

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Auf dem Abmahnradar: Werbung: Testsieger ohne Fundstellenangabe / e-Zigaretten ohne Altersverifikation / Werbung mit UVP / Grundpreise / Unklare Lieferfristen / Marke: Spinning

Nun ist das neue Gesetz gegen den Abmahnmissbrauch also da - und gefühlt gab es diese Woche weniger Abmahnungen. Und auch die Abmahnthemen haben sich leicht geändert: Die erste Woche ohne eine Abmahnung wegen der fehlenden Verlinkung auf die OS-Plattform. Abgemahnt wurde hingegen ua. die irreführende Werbung - wegen Nutzung der Begriffe "Testsieger" (ohne Fundstellenangaben) und "UVP". Oder aber der Verkauf von e-Zigaretten ohne Altersverifikation. Wir werden sehen, wie sich das weiterentwickelt. Im Urheberrecht ging es um das Anbieten von unlizenziierten Bildtonträgern auf eBay. Und im Markenrecht wurde der Begriff Spinning abgemahnt.

Vorweg ein Tipp für **Mandanten der IT-Recht Kanzlei** in Sachen Abmahnungen: Neben den klassischen Abmahnfällen finden Sie im Mandantenportal auch eine ausführliche Zusammenstellung über die **meistabgemahnten Begriffe** in unserem **internen Abmahnradar**. Sehen Sie hierzu zusammenfassend auch unseren **Abmahnradar 360°-Beitrag**.

Und ein weiterer Tipp: **Die IT-Recht Kanzlei hat den Radar auch mobil gemacht** - und informiert über eine eigene App mittels Push-Nachrichten über wichtige Abmahnthemen. So gibt's wirklich keine Ausreden mehr. Hier kann die **Abmahnradar-App** bezogen werden:

- **Abmahnradar - IOS**
- **Abmahnradar - Android**

Die Nutzung der App ist natürlich kostenlos.

Und nun die Abmahnungen der Woche:

Werbung: Testsieger ohne Fundstelle

Wer: Verein gegen Unwesen in Handel & Gewerbe Köln e.V.

Wieviel: 214,60 EUR

Wir dazu: Irreführende Werbung wird auch nach Inkrafttreten des Gesetzes gegen den Abmahnmissbrauch beliebtes Abmahnthema bleiben. Diesmal ging es um die Werbung mit dem Schlagwort "Testsieger" - ohne Angabe der Fundstelle. Damit ist der Verkehr nicht in der Lage die Angaben zu überprüfen. Es muss also klar die Fundstelle ersichtlich sein und es sollte sich um einen aktuellen Test handeln, d.h. es sollte kein neueres Prüfungsergebnis vorliegen.

Wir haben mal ein paar "Leitsätze" der Rechtsprechung der vergangenen Jahre in diesem Zusammenhang zusammengefasst:

- Verpflichtung zur Kenntlichmachung des Rangs des Testergebnisses
- Ein Testsieger muss auch tatsächlich ein Testsieger sein
- Bei Werbung mit "Testsieger" darf die Fundstelle nicht fehlen bzw. muss lesbar sein
- Einzelbewertung ungleich Gesamtbewertung
- Bewertung "gut" ohne Verweis auf Magazinausgabe abmahnbear
- Werbung mit 15 Jahre alten Testergebnis kann wettbewerbswidrig sein
- Testverfahren darf sich zwischenzeitlich nicht geändert haben
- Werbung mit überholtem Testergebnis unzulässig
- Lesbarkeit der Fundstellenangabe bei Werbung mit Testergebnissen - mindestens 6-Punkt-Schrift
- Auf den Inhalt kommt es an, nicht die Verpackung - selbst wenn dies Teil des Tests war
- Unzulässige Werbung mit Testsiegel, sollte sich das Siegel nicht auf ein baugleiches Gerät beziehen.

In diesem **Beitrag** finden Sie alles im Überblick.

Werbung mit (ggf. nicht existierender) UVP

Wer: Wetega UG

Wieviel: 326,31 EUR

Wir dazu: Diesmal eine Abmahnung im **Gewand einer Berechtigungsanfrage**. Warum das Schreiben als solche betitelt wurde vom Abmahner, ist nicht ganz klar. Ggf. ist dies Ausdruck der Unsicherheit in Abmahnkreisen in Bezug auf das neue Gesetz gegen den Abmahnmissbrauch. Was eine Berechtigungsanfrage ist? Es ist letztlich eine Anfrage, weil der Abmahner zwar ahnt, dass etwas rechtsverletzend ist, es aber nicht 100% nachweisen kann. Üblich ist sowas eigentlich im Bereich der Verletzung von gewerblichen Schutzrechten. Eine Kostenerstattung gibt es bei solchen Anfragen regelmäßig nicht.

Wie dem auch sei - um das ging's: Es wurde dem **Verkäuferpreis ein UVP-Preis gegenübergestellt**, die nicht mehr oder nicht in der Höhe zum Zeitpunkt der Werbung existierte. Die Werbung mit der Gegenüberstellung eigener Verkaufspreise mit einer unverbindlichen Preisempfehlung ist ein beliebtes Werbemittel, den der beste Preis verkauft. Und im Bereich "UVP-Werbung" lauern im Übrigen einige Fettnäpfchen, in die ein Händler tappen kann:

- Falsche Bezeichnung
- Die Berechnung und die Bezugsgröße
- Die Aktualität der Preisempfehlung

Was damit genau gemeint und was zu vermeiden ist, erfahren Sie **in diesem Beitrag**.

Tipp zum Thema Preiswerbung: Die IT-Recht Kanzlei hat **über 30 Preiswerbungsschlagwörter zusammengetragen** und schafft einen guten Überblick zu den Fallen der Preiswerbung.

Sollte der Vorwurf zutreffen, dann haben Sie bei einer Berechtigungsanfrage die Möglichkeit eine vorbeugende Unterlassungserklärung abzugeben - um so die Kosten einer folgenden Abmahnung zu umgehen. Hierzu sollten Sie sich aber dringend anwaltlich beraten lassen, denn so eine Unterlassungserklärung kann schnell auf einen zurückkommen - in Form eine Vertragsstrafe.

e-Zigaretten: Verkauf ohne Altersverifikation

Wer: PB-ViGoods GmbH

Wieviel: 1.324,60 EUR

Wir dazu: Hier ging es um **die Altersverifikation beim Verkauf von e-Zigaretten**: Offensichtlich wurde diese Ware ohne entsprechende Altersverifikation versendet. Vorwurf dann: Verstoß gegen das Jugendschutzgesetz.

Das betrifft grds. nicht nur die e-Zigaretten: Etwa auch im Falle des Verkaufs von Alkohol ist die Verwendung eines (tauglichen) Altersverifikationssystems zwingend vorgeschrieben.

Tipp: Lesen Sie bitte zu dieser Problemstellung [diesen ausführlichen Beitrag](#).

IDO: Fehlende Grundpreise / Unklare Lieferfristen / Haftungsausschluss

Wer: IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V.

Wieviel: 195,00 EUR

Wir dazu: DER Abmahnverein schlechthin - daran hat sich auch 2020 wenig geändert. Und auch nach **Inkrafttreten des neuen Gesetzes gegen den Abmahnmissbrauch** konnten wir keine deutliche Veränderung spüren. Das war auch nicht wirklich zu erwarten: Denn Abmahnvereine sind derzeit noch befugt Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten abzumahnen.

Wie dem auch sei - diese Woche ging es um:

Fehlende Grundpreise: Diesmal ging es um die Grundpreise bei Verkauf von Fertigpackungen nach Volumen und Gewicht und die fehlerhafte Darstellung auf Google Shopping. Natürlich gelten auch auf diesem Vertriebskanal die gesetzlichen Regelungen zur Grundpreisangabe. Gerne nochmal unsere Tipps zum Thema Grundpreise:

1. Wenn Sie Waren nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche verkaufen, dann müssen Sie Grundpreise angeben. Auch bspw. beim Verkauf von Abdeckplanen, Sicherheits- und Fangnetze, Luftpolsterfolie, Klebebänder bzw. Klebebandrollen müssen Grundpreise angegeben werden.
2. Der Endpreis und der Grundpreis eines Produkts müssen auf einen Blick wahrgenommen werden können. Das gilt selbstverständlich auch für "Cross-Selling-Produkte", "Produkte des Monats" etc., die häufig auf der Startseite von Online-Shops beworben werden.
3. Auch bei "Google-Shopping" und anderen Online-Preissuchmaschinen und/oder -Produktsuchmaschinen müssen grundpreispflichtige Produkte zwingend mit einem Grundpreis versehen sein.
4. Auch bei Waren-Sets bzw. Produktkombination (sog. Bundles) sind Grundpreisangabe notwendig, wenn der Wert der unterschiedlichen Produkte nicht annähernd gleichwertig ist (Wertverhältnis von Hauptware zur kombinierten Ware beträgt 90%:10% oder mehr). Entscheidend ist, ob die zur Hauptware zusätzlich gelieferte Ware vom Verbraucher als unerhebliche Zugabe angesehen wird.
5. Zu beachten ist letztlich auch, dass bei festen Lebensmitteln in Aufgussflüssigkeiten (z.B. Obst oder Gemüse in Konserven oder Gläsern), die neben der Gesamtfüllmenge auch das Abtropfgewicht ausweisen, der Grundpreis auf das jeweilige Abtropfgewicht zu beziehen ist.

Allgemeine Informationen zum Thema Grundpreis finden Sie [hier](#).

Abmahnfalle Preisangabenverordnung: Grundpreis, Umsatzsteuer, Versandkosten - alles Angaben, die die Preisangabenverordnung vorschreibt und regelt. Und dies ist leider immer noch Gegenstand zahlreicher Abmahnungen. Wir haben in diesem [Beitrag](#) exklusiv für unsere Mandanten die klassischen Fälle diesbzgl. zusammengefasst. Ganz aktuell auch unser Beitrag zu diesem Problem beim [Verkauf auf Amazon](#).

Unklare Lieferfristen:

"In der Regelzeit beträgt die Lieferzeit etwa 1-3 Werktage, wenn am Produkt nichts anders angegeben"

Der Kunde kann hier nicht die Lieferzeit berechnen, was aber gesetzlich vorgeschrieben ist.

Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Wir haben einen **Leitfaden** zum rechtskonformen Umgang mit Lieferzeiten zur Verfügung gestellt.

Haftungsausschluss: Diese Klausel verwenden leider immer noch viele Händler:

"Die Inhalte unserer Seiten wurden mit größter Sorgfalt erstellt. Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Inhalte können wir jedoch keine Gewähr übernehmen"

Eine solche Regelung stellt einen unzulässigen Haftungsausschluss dar - und ohnehin ist dieser oftmals im Impressum zu findende Satz falsch verortet.

Entwarnung für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Sofern Sie den **Pflegeservice für Rechtstexte** nutzen, sind Ihre AGB und Widerrufsbelehrung immer auf dem aktuellen Stand und es hätten einige der abgemahnten Punkte, zumindest in puncto Rechtstexte vermieden werden können. Wer zudem Abmahnungen, die außerhalb der "Fehlerquelle Rechtstexte" liegen, vermeiden will, der kann mit dem **unlimited-Paket + Intensivprüfung** einen Rund-um-Schutz für seine Präsenz buchen.

Urheberrecht: Rechtswidrige Bildtonträger

Wer: Philip Collins Ltd.

Wieviel: 865,00 EUR zzgl. Schadensersatz

Wir dazu: Hier ging es um den Verkauf von DVD-Bildtonträgern, die niemals vom Rechteinhaber so auf den Markt gebracht wurden - den klassischen bootslegs sozusagen. Meist stöbern die Rechteinhaber bzw. deren Vertreter Plattformen wie eBay wegen solcher Angebote durch. Die Verteidigungsmöglichkeiten sind dann oft sehr beschränkt, sofern der Anbieter nicht beweisen kann, dass es sich eben doch um lizenzierte Ware handelt.

Marke: Benutzung der Marke "Spinning"

Wer: Mad Dogg Athletics Inc.

Wieviel: 1.973,90 EUR

Wir dazu: Spinning, Crossfit, Tempo-Taschentuch, Labello, O.B. - in anderen Worten: Wenn aus einer Marke ein Produkt wird. In vorliegendem Fall ging es um den Begriff Spinning, eingetragene Marke für ein Fitnessfahrrad. Dies aber eben auch gerne als Gattungsbegriff verwendet für derartige Räder. Wann immer Marken zu einem generischen Begriff werden, heißt das nicht, dass eine Nutzung durch Dritte zulässig ist. Nur sofern dem Markeninhaber vorzuwerfen ist, er hätte sich dieser Entwicklung nicht entgegengestellt, kann ggf. argumentiert werden, dass der Begriff frei verfügbar ist. Mahnt der Rechteinhaber, wie auch hier, ab, dann ist das eher kein gutes Verteidigungsargument.

Ansonsten gilt: Markenabmahnungen sind wegen den gängigen hohen Streitwerten (hier: 100.000 EUR, oft noch viel mehr) meist teuer - hier muss immer auch nach Verletzungsumfang der Einzelfall entscheiden.

Tipp für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei: In unserer **Blacklist** führen wir die in letzter Zeit am häufigsten abgemahnten Markenbegriffe auf und geben damit einen guten Überblick über die no-go-Zeichen - zudem weisen wir in **diesem Beitrag** auf die klassischen Markenfallen hin.

Nachfolgend finden Sie nochmal die Antworten zu den die gängigsten Fragen im Zusammenhang mit Markenabmahnungen:

1. Wieso wurde gerade ich abgemahnt?

Viele Markeninhaber überwachen Ihre Marken oder lassen dies durch einen Dienstleister erledigen. Meldet dann ein Dritter diese Marke bei den Markenämtern an oder nutzt diese Marke off- oder online, ohne hierzu berechtigt zu sein, schlägt die Überwachungssoftware Alarm und meldet die angebliche Rechtsverletzung. Natürlich kann das ein oder andere Mal auch ein ungeliebter Mitbewerber dahinter stecken, der den Verstoß gemeldet hat oder der Markeninhaber hatte den Abgemahnten aufgrund einer bisher bestehenden aber gescheiterten Geschäftsbeziehung ohnehin auf dem Schirm - wie dem auch sei: Marken werden eingetragen, um überwacht zu werden.

2. Was ist eine Abmahnung?

Genau genommen ist die Abmahnung ein Geschenk an den Abgemahnten: Denn das Institut der Abmahnung ermöglicht es dem Verletzer ohne eine gerichtliche Entscheidung eine Rechtsstreit beizulegen - der Abmahner gibt dem Verletzer also die Chance auf eine außergerichtliche Erledigung - das spart Kosten. Aber natürlich ist eine Abmahnung erstmal ein Hammer: Finanziell gesehen und auch tatsächlich, da es einen deutlichen Eingriff in die Geschäfte des Abgemahnten darstellt. Und doch ist die Abmahnung, sofern Sie berechtigterweise und nicht rechtsmissbräuchlich eingesetzt wird, grds. eine Chance.

3. Was wollen die jetzt genau von mir?

In einer markenrechtlichen Abmahnung werden in der Regel immer die gleichen Ansprüche geltend gemacht:

- Beseitigungsanspruch
- Unterlassungsanspruch
- Auskunftsanspruch
- Schadensersatzanspruch
- Vernichtungsanspruch
- Kostenerstattungsanspruch

Liegt tatsächlich eine Rechtsverletzung vor, sind grds. alle Ansprüche zu bejahen - liegt keine Verletzung vor, folgt konsequenterweise die Zurückweisung aller (!) Ansprüche.

4. Was bedeutet dieser Unterlassungsanspruch für mich?

Sofern Sie unberechtigterweise einen geschützten Markennamen verwendet haben, dann hat der Markeninhaber (oder ein Berechtigter) einen Unterlassungsanspruch gegen Sie gem. § 14 Abs. 5 MarkenG. D.h. dass der Markeninhaber verlangen kann, dass die Rechtsverletzung zukünftig zu unterlassen ist. Um sich abzusichern und sich der Ernsthaftigkeit Ihrer Erklärung hierzu sicher zu sein, wird eine Vertragsstrafe in der Unterlassungserklärung festgesetzt. Allein die Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung lässt den Unterlassungsanspruch entfallen - für den Abgemahnten bedeutet das: Er hat die Chance, dass durch die Abgabe der Erklärung der Unterlassungsanspruch ausgeräumt wird und eine gerichtliche Durchsetzung hierüber somit vermieden werden kann.

5. Sollte die beigelegte Unterlassungserklärung abgegeben werden?

Wie dargestellt ist die Abgabe der Unterlassungserklärung die Chance, eine gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruches zu vermeiden - da diese Erklärung aber bei Annahme durch die Gegenseite zu einem rechtsverbindlichen Vertrag führt, ist genau darauf zu achten, was in dieser Erklärung steht:

Die vom gegnerischen Anwalt vorformulierte Erklärung ist denknotwendig im Interesse des Markeninhabers formuliert und entsprechend weit gefasst - daher ist meist eine Überarbeitung (Modifizierung) dieses Entwurfes anzuraten, damit die Erklärung so formuliert ist, dass Sie den Ansprüchen des Markeninhabers genügt und gleichzeitig aber auch den Verletzer möglichst wenig belastet. Wie auch immer. In keinem Fall sollte gegen den Unterlassungsvertrag zukünftig verstoßen werden, da ansonsten einen nicht unerhebliche Vertragsstrafe droht.

6. Was kostet das jetzt?

Markenabmahnungen sind teuer - so der Volksmund. Und das stimmt auch - gerade im Markenrecht: Wer eine Markenverletzung begeht, veranlasst den verletzten Markeninhaber dazu, zum Anwalt zu gehen, damit dieser eine Abmahnung erstellt - der Anwalt kann und wird dafür ein Honorar verlangen. Da die Verursachung dieser Beauftragung in der Markenrechtsverletzung zu sehen ist, hat der Markeninhaber nach ständiger Rechtsprechung einen Kostenerstattungsanspruch. Zudem hat der Markeninhaber wegen der Verletzung seiner Marke auch einen Schadensersatzanspruch - der Abgemahnte wird also in zweifacher Hinsicht zur Kasse gebeten

Und wie berechnen sich die Zahlungsansprüche?

Die Höhe des Kostenerstattungsanspruches richtet sich nach dem der Abmahnung zugrundegelegten Gegenstandswert - dieser ist nach § 3 ZPO vom Gericht zu bestimmen. Dabei soll maßgeblich für die Höhe dieses Wertes das Interesse des Abmahnenden an der Verfolgung der Verletzungshandlung sein.

Dieses wirtschaftliche Interesse an der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen wegen

Markenrechtsverletzungen wird durch zwei Faktoren bestimmt:

Zum einen durch den wirtschaftlichen Wert der verletzten Marke und zum anderen durch das Ausmaß und die Gefährlichkeit der Verletzungshandlung (so genannter "Angriffsfaktor"). Im Markenrecht hat sich in der Rechtsprechung ein sog. Regelstreitwert von 50.000 EUR durchgesetzt - der aber natürlich im Einzelfall über - oder unterschritten werden kann. So ist etwa auf die Dauer und Intensität der verletzten Marke, die erzielten Umsätze, den Bekanntheitsgrad und den Ruf der Marke abzustellen und für jeden Einzelfall eine gesonderte Bewertung vorzunehmen.

Für den Schadensersatzanspruch an sich gibt es nach Wahl des Verletzten 3 Berechnungsarten:

- es ist der Gewinn, der dem Verletzer infolge der Markenverletzung entgangen ist, zu ersetzen oder
- es ist der durch den Verletzer erzielten Gewinn herauszugeben (so genannter Gewinnabschöpfungsanspruch) oder
- es kann eine angemessene Lizenzgebühr (so genannter Schadenersatz im Wege der Lizenzanalogie) vom Verletzer verlangt werden.

7. Und wieso muss ich Auskunft erteilen?

Im Verletzungsfall hat der Rechteinhaber gem. § 19 MarkenG einen Auskunftsanspruch - dieser dient vornehmlich dafür den Schadensersatz berechnen zu können. Denn der Rechteinhaber hat ja keine Kenntnis vom Umfang der Verletzungshandlung. Die Auskunft muss dabei wahrheitsgemäß und umfänglich erteilt werden - gelegentlich wird auch ein Rechnungslegungsanspruch geltend gemacht - in diesem Fall sind sämtliche Belege, die mit der Verletzungshandlung im Zusammenhang stehen, vorzulegen.

8. Und der Vernichtungsanspruch?

Auch der besteht - gem. § 18 MarkenG. Ein solcher spielt meist in den Plagiatsfällen eine große Rolle - hier hat der Markeninhaber ein Interesse daran, das die Plagiatsware ein für alle Mal vom Markt verschwindet und vernichtet wird. Das kann entweder selbst beauftragt werden oder die Ware wird dem Markeninhaber zur Vernichtung ausgehändigt.

9. Und wieso ist bei Markenabmahnungen oft ein Patentanwalt im Spiel?

Bei vielen markenrechtlichen Abmahnungen wird ein Patentanwalt hinzugezogen. Das hat für den Abgemahnten einen entscheidenden Nachteil:

Neben den Rechtsanwaltskosten sind dann regelmäßig auch die Kosten für die Einschaltung des Patentanwaltes zu erstatten - das verdoppelt die Kostenlast. Diese Praxis ist in der Rechtsprechung mittlerweile stark umstritten. Es gibt Gerichte, die eine Hinzuziehung eines Patentanwaltes bei einfachen Markenverstößen für nicht erforderlich halten und damit den Erstattungsanspruch ablehnen. Der BGH (Urteil vom 10.05.2012, Az.: I ZR 70/11) hatte zuletzt hierzu ausgeführt:

"Aus dem Umstand, dass es in einem konkreten Fall erforderlich ist, einen Rechtsanwalt mit der Abmahnung einer Kennzeichenverletzung zu betrauen, folgt nicht, dass es notwendig ist, daneben auch noch einen Patentanwalt mit dieser Abmahnung zu beauftragen. Ist ein Rechtsanwalt nach seinen kennzeichenrechtlichen Fähigkeiten allein dazu im Stande, den Fall rechtlich zu beurteilen und den Verletzer abzumahnern, ist es nicht nötig, zusätzlich noch einen Patentanwalt einzuschalten. Es bedarf daher grundsätzlich einer gesonderten Prüfung, ob es notwendig war, zur außergerichtlichen Verfolgung einer Markenverletzung neben einem Rechtsanwalt auch noch einen Patentanwalt zu beauftragen."

Es sollte also genau geprüft werden, ob die Einschaltung eines Patentanwaltes erforderlich war.

Autor:

RA Felix Barth

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz