

2-06 O 035/20

Lt. Protokoll verkündet
am 04.11.2020

JAe

Als U.d.G.



**LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Wolfgang [REDACTED]

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

[REDACTED]

gegen

Beate Tschirch, Nerostraße 3, 65183 Wiesbaden,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Hajo Rauschhofer, Richard-
Wagner-Str. 1, 65193 Wiesbaden,

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 6. Zivilkammer – durch Vorsitzenden Richter am Landgericht K. Richterin am Landgericht B. und Richter

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.09.2020 **für Recht erkannt:**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Parteien streiten um markenrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz und Abmahnkostenerstattung.

Der Kläger ist Inhaber folgender beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragener Marken:



- Wortbildmarke , eingetragen im Register unter der Nr. 3 02 42516 am 12.11.2002 mit Schutz u.a. für

Durchführung von Aerobic- und Fitnessveranstaltungen sowie Veranstaltung und Durchführung von Workshops (Klassen 41, 44) (Anlage K 1a);

- Wortmarke „ENER - QI“, eingetragen im Register unter der Nr. 30 2014 026356 am 07.04.2014 mit Schutz u.a. für die Durchführung von Fitnesskursen und Durchführung von Workshops (Klasse 41) (Anlage K 1b), auf die die Klage primär gestützt wird;
- Wortmarke „Ener-Qi“, eingetragen im Register unter der Nr. 30 2015 064187 am 11.02.2016 mit Schutz u.a. für verschiedene Dienstleistungen der Klasse 44 (Anlage K 1c);
- Wortmarke „Ener-Chi“, eingetragen im Register unter der Nr. 30 2013 015188 am 28.02.2013 mit Schutz u.a. für Durchführung von Fitnesskursen der Klasse 41 (Anlage K 1d).

Auf die Anlagen K 1a bis K 1d wird Bezug genommen. Außerdem betreibt er die Internetseiten www.ener-chi.de, www.enerchi.de, www.ener-qi.de, www.enerqi.de.

Die Beklagte betreibt seit März 2019 ein Yogastudio mit 98 Quadratmetern und die Internetseite www.yogalover.de. Auf der Unterseite www.yogalover.de/enerqi-flow warb die Beklagte für einen Workshop am 01.09.2019 mit dem Titel „ENERQI FLOW“. Dort hieß es weiter:

„In diesem Workshop wirst du deiner eigenen Energie oder chinesisch Qi begegnen und Raum für neue Impulse schaffen. Verschiedene abgestimmte Mudras begleiten dich in allen Asanas und helfen dir auf diesem Weg dich in alle Richtungen auszudehnen, um deine kraftvolle EnerQi zu teilen. [...] Erfahre in diesem 2-stündigen Workshop eine Wiederverbindung zu Körper und Seele durch Bewegung und Atem, um am Ende in ein absolutes Wohlfühl und Klarheit einzutauchen.“

Der Titel der Seite lautete „yogalover | ENERQI FLOW“ und im Quelltext tauchte sowohl die Titel-Bezeichnung als auch die URL auf (Anlage K 8). Auf diese Veranstaltungsankündigung gelangte man u.a. durch Eingabe von „EnerQi“ bei Google (dort auf der Seite 5 der Suchergebnisse; Anlage K 2) bzw. bei Yahoo (Anlage K 4) und bei Bing (Anlage K 6). In der Zwischenzeit ist die Veranstaltung umbenannt worden und wird unter der Bezeichnung „ENERGIE FLOW“ bzw. „ENERGY FLOW“ beworben. Wegen der weiteren Gestaltung und den Einzelheiten wird auf die Anlagen K 2, K 3, K 4, K 6 und K 8 Bezug genommen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass sog. Metatags jedenfalls für die Suchmaschinenoptimierung keine oder keine große Rolle spielen.

Der Kläger ließ die Beklagte unter dem 19.07.2019 anwaltlich abmahnen, zur Abgabe einer Unterlassungserklärung und zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 4.700 € bis zum 26.07.2019 auffordern (Anlage K 9). Weiter wurde die Beklagte aufgefordert, anzuerkennen, den Kläger von allen Kosten der Rechtsverfolgung freizustellen. Die Beklagte gab anwaltlich vertreten unter dem 25.07.2019 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab (Anlage K 12).

Der Kläger behauptet, er biete seine Dienstleistungen unter der Marke über die seine oben genannten Internetseiten an. Seine Marken seien wegen intensiver Nutzung und Bewerbung auf dem Markt in der Gesundheits- und Fitnessszene als Marke geläufig. Mit Nichtwissen bestreitet er, dass die Beklagte keinen Kurs unter der Bezeichnung „ENERQI FLOW“ durchgeführt habe. Üblicherweise schließe der Kläger hinsichtlich seiner Marken Lizenzverträge mit einer Laufzeit von 20 Jahren und einer Gebühr von zwischen (netto) 2.750 € und 6.900 €, die von der Größe des Betriebs und vom Umfang der Nutzung abhängen; die durchschnittliche Lizenzgebühr liege bei 4.710 €. Von der durchschnittlichen Gebühr mache der Kläger lediglich 4.000 € geltend. Daneben werden Anwaltskosten in Höhe von 1.141,90 € (1,3-fache Geschäftsgebühr nebst Auslagenpauschale) geltend gemacht, die aus einem Gegenstandswert von 30.000 €

berechnet werden. Außerdem macht der Kläger weitere außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 230,10 € (0,65-fache Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 5.141,90 €) geltend.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 5.141,90 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit 26.07.2019 nebst weiterer € 230,10 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Abmahnung erfolge rechtsmissbräuchlich, weil sie lediglich dazu diene, Einnahmen zu generieren. Die Beklagte behauptet insoweit, der Prozessbevollmächtigte des Klägers wirke nach einer Abmahnung auf den Abschluss von Lizenzverträgen hin. Insoweit verweist die Beklagte auf eine E-Mail des Prozessbevollmächtigten des Klägers an Frau [REDACTED] vom 20.06.2016 (Anlage B2), wobei zwischen den Parteien streitig ist, wer zuerst den Abschluss eines Lizenzvertrages angeregt hat. Der geltend gemachte Lizenzschaden sei zu hoch, weil lediglich eine einmalige Veranstaltung der Beklagten streitgegenständlich sei.

Die Beklagte ist der Ansicht, eine Verwechslungsgefahr sei nicht gegeben, zumal die Marken des Klägers nur sehr geringe Unterscheidungskraft habe. Bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr seien die Marken des Klägers dem Ausdruck „ENERQI FLOW“ gegenüber zu stellen. Außerdem sei unter der Bezeichnung „ENERQI FLOW“ kein Kurs durchgeführt worden.

Im Übrigen macht die Beklagte die Nichtbenutzungseinrede geltend.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig aber unbegründet.

I.

Die Klage ist zulässig; insbesondere liegt kein Fall des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB vor.

Auch für markenrechtliche Ansprüche gilt das allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB. Die im Wettbewerbsrecht zur missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen entwickelten Rechtsgrundsätze im Rahmen von § 8 Abs. 4 S. 1 UWG, der im Markenrecht weder direkt noch analog anwendbar ist, beruhen gleichfalls auf dem Gedanken der unzulässigen Rechtsausübung. Ob die Erwägungen aus dem Wettbewerbsrecht außer für das Urheberrecht (BGH, Urt. v. 28.05.2020 – I ZR 129/19, GRUR 2020, 1087 Rn. 15 – Al Di Meola) auch für das Markenrecht fruchtbar gemacht werden können, bedarf keiner Entscheidung, weil jedenfalls ein Rechtsmissbrauch nicht angenommen werden kann.

Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (BGH, GRUR 2019, 966 Rn. 33 – Umwelthilfe). Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Antragstellers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH, GRUR 2019, 199 Rn. 21 – Abmahnaktion II). Ob überwiegend sachfremde Ziele geltend gemacht werden, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu prüfen.

Anders als bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen, in denen das eigene Interesse des Abmahnenden teilweise nicht besonders hoch ist, weil er lediglich mittelbar betroffen ist und es primär um Verbraucherinteressen geht (so insbesondere im Zusammenhang mit § 3a UWG), erfolgt die markenrechtliche Abmahnung zunächst stets im Interesse des Markeninhabers. Aus diesem Grund ist eine hohe Zahl an Abmahnungen aus derselben Marke für sich genommen noch kein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Anders wäre es nur dann, wenn der Abmahnende selbst kein wirtschaftliches Interesse hat und/oder der abmahnende Rechtsanwalt „in eigener Regie“ auf eigenes Risiko gerichtlich vorgeht (BGH, GRUR 2020, 1087 Rn. 25 – Al Di Meola). Dass der Kläger selbst kein wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung seiner Markenrechte hat, ist nicht ersichtlich.

Weiter kann ein Rechtsmissbrauch nicht mit dem Vortrag bejaht werden, dass nach ausgesprochener Abmahnung der Abgemahnte zum Abschluss eines Lizenzvertrages bewegt werde. Selbst wenn dies zuträfe, wäre der Abschluss eines Lizenzvertrages weiterhin eine freie Entscheidung des Abgemahnten, um das Zeichen, wegen dessen Verwendung die Abmahnung ausgesprochen wurde, weiter verwenden zu können (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 11.12.2018 – 11 U 88/17, juris, Rn. 39-42).

II.

Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat weder einen Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten nach §§ 677, 682 S. 1, 670 BGB noch einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 14 Abs. 6 MarkenG.

1. Es fehlt bereits an einer markenmäßigen Benutzung.

Der Inhaber einer Marke kann der Benutzung eines mit dieser Marke identischen und verwechslungsfähigen Zeichens nur widersprechen, wenn diese Benutzung eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann. Die Hauptfunktion der Marke ist die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung; weitere Funktionen sind insbesondere die Gewährleistung der Qualität dieser Ware oder Dienstleistung oder die

Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 29 f. – Portakabin/Primakabin). Keine markenmäßige Benutzung liegt hingegen vor, wenn das Zeichen nur zu rein beschreibenden Zwecken, also ausschließlich zur Kennzeichnung der besonderen Eigenschaften der von ihm angebotenen Waren verwendet wird, sodass ausgeschlossen ist, dass das benutzte Zeichen im Verkehr als Herkunftszeichen aufgefasst wird (EuGH, GRUR 2002, 692 Rn. 17 – Hölterhoff; EuGH, GRUR 2003, 55 Rn. 54 – Arsenal FC). Dabei ist zunächst die Auffassung des angesprochenen Verkehrskreises, also die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers – zu dem im Streitfall auch die Mitglieder der erkennenden Kammer gehören – der fraglichen Waren oder Dienstleistungen maßgeblich (BGH, GRUR 2019, 79 – Tork). Dass ein Zeichen vom angesprochenen Verkehr als Marke und damit als Herkunftshinweis erkannt wird, muss anhand der Umstände des Einzelfalls positiv festgestellt werden (BGH, GRUR 2019, 522 Rn. 41 – SAM).

Dass das Zeichen „ENERQI FLOW“ vom angesprochenen Verkehr als herkunftshinweisend erkannt wird, kann anhand der Gesamtumstände nicht festgestellt werden. Die Beklagte hat einen Workshop mit dem Titel „ENERQI FLOW“ angeboten. In die Gesamtumstände ist aber auch die Beschreibung des Workshops zu berücksichtigen. Darin heißt es u.a.: „In diesem Workshop wirst du deiner eigenen Energie, oder chinesisch Qi, begegnen [...]“ und weiter „Verschiedene abgestimmte Mudras begleiten dich [...], um deine kraftvolle EnerQi zu teilen“. Die durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher, die sich für Fitness- und Yoga-Kurse interessieren, werden nicht lediglich die Überschrift flüchtig wahrnehmen, sondern auch den Beschreibungstext mitleesen, aus dem sich ergibt, dass „Qi“ das chinesische Wort für „Energie“ ist. In der weiteren Beschreibung, die „kraftvolle EnerQi zu teilen“, wird der Verkehr ebenfalls erkennen, dass „EnerQi“ als Kunstwort für Energie verwendet wird. Damit wird „ENERQI FLOW“ vom angesprochenen Verkehr nicht als herkunftshinweisend, sondern als beschreibend erkannt.

Es liegt auch nicht deshalb eine markenmäßige Benutzung vor, weil die Beklagte das Zeichen „ENERQI FLOW“ bzw. „enerqi-flow“ im Quellcode ihrer Internetseite benutzt. Im Grundsatz wird es für die markenmäßige Benutzung als ausreichend angesehen, wenn ein Zeichen dazu benutzt wird, das Ergebnis des Auswahlverfahrens in der Trefferliste einer Internetsuchmaschine zu beeinflussen, um den Nutzer, der das Zeichen als Suchwort eingibt, zu der Internetseite des Verwenders zu führen (BGH, GRUR 2010, 835 Rn. 25 – POWER BALL, m.w.N.). Die Besonderheit liegt bei den sog. Metatags darin, dass diese für das Publikum in der Regel nicht sichtbar sind (BGH, GRUR 2007, 65 Rn. 16 – Impuls). Im Streitfall muss aber berücksichtigt werden, dass es zwischen den Parteien unstreitig ist, dass sog. Metatags bei der Suchmaschinenoptimierung keine oder jedenfalls keine große Rolle spielen. Insoweit ist die Metatag-Rechtsprechung überholt.

Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass die Benutzung im „Title-Tag“ relevant sei. Darin kann zwar im Grundsatz eine markenmäßige Benutzung liegen. Angaben im Title-Tag sind aber nicht solche Angaben, die für das Publikum unsichtbar sind. Aus diesem Grund müssen solche Angaben bei der Beurteilung der markenmäßigen Benutzung – wie sonst auch – daran gemessen werden, wie die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen ist. Dies führt dazu, dass etwa auch der aus der Trefferliste ersichtliche Text für die Frage, ob eine markenmäßige Benutzung vorliegt, berücksichtigt werden muss (OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2008, 292 – Sandra Escort).

Ausweislich des Kurztexes in der Suchmaschinenanzeige ist der oben zitierte erste Satz sichtbar: „In diesem Workshop wirst du deiner Energie oder chinesisch Qi...“. Damit wird das angesprochene Publikum diesen Ausdruck als beschreibend wahrnehmen (s.o.).

2. Im Übrigen fehlt es jedenfalls an der Verwechslungsgefahr.

Zwischen der Marken des Klägers und dem Zeichen „ENERQI FLOW“ besteht keine Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MarkenG.

Bei der Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sind alle Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Identität oder der Ähnlichkeit der Zeichen und der Identität oder Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, sodass ein geringer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH, GRUR 2019, 173 Rn. 17 – combit/Commit). Bei Zeichenidentität und normaler Kennzeichnungskraft der älteren Marke ist ein sehr weiter Abstand der zwischen den von den kollidierenden Marken erfassten Waren und Dienstleistungen erforderlich, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen (BGH, GRUR 2008, 714 Rn. 39 – idw).

Die Klagemarken weisen eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft auf. Die originäre Kennzeichnungskraft wird bestimmt durch die Eignung der Marke, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH, GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi/HABM; GRUR 2020, 870 Rn. 41 – INJEKT/INJEX, m.w.N.). Dabei ist auf die Eigenart der Marke in Klang, Bild und Bedeutung abzustellen (BGH, GRUR 2017, 75 Rn. 19 – Wunderbaum II). Liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die für eine hohe oder geringe Kennzeichnungskraft sprechen, ist von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft auszugehen (BGH, GRUR 2020, 870 Rn. 41 – INJEKT/INJEX, m.w.N.). Im Streitfall ist von einer erheblichen Schwächung der Kennzeichnungskraft auszugehen. Denn unstreitig ist „Qi“ oder „Chi“ die chinesische Bezeichnung für das Wort „Energie“. Die Klagemarken lehnen sich daher an eine beschreibende Angabe an, sodass – trotz grundsätzlicher Schutzfähigkeit – der Schutzzumfang der

Zeichen eng zu bemessen ist (BGH, GRUR 2008, 803 Rn. 22 – HEITEC, m.w.N.). Diese Schwächung gilt auch für die Wort-Bild-Marke. Gerade wegen der schwachen Kennzeichnungskraft genügt bereits der Zusatz „FLOW“, um aus dem Schutzbereich der Marke heraus zu kommen.

3. Auf die erhobene Nichtbenutzungseinrede kam es nicht mehr an.

III.

Dem Beklagten musste auf den nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 08.10.2020 kein rechtliches Gehör mehr gewährt werden, weil er nicht zu seinen Lasten berücksichtigt wurde. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagten boten ebenfalls keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, weil der dort enthaltene Vortrag bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden musste.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Kläger

Beklagter

Kinder

