn. 27).
- 28 Bei der Auslegung des Begriffs der ernsthaften Benutzung ist zu berücksichtigen, dass der Normzweck des Erfordernisses, dass die ältere Marke ernsthaft benutzt worden sein muss, weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolgs noch auf eine Überprüfung der Geschäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf abzielt, den Markenschutz nur umfangreichen Verwertungen von Marken vorzubehalten (vgl. Urteile vom 8. Juli 2004, MFE Marienfelde/HABM – Vétoquinol [HIPOVITON], T-334/01, EU:T:2004:223, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 27. September 2007, La Mer Technology/HABM – Laboratoires Goëmar [LA MER], T-418/03, nicht veröffentlicht, EU:T:2007:299, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 29 Wie der Rechtsprechung zu entnehmen ist, wird eine Marke ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion – die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, 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 (vgl. entsprechend Urteil vom 11. März 2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 43). Ferner wird mit der Bedingung einer ernsthaften Benutzung der Marke verlangt, dass die Marke so, wie sie in dem fraglichen Gebiet geschützt ist, öffentlich und nach außen benutzt wird (vgl. Urteile vom 6. Oktober 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/HABM – Krafft [VITAKRAFT], T-356/02, EU:T:2004:292, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 4. Juli 2014, Construcción, Promociones e Instalaciones/HABM – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales [CPI COPISA INDUSTRIAL], T-345/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:614, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 30 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 (vgl. Urteil vom 10. September 2008, CAPIO, T-325/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2008:338, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 31 Darüber hinaus 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 (vgl. Urteil vom 23. September 2009, Cohausz/HABM – Izquierdo Faces [acopat], T-409/07, nicht veröffentlicht, EU:T:2009:354, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung). Daher muss eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden, die alle für den vorliegenden Fall relevanten Faktoren berücksichtigt und eine gewisse Wechselwirkung der berücksichtigten Faktoren impliziert (vgl. Urteil vom 18. Januar 2011, Advance Magazine Publishers/HABM – Capela & Irmãos [VOGUE], T-382/08, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:9, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 32 Im Licht der vorstehenden Erwägungen ist die Beurteilung der Beschwerdekammer in Bezug auf zum einen das Vorliegen einer ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 und zum anderen das Fehlen einer ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke für die übrigen vom Antrag auf Erklärung des Verfalls erfassten Waren und Dienstleistungen zu prüfen.
- 33 Da der Antrag auf Erklärung des Verfalls der angegriffenen Marke am 15. Oktober 2014 eingereicht wurde, erstreckt sich der in Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 genannte Zeitraum von fünf Jahren, wie die Beschwerdekammer in Rn. 43 der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, vom 15. Oktober 2009 bis zum 14. Oktober 2014.
- 34 Für die Prüfung der ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke stützte sich die Beschwerdekammer auf die folgenden, von Wedl & Hofmann vorgelegten Beweismittel, wie sie in der angefochtenen Entscheidung beschrieben werden:
- Bildschirmausdrucke der Website „www.testarossacafe.com“ mit Informationen zu Standorten von Wedl & Hofmann als Betreiberin einer „Café-Bar“-Kette in Europa, Asien, dem Nahen Osten und Ägypten;
  - zwei Abbildungen eines Fußballtrikots, das auf der Vorderseite mit der angegriffenen Marke in leicht abgewandelter Form gekennzeichnet ist;
  - Ausdrucke von Werbeanzeigen für und Fotos von „Café-Bars“ mit der angegriffenen Marke in Deutschland, Ungarn oder dem Vereinigten Königreich;
  - eine E-Mail aus dem Februar 2014 mit der Bestätigung eines Annoncenauftrags für „Kaffee“ der angegriffenen Marke an das Magazin *Body & Soul* über einen Betrag von 30 000 Euro;
  - eine Liste von Standorten von „Café-Bars“ der angegriffenen Marke in Deutschland, Italien, Ungarn, Österreich und Rumänien seit 2009;
  - vier Ausdrucke einer Werbeanzeige der Müller Handelskette für „Kaffee“ der angegriffenen Marke;
  - verschiedene Tabellen der Inhaberin der angegriffenen Marke mit Übersichten von Verkäufen aus den Jahren 2009 bis 2015 von mit der angegriffenen Marke gekennzeichneten Waren, insbesondere Hartpapierbecher, Papierservietten, Kaffee, Gläser, Kapseln, Kugelschreiber, Besteck, Aschenbecher, Feuerzeuge, Uhren, Schlüsselanhänger und Sonnenschirme mit den entsprechenden Angaben zu Mengen und Preisen der vertriebenen Waren sowie zu den Abnehmern;
  - verschiedene Tabellen der Inhaberin der angegriffenen Marke zu Bestellungen und Lieferungen von Textilien mit der angegriffenen Marke aus den Jahren 2010 bis 2012 mit Angaben zu den Preisen und Empfängern;

- verschiedene Fotos von „Café-Bars“ mit der angegriffenen Marke;
  - eine Liste aus Rumänien von mit der angegriffenen Marke versehenen und an verschiedene Franchisepartner verkauften Waren, u. a. Süßwaren, Geschirr, Porzellan, Werbeartikel, Taschen, Sonnenschirme, Pins und Bekleidung, wie beispielsweise Schürzen, Schildkappen und Poloshirts, mit Angaben zu den entsprechenden Preisen und Mengen;
  - ein Foto, das zwei Feuerzeuge zeigt, die die angegriffene Marke tragen;
  - E-Mails, die zwischen Herrn W. und Herrn F. gewechselt wurden, in denen Herr F. gegenüber Herrn W. angibt, dass Wedl & Hofmann seit 1998 eine Rufnummer habe, die aus Deutschland, Frankreich, Italien und der Schweiz erreichbar sei;
  - eine Werbebroschüre der angegriffenen Marke, in der u. a. über die Herkunft sowie das Herstellungs- und Produktionsverfahren des Kaffees der angegriffenen Marke informiert wird. Diese Broschüre zeigt auch Kaffeekapseln und andere mit der angegriffenen Marke versehene Waren, wie beispielsweise Kaffeetassen und -gläser, Kaffeemaschinen, Zuckersäckchen, Löffel, Schürzen, Polohemden, Kellertaschen und Papierservietten, jeweils mit der angegriffenen Marke;
  - eine Franchisebroschüre der angegriffenen Marke, in der das Franchisekonzept sowie verschiedene mit der angegriffenen Marke gekennzeichnete Waren beschrieben sind.
- 35 Herr Hesse macht erstens geltend, die von Wedl & Hofmann vorgebrachten Beweismittel seien nicht geeignet, eine ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 zu belegen, weil sich diese Benutzungsnachweise nicht auf Verkäufe an Endverbraucher bezögen. Die zum Nachweis der Benutzung von Wedl & Hofmann vorgelegten Verkaufstabellen richteten sich an Lizenz- und Franchisenehmer, bewiesen aber nicht, dass die Waren an die Endverbraucher vertrieben worden seien.
- 36 Das EUIPO und Wedl & Hofmann treten dem Vorbringen von Herrn Hesse entgegen.
- 37 Im vorliegenden Fall ist daran zu erinnern, dass die ernsthafte Benutzung einer Marke nach der Rechtsprechung zwar verlangt, dass diese Marke öffentlich und nach außen benutzt wird (Urteil vom 8. Juli 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, Rn. 39; vgl. auch in diesem Sinne Urteil vom 11. März 2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 37). Ferner ist die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke in der Tat 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 behalten oder zu gewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung dieser Marke (vgl. Urteil vom 8. Juli 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 38 Allerdings weist die Beschwerdekammer in den Rn. 58 und 59 der angefochtenen Entscheidung zu Recht darauf hin, dass die Benutzung nach außen nicht notwendigerweise die Benutzung gegenüber dem Endverbraucher bedeutet. Die tatsächliche Benutzung der Marke hängt nämlich von dem Markt ab, auf dem der Inhaber der Unionsmarke seine geschäftliche Tätigkeit ausübt und in dem er seine Marke nutzen möchte. Die Auffassung, dass eine Markenbenutzung nach außen im Sinne der Rechtsprechung notwendigerweise eine Benutzung gegenüber dem Endverbraucher ist, liefe darauf hinaus, dass Marken, die allein in Beziehungen zwischen Unternehmen benutzt werden, aus dem Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 207/2009 fielen. Die maßgeblichen Verkehrskreise, an die sich die Marken richten können, umfassen nämlich nicht nur Endverbraucher, sondern auch

Fachkreise, Industriekunden und andere professionelle Anwender (vgl. Urteil vom 7. Juli 2016, Fruit of the Loom/EUIPO – Takko [FRUIT], T-431/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:395, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 39 Insoweit ist, wie aus den vielen von Wedl & Hofmann als Benutzungsnachweis für die angegriffene Marke vorgelegten Dokumenten hervorgeht, unstreitig, dass Wedl & Hofmann über Franchise- und Lizenznehmer eine Kette von „Café-Bars“ betreibt und dass die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 von diesen aufgrund der Franchise- oder Lizenzverträge auf dem Markt an die Endverbraucher veräußert werden. Somit können diese Verkäufe gemäß der oben in Rn. 38 angeführten Rechtsprechung eine öffentliche und externe Benutzung der angegriffenen Marke belegen. Unter diesen Umständen ist es ohne Belang, dass Wedl & Hofmann keine unmittelbaren Beziehungen mit den Endverbrauchern unterhalten hat.
- 40 Das Vorbringen von Herrn Hesse, dadurch, dass Wedl & Hofmann den Lizenz- und Franchisenehmern vertraglich verschiedene Verpflichtungen in Bezug auf Werbung, Promotion und Marketing auferlegt habe, kämen die Franchise- oder Lizenzverträge bloßen Arbeitsverhältnissen bzw. Beziehungen des Unternehmens zu seinen Handelsvertretern gleich, in deren Rahmen eine Benutzung nicht als ernsthafte Benutzung im Sinne von Art. 15 der Verordnung Nr. 207/2009 eingestuft werden könne, vermag diese Beurteilung nicht in Frage zu stellen. Franchise- oder Lizenzverträge sind eine gängige Organisationsform im Geschäftsleben, die nicht als rein interne Nutzung angesehen werden kann. In einem Markt wie dem der Union ist es üblich, sich im Rahmen von geschäftlichen Handlungen an Fachleute der Branche, insbesondere an Wiederverkäufer, zu wenden, um für Waren wie die hier in Rede stehenden einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern. Daher kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Benutzung einer Marke, die durch an Fachleute der Branche gerichtete geschäftliche Handlungen nachgewiesen wird, als mit der wesentlichen Funktion der Marke im Einklang stehende Benutzung im Sinne der oben in Rn. 30 genannten Rechtsprechung angesehen werden kann (Urteil vom 7. Juli 2016, FRUIT, T-431/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:395, Rn. 50).
- 41 Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass die Beweismittel, insbesondere die Datentabellen, die die Mengen und den Verkaufswert der von 2009 bis 2015 vertriebenen Waren angeben, zeigen, dass auch an andere Unternehmen als Franchise- und Lizenznehmer Aufträge vergeben worden sind. Dies beweist, dass eine Benutzung der angegriffenen Marke öffentlich und nach außen – und nicht nur innerhalb des Unternehmens, das Inhaber der älteren Marke ist, oder innerhalb eines Netzes von Franchise- oder Lizenznehmern – stattgefunden hat.
- 42 Die Beschwerdekammer hat daher zu Recht festgestellt, dass die Voraussetzung, dass die Marke öffentlich und nach außen benutzt wurde, im vorliegenden Fall erfüllt ist.
- 43 Zweitens macht Herr Hesse geltend, dass die Lieferung der streitigen Waren der Klassen 21 und 25 durch Wedl & Hofmann keinen anderen geschäftlichen Zweck gehabt habe als die Förderung des Absatzes anderer von der angegriffenen Marke erfasster Waren oder Dienstleistungen, wie beispielsweise „Kaffee“ oder die Dienstleistung einer „Café-Bar“. Unter diesen Umständen trage die Anbringung der angegriffenen Marke auf diesen Waren nicht dazu bei, für sie einen Absatzmarkt zu erschließen oder sie im Interesse der Verbraucher von Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden, da diese Waren nicht mit anderen Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt im Wettbewerb stünden.
- 44 Das EUIPO und Wedl & Hofmann treten dem Vorbringen von Herrn Hesse entgegen.
- 45 Nach ständiger Rechtsprechung ist unter dem Begriff der ernsthaften Benutzung eine tatsächliche Benutzung zu verstehen, die der Hauptfunktion der Marke entspricht, dem Endverbraucher oder -nutzer die Ursprungsidentität einer Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem ihm ermöglicht

wird, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (Urteile vom 11. März 2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 35 und 36, und vom 9. Dezember 2008, Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, Rn. 13).

- 46 Insoweit ergibt sich aus diesem Begriff der ernsthaften Benutzung, dass der Schutz der Marke und die Wirkungen, die aufgrund ihrer Eintragung Dritten entgegengehalten werden können, nicht fortauern können, wenn die Marke ihren geschäftlichen Sinn und Zweck verliert, der darin besteht, dass für Waren oder Dienstleistungen, die mit dem die Marke bildenden Zeichen versehen sind, gegenüber Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen ein Absatzmarkt erschlossen oder gesichert wird (Urteile vom 11. März 2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, Rn. 37, und vom 9. Dezember 2008, Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, Rn. 14).
- 47 Für die Feststellung, ob die ernsthafte Benutzung nachgewiesen wurde oder nicht, ist daher zu prüfen, ob das Unternehmen mit der Benutzung seiner Marke darauf abzielt, gegenüber Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen einen Absatzmarkt für seine Waren oder Dienstleistungen in der Union zu erschließen oder zu sichern. Dies wäre nicht der Fall, wenn diese Waren oder Dienstleistungen nicht in Wettbewerb mit den auf dem Markt angebotenen Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen träten, d. h. wenn sie nicht im Handel vertrieben würden und auch nicht dazu bestimmt wären (Urteil vom 9. September 2011, Omnicare/HABM – Astellas Pharma [OMNICARE CLINICAL RESEARCH], T-289/09, nicht veröffentlicht, EU:T:2011:452, Rn. 68).
- 48 Im vorliegenden Fall werden die streitigen Waren der Klassen 21 und 25, obwohl nicht auszuschließen ist, dass sie letztlich mit dem Ziel angeboten werden könnten, die maßgeblichen Verkehrskreise zum Kauf des von Wedl & Hofmann verkauften „Kaffees“ zu bewegen, jedoch nicht vertrieben, um den Kauf anderer Waren wie beispielsweise „Kaffee“ zu belohnen oder den Verkauf dieser Waren zu fördern, da sich aus den von Wedl & Hofmann vorgelegten Beweisen, insbesondere den Werbeunterlagen, Franchisebroschüren und Verkaufslisten, ergibt, dass die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 mit Bestellnummern, Mengen und Verkaufswerten unabhängig vom „Kaffee“ separat ausgewiesen und angeboten werden, auch wenn diese Ware die hauptsächlich vermarktete Ware von Wedl & Hofmann ist. Diese Verkäufe stellen Benutzungshandlungen dar, die objektiv geeignet sind, für die fraglichen Waren einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern; das Handelsvolumen dieser Waren ist gemessen an der Dauer und der Häufigkeit der Benutzung nicht so gering, dass daraus zu folgern wäre, dass es sich um eine rein symbolische, geringfügige oder fiktive Benutzung handelt, die allein der Erhaltung des Rechts an der Marke dient. Folglich handelt es sich um selbständige Waren, die auf einen eigenen Absatzmarkt abzielen.
- 49 Außerdem ist festzustellen, dass die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 mit anderen ähnlichen Produkten auf dem Markt konkurrieren, insbesondere wenn sie von auf dem Kaffeemarkt tätigen Unternehmen geliefert werden, die auch Produkte wie „Pappbecher“, „Kaffeetassen“, „Gläser“ oder „Zuckersäckchen“ liefern können, um ihr Hauptprodukt, nämlich Kaffee, zu bewerben.
- 50 Wedl & Hofmann zielt mit einer solchen Benutzung ihrer Marke daher darauf ab, auf einem Markt, auf dem andere Unternehmen tätig sind, einen Absatzmarkt für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 zu erschließen oder zu sichern.
- 51 Die Beschwerdekammer hat somit zu Recht festgestellt, dass die von Wedl & Hofmann vorgelegten Benutzungsunterlagen für die angegriffene Marke belegten, dass die angegriffene Marke nicht rein intern für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 benutzt wurde, um den Verkauf anderer Waren von Wedl & Hofmann zu fördern.
- 52 Drittens macht Wedl & Hofmann im Wesentlichen geltend, den Nachweis der ernsthaften Benutzung für alle von der Eintragung der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen erbracht zu haben, und nicht nur für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25. Insoweit trägt sie vor, die

Beschwerdekammer hätte bei korrekter Würdigung der als Benutzungsnachweis vorgelegten Dokumente zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass ein ausreichender Benutzungsnachweis für alle oben in Rn. 3 aufgeführten Waren und Dienstleistungen erbracht worden sei.

- 53 Das EUIPO und Herr Hesse treten dem Vorbringen von Wedl & Hofmann entgegen.
- 54 Im vorliegenden Fall lassen die von Wedl & Hofmann vorgelegten Dokumente nicht die Feststellung zu, dass der Beschwerdekammer mit ihrer Beurteilung, dass keine ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für andere Waren und Dienstleistungen als die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 vorlag, ein Fehler unterlaufen wäre.
- 55 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Wedl & Hofmann, wie die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, nur ausreichende Informationen über Ort, Dauer und Umfang der Benutzung der angegriffenen Marke für die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 zur Verfügung gestellt hat, insbesondere in Form von Tabellen mit mehreren unterschiedlichen Angaben in Bezug auf das Datum, das Land, die Waren, die Preise und den Wert der Verkäufe. Darüber hinaus werden die in den Tabellen enthaltenen Informationen durch andere Beweise wie Fotos, Werbeanzeigen, eine Werbebroschüre und eine Franchisebroschüre untermauert. Hinsichtlich der übrigen Waren und Dienstleistungen hat Wedl & Hofmann keine Beweise dafür vorgelegt, dass diese im relevanten Zeitraum innerhalb der Union verkauft worden wären. Es oblag aber Wedl & Hofmann, die ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke nachzuweisen, d. h. eine Reihe von Beweisen vorzulegen, die nicht auf Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen beruhen, sondern auf konkreten und objektiven Gesichtspunkten, mit denen sie belegen kann, dass diese Marke tatsächlich und in ausreichendem Umfang auf dem betreffenden Markt benutzt wurde (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 23. September 2009, *acopat*, T-409/07, nicht veröffentlicht, EU:T:2009:354, Rn. 69 und 70).
- 56 Im Einzelnen ist erstens festzustellen, dass diesen Dokumenten weder Indizien noch Beweise für die ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für die Waren der Klassen 7, 11, 20 und 28 entnommen werden können. In dieser Hinsicht ist hervorzuheben, dass Wedl & Hofmann keine Rechnungen, Bestellungen, Verkaufszahlen, Zahlen zur Werbung oder sonstige Daten vorgelegt hat, die einen Hinweis auf den Marktanteil von Waren wie „Kaffeemühlen“ der Klasse 7, „Möbel“ der Klasse 20, „Spiele“ und „Spielzeug“ der Klasse 28, „Kaffeemaschinen“ und „elektrische Kochgeräte“ der Klasse 11 oder auch „Sportartikel“ in insbesondere der Klasse 28 geben, die unter der angegriffenen Marke vermarktet werden. Außerdem hat die Beschwerdekammer in Bezug auf die „Gymnastik- und Sportbekleidung“ der Klasse 25 in Rn. 66 der angefochtenen Entscheidung zu Recht ausgeführt, dass das Foto eines Fußballtrikots mit der angegriffenen Marke ohne zusätzliche Beweismittel für die Feststellung einer ernsthaften Benutzung für diese Waren nicht ausreichend sei.
- 57 Zweitens ist in Bezug auf die Waren der Klasse 34, d. h. „Rauchartikel“ und „Streichhölzer“, festzustellen, dass sich zwar in den von Wedl & Hofmann vorgelegten Verkaufsdatentabellen tatsächlich auch Daten zu Verkäufen von „Feuerzeugen“ und „Aschenbechern“ befinden, diese Verkäufe aber einen sehr geringen oder sogar fast bedeutungslosen Umfang gegenüber den Verkäufen anderer Waren wie beispielsweise „Kaffee“, „Hartpapierbecher“ oder „Kaffeetassen“ und „Kaffeegläser“ haben. Die Beweismittel lassen somit nicht erkennen, ob es sich um eine punktuelle Benutzung, eine über eine symbolische Benutzung hinausgehende oder eine für eine Berücksichtigung ausreichende Benutzung handelt.
- 58 Drittens ist auch in Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 38 festzustellen, dass der Benutzungsnachweis nicht erbracht worden ist. Es gibt nämlich kein Beweisstück, das belegen würde, dass Wedl & Hofmann Telekommunikationsdienstleistungen erbracht hat. Wie die Beschwerdekammer in Rn. 67 der angefochtenen Entscheidung zutreffend bemerkt, ist der Umstand allein, dass Wedl & Hofmann eine Servicenummer geschaltet hat, kein Beweis dafür, dass Wedl & Hofmann Telekommunikationsdienstleistungen unter der angegriffenen Marke erbracht hätte. Die bloße Bereitstellung einer Rufnummer oder Direktdurchwahl für Kunden stellt nämlich keine

autonome Dienstleistung dar, die gegen Entgelt für einen Dritten erbracht wird, und kann nicht als geeignet angesehen werden, einen Absatzmarkt zu schaffen, sondern nur als Hilfsdienst im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren, die tatsächlich vom Markeninhaber vertrieben werden. Ohne Rechnungen oder objektive Informationen zu den Umsätzen, die mit dem Angebot dieser Dienstleistungen gemacht wurden, und ohne nähere Angaben zu Datum, Umfang oder Qualität der erbrachten Leistungen lässt der oben in Rn. 34 erwähnte Wechsel von E-Mails alleine nicht den Schluss zu, dass die angegriffene Marke ernsthaft benutzt worden ist.

- 59 Zum Antrag von Herrn W. auf Anhörung genügt der Hinweis, dass dieser jedenfalls zurückzuweisen ist, da dem Gericht im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen eine sachgerechte Entscheidung auf der Grundlage der Anträge, der Klagegründe sowie der vorgebrachten Argumente möglich war.
- 60 Die Beschwerdekammer hat daher zu Recht das Fehlen einer ernsthaften Benutzung der angegriffenen Marke für andere Waren und Dienstleistungen als die streitigen Waren der Klassen 21 und 25 festgestellt.
- 61 Nach alledem ist in der Rechtssache T-910/16 der einzige Klagegrund von Herrn Hesse, mit dem er im Wesentlichen einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 geltend gemacht hat, zurückzuweisen. Die Klage in dieser Rechtssache ist daher abzuweisen.
- 62 Aus alledem ergibt sich ferner, dass in der Rechtssache T-911/16 der erste Klagegrund von Wedl & Hofmann, mit dem im Wesentlichen ein Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 geltend gemacht wird, ebenfalls zurückzuweisen ist.

#### ***Zum zweiten Klagegrund in der Rechtssache T-911/16: Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung***

- 63 Mit seinem zweiten Klagegrund macht Wedl & Hofmann geltend, dass es sehr viel schwieriger sei, die ernsthafte Benutzung einer Marke nachzuweisen, die einem kleinen Unternehmen, wie sie selbst es sei, gehöre. Die angefochtene Entscheidung verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, indem ihr ungerechtfertigt hohe Standards für Benutzungsnachweise auferlegt würden.
- 64 Das EUIPO und Herr Hesse treten den Argumenten von Wedl & Hofmann entgegen.
- 65 Nach ständiger Rechtsprechung verbietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, eine derartige Behandlung ist objektiv gerechtfertigt (Urteile vom 17. Juli 1997, National Farmers' Union u. a., C-354/95, EU:C:1997:379, Rn. 61, und vom 16. September 2004, Merida, C-400/02, EU:C:2004:537, Rn. 22).
- 66 Zudem ist die ernsthafte Benutzung zwar im Einzelfall zu beurteilen, doch besteht ihre Beurteilung nicht im Wesentlichen in der Berücksichtigung der erzielten Umsätze oder des Umfangs der Verkäufe im relevanten Zeitraum. Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 und Regel 22 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2868/95 zielen nämlich weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolgs noch auf eine Überprüfung der Geschäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf ab, den Markenschutz nur umfangreichen Verwertungen von Marken vorzubehalten (vgl. entsprechend Urteil vom 8. Juli 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, Rn. 36 bis 38).
- 67 Die Beschwerdekammer ist nach einer umfassenden Würdigung unter Berücksichtigung aller relevanten Fallumstände zu der Auffassung gelangt, dass die von Wedl & Hofmann vorgelegten Beweise nicht ausreichend waren, um die ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke für die Waren und Dienstleistungen der Klassen 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 und 38 mit Ausnahme der streitigen Waren der Klassen 21 und 25 nachzuweisen.

- 68 Die Beurteilung der Ernsthaftigkeit der Benutzung einer Marke kann auch deshalb nicht zu einer Ungleichbehandlung von kleinen und großen Unternehmen führen, weil diese Beurteilung auf sämtlichen Tatsachen und Umständen beruht, die die tatsächliche geschäftliche Verwertung der Marke belegen können, wozu insbesondere Verwendungen, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen werden, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu halten oder zu gewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke gehören (Urteil vom 8. Juli 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, Rn. 40).
- 69 Hieraus folgt, dass keine Ungleichbehandlung bei der Beurteilung der ernsthaften Benutzung einer Marke je nach der Größe des Inhaberunternehmens festgestellt werden kann, da die Ernsthaftigkeit der Benutzung unabhängig von der Größe des Unternehmens nach denselben, oben in Rn. 68 genannten objektiven Kriterien beurteilt wird.
- 70 Nach alledem ist in der Rechtssache T-911/16 der Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung geltend gemacht wird, zurückzuweisen. Da dieser Klagegrund sowie der Klagegrund, der sich im Wesentlichen auf einen Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 bezieht, zurückgewiesen wurden, ist die Klage in dieser Rechtssache insgesamt abzuweisen.

### **Kosten**

- 71 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen.
- 72 Da in der Rechtssache T-910/16 Herr Hesse unterlegen ist, sind ihm gemäß den Anträgen des EUIPO und von Wedl & Hofmann die Kosten aufzuerlegen.
- 73 Da in der Rechtssache T-911/16 Wedl & Hofmann unterlegen ist, sind ihr gemäß den Anträgen des EUIPO und Herrn Hesses die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Rechtssachen T-910/16 und T-911/16 werden zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.**
- 2. Die Klagen werden abgewiesen.**
- 3. In der Rechtssache T-910/16 trägt Herr Kurt Hesse die Kosten.**
- 4. In der Rechtssache T-911/16 trägt die Wedl & Hofmann GmbH die Kosten.**

Gratsias

Labucka

Ulloa Rubio

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 4. April 2019.

Der Kanzler  
E. Coulon

Der Präsident  
D. Gratsias