

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

## Abmahnradar: Desinfektionsmittel für Kinder / E-Zigaretten / Aufrechnungsklausel

Desinfektionsmittel waren bereits mehrfach Gegenstand von Abmahnungen. Diesmal ging es um ein Mittel für Kinder. Zunehmend ist auch die Anzahl der Abmahnungen im Bereich gesundheitsbezogene Werbung - auch diese Woche wurde wieder wegen der Wirkung von Bockshornkleesamen abgemahnt.

Vorweg ein Tipp für **Mandanten der IT-Recht Kanzlei** in Sachen Abmahnungen: Sie finden im Mandantenportal eine ausführliche Zusammenstellung über die [meistabgemahnten Begriffe in der Werbung](#) und die [Abmahnklassiker](#) an sich.

Und wie immer ein weiterer Tipp in eigener Sache: **Die IT-Recht Kanzlei hat den Radar mobil gemacht** - und informiert schon seit einiger Zeit 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:

### Desinfektionsmittel für Kinder: Verpackung und unzulässige Werbung

**Wer:** Wettbewerbszentrale

**Wieviel:** 350,00 EUR

**Wir dazu:** Die Biozid-Abmahnungen sind nicht ganz neu: [Zuletzt](#) wurde in diesem Zusammenhang die irreführende Werbung mit dem Schlagwort "**antibakteriell**" abgemahnt.

Nun ging es hier um ein **Desinfektionsmittel (Desifix Kids)** und zunächst um dessen **Verpackung**: Das Produkt war nach Aufmachung und Verpackung klar an Kinder adressiert - es gibt eine EU-Verordnung (1272/2008), die besagt, dass Verpackungen eines gefährlichen Stoffe oder Gemisches (und dazu zähle das Desinfektionsmittel) weder eine Form noch ein Design aufweisen darf, das die Neugier von Kindern wecke.

Zudem wurde die **Werbung** moniert: Es ging dabei um Werbung, die sich ausdrücklich **an Kinder richtete** (u.a. Desinfektion von Schulranzen). Dies sei ein Verstoß gegen die **Biozidverordnung**. Denn diese Verordnung verbiete Werbung, die hinsichtlich des Risikos von Produkten irreführend ist. In der

abgemahnten Werbung sei genau dies der Fall: Es werde der Eindruck erweckt, dass es sich um ein harmloses Produkt handele und dies für Kinder geeignet sei – ohne, dass dies konkret so erwähnt wurde.

Auch wenn hier ggf. eine andere Meinung zulässig sein könnte, wird klar: Wenn Werbung sich an Kinder richtet, ist immer ein besonders strenger Maßstab anzulegen.

**Tipp:** In [diesem Beitrag](#) erfahren Sie mehr zur Werbung bei Biozid-Produkten.

## Gesundheitsbezogene Angaben I: Wirkung von Bockshornkleesamen"

**Wer:** Verband Sozialer Wettbewerb e.V.

**Wieviel:** 238,00 EUR

**Wir dazu:** Abgemahnt wurde ein Angebot von BIO Bockshornkleesamen - welches beworben wurde mit positiven Auswirkungen auf das Verdauungssystem, den Stoffwechsel und die Blutfettwerte. Damit handelt es sich also um gesundheitsbezogene Angaben iSd. Lebensmittel-GesundheitsangabenVO(LGVO/Health-Claims-VO).

Die hier einschlägige sog. Health-Claims-Verordnung (Verordnung (EG) Nr.1924/2006) verfolgt zwei Ziele:

- Zum einen soll ein hohes Schutzniveau für den Verbraucher gewährleistet werden, was heißen soll, dass in Zukunft »Gesundheitsversprechen« nur noch dann zulässig sind, wenn sie auch eingehalten werden.
- Zum anderen soll eine europaweit einheitliche Regelung den freien Warenverkehr gewährleisten, indem gleiche Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden. Damit stellt die Verordnung umgekehrt aber auch Rechtssicherheit für die Unternehmen her.

Für gesundheitsbezogene Angaben gilt gemäß Artikel 10 Abs. 1 der Health-Claims-Verordnung das so genannte **„Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt“**: Artikel 10 Abs. 1 der Health-Claims-Verordnung schreibt das Folgende vor:

“

*"(1) Gesundheitsbezogene Angaben sind verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II und den speziellen Anforderungen im vorliegenden Kapitel entsprechen, gemäß dieser Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 aufgenommen sind."*

”

Gesundheitsbezogene Angaben sind also grundsätzlich verboten, sofern sie nicht

- den in Art. 3 bis 7 der Verordnung geregelten allgemeinen Grundsätzen und
- den in Art. 10 bis 19 der Verordnung festgelegten speziellen Anforderungen an gesundheitsbezogene Angaben entsprechen,

- gemäß der Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Art. 13 und 14 der Verordnung aufgenommen sind.

Exkurs: Und hier einige weitere Beispiele für Werbung, die von den Gerichten bereits als gesundheitsbezogen eingestuft wurden und mit Vorsicht zu genießen sind:

- "Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora"
- "Unterstützung des Kindes von innen heraus durch Vermehrung guter Darmbakterien"
- Aussagen, dass bestimmte Nahrungsergänzungsmittel geeignet seien, dem Verwender zu einer mühelosen Raucherentwöhnung zu verhelfen
- Bezeichnung wie „bekömmlich“, verbunden mit dem Hinweis auf einen reduzierten Gehalt an Stoffen, die von einer Vielzahl von Verbrauchern als nachteilig angesehen werden.
- "Granatapfelpulver hilft bei der Regeneration der Haut und ist ein hochwirksames Antioxidans, welches Umweltgifte bindet, die die Hautalterung antreiben."
- „Mit probiotischen Kulturen“
- "Produkt X: Empfehlenswert für schöne Haut und Haare und zudem gut für Zähne und Knochen"
- "Stärkt die Blasen- und die Prostatafunktion" / "Durch diese Nährstoffkombination stärken Sie die Blasenmuskulatur, deren Funktionsfähigkeit für die geregelte Entleerung der Blase von entscheidender Bedeutung ist" / "Beim Mann unterstützen die Vitalstoffe des Kürbissamens zusätzlich die Gesunderhaltung der Prostatafunktion"
- Werbung für Kindermilch: "Unterstützung des Kindes von innen heraus durch Vermehrung guter Darmbakterie"
- „Erhalt der kognitiven Funktion“
- „Fitness für die grauen Zellen"
- "Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“
- "Die X enthalten ... Echinacea und Holunderblüten, die dafür bekannt sind, die natürlichen Abwehrkräfte unterstützen zu können"
- Produkt X "hält fit im Alter und beugt vorzeitigem Altern vor"

**Hinweis:** Weiterführende Informationen zum Thema Health-Claims können Sie in unserem [Großbeitrag zur Health-Claims-Verordnung](#) nachlesen!

## Gesundheitsbezogene Angaben II: Werbung mit "bekömmlich"

**Wer:** Verband Sozialer Wettbewerb e.V.

**Wieviel:** 238,00 EUR

**Wir dazu:** Und nochmal gesundheitsbezogene Angaben – und gleicher Abmahner, aber anderes Thema: Es ging auch diese Woche um das beliebte Schlagwort "bekömmlich" (diesmal u.a. für Alkohol). Das Problem ist bisher bekannt aus dem Bereich [Kaffeewerbung](#). Die Grundsätze gelten aber natürlich für den gesamten Nahrungsmittelbereich. Wer hier versucht mit Wirkweisen zu werben, der steht schon mit einem Bein in der Abmahnung – **zumindest wenn der wissenschaftliche Beleg fehlt und damit irreführend geworben wird**, weil eine Wirksamkeit vorgetäuscht wird.

## E-Zigaretten: Verkauf ohne Altersverifikation

**Wer:** David Froitzheim

**Wieviel:** 1.375,88 EUR

**Wir dazu:** Ein Online-Händler vertrieb über seinen Online-Shop E-Zigaretten und Teile von E-Zigaretten. Durch einen Testkauf stellte ein Mitbewerber fest, dass der Händler diese Waren ohne Altersverifikation verkaufte und verschickte. Aufgrund dessen mahnte der Mitbewerber den Online-Händler ab. Der Verkauf von Tabakwaren, E-Zigaretten, E-Shishas und Liquids ist streng reglementiert, um Kinder und Jugendliche vor den Gefahren des Konsums dieser Waren zu schützen. Nach § 10 Abs. 3 JuSchG dürfen **Tabakwaren und andere nikotinhaltige Erzeugnisse und deren Behältnisse** Kindern und Jugendlichen weder **im Versandhandel angeboten** noch an Kinder und Jugendliche im Wege des Versandhandels **abgegeben** werden.

Mehr zu dieser Problematik erfahren Sie in [diesem ausführlichen Beitrag](#).

## Verpackungsgesetz: Fehlende Registrierung

**Wer:** Sachse Vertriebs GbR

**Wieviel:** 280,60 EUR

**Wir dazu:** Ein Dauerbrenner. Wie in den vergangenen Wochen wird weiterhin vermehrt der **Verstoß gegen die Registrierungspflicht des Verpackungsgesetzes** abgemahnt - dabei geht es immer um die gleiche Abmahnkanzlei (Rechtsanwalt Sandhage) und immer unterschiedliche Abmahner (Wetega UG, Juwelier Chronotage GmbH). Ein neuer [Abmahntrend](#) jedenfalls. Wobei Abmahnung hier evtl. das falsche Wort ist:

Der abmahnende Rechtsanwalt Sandhage fordert nicht direkt eine Unterlassungserklärung, sondern nur den Nachweis der Registrierung, der wohl auch nachträglich erfolgen kann. Gleichwohl wird eine Kostenerstattung geltend gemacht. Alles in allem weder Fisch noch Fleisch und vermutlich darauf

zurückzuführen, dass das neue Gesetz gegen den Abmahnmissbrauch die Anforderungen und Sanktionen bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen deutlich verschärft hat. Abmahnung hin - Abmahnung her - der Vorwurf an sich ist Ernst zu nehmen.

Rückblick: Schon seit dem 01.01.2019 schon gilt das "neue" Verpackungsgesetz. Offensichtlich ist ein Großteil der Onlinehändler den neuen Pflichten, va. der **Registrierungspflicht**, aber bislang noch nicht nachgekommen.

Tipps für die Umsetzung der Vorschriften des Verpackungsgesetzes in Sachen Registrierung finden Sie in diesem aktuellen [Beitrag](#). Mehr zum Thema Verpackungsgesetz ganz Allgemein gibt's in diesem ausführlichen [Leitfaden](#).

**Übrigens:** Das Verpackungsgesetz wird ab Juli novelliert - Infos zu den ersten Änderungen finden Sie in [diesem ausführlichen Beitrag](#).

**Tipps für Mandanten der IT-Recht Kanzlei:** Wer bereits lizenzierte Verpackung verwendet, sollte sich absichern - [hier](#) finden Sie ein Muster für eine entsprechende Vereinbarung.

## IDO: Fehlende Verlinkung auf OS-Plattform / Fehlende Angaben zur Vertragstextspeicherung / Aufrechnungsklausel / Unklare Lieferzeiten / Fehlende Textilkennzeichnung

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

**Wieviel:** 232,05 EUR

**Wir dazu:** DER Abmahnverein schlechthin – wir sind gespannt, ob sich das nach Umsetzung der Schonfrist des neuen Gesetzes gegen den Abmahnmissbrauch Ende des Jahres ändern wird. Bereits jetzt bläst diesem Verein wegen der zahlreichen Gerichtsentscheidungen in Sachen Rechtsmissbrauch ein kalter Wind ins Gesicht. In diesem Zusammenhang und in Sachen Vertragsstrafe bei bereits abgegebenen Unterlassungserklärungen weisen wir gerne auf [diesen Beitrag](#) hin.

**Und Übrigens:** Derzeit sehr beliebt beim IDO: der [Ordnungsmittelantrag](#). Und doch wird abgemahnt ohne Ende, gerade in dieser Woche...

Diese Woche ging es um:

Die **fehlende Verlinkung auf die OS-Plattform:**

Online-Händler müssen ja schon seit dem 09.01.2016 auf die **EU-Plattform zur Online-Streitbeilegung verlinken**. Daher unser Tipp: Stellen Sie nachfolgenden Text mitsamt **anklickbarem Link** auf die OS-Plattform direkt unterhalb Ihrer Impressumsangaben dar (ohne die Anführungszeichen):

„Plattform der EU-Kommission zur Online-Streitbeilegung: [www.ec.europa.eu/consumers/odr](http://www.ec.europa.eu/consumers/odr)“

Nach gängiger Rechtsprechung muss der Teil der Information "www.ec.europa.eu/consumers/odr" als

**anklickbarer Hyperlink** ausgestaltet sein. Eine bloße Verweisung unter Nennung der URL der OS-Plattform reicht zur Erfüllung der Informationspflicht nicht aus!

Und: Entgegen oft anderslautender Meinungen, die sich hierzu im Internet finden: Dieser Link muss nicht **zusätzlich** noch in den AGB hinterlegt sein.

**Exkurs:** Und wie setzt man bei den unterschiedlichen Plattformen den klickbaren Link im Impressum um?

Hier die [Handlungsanleitung](#) für die Plattformen Amazon, eBay, Hood, eBay-Kleinanzeigen, Etsy, Palundu. Und für zahlreiche weitere Plattformen findet sich das ganze [hier](#).

**Speicherung Vertragstext:** Im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber dem Verbraucher sind einige Infopflichten hinsichtlich des Vertragsabschlusses einzuhalten - dargestellt als Teil der AGB. Vorliegend ging es um die fehlenden Informationen zur Speicherung des Vertragstextes. In diesem Zusammenhang fassen wir mal die nachfolgenden oft abgemahnten Punkte zusammen, die hier nicht fehlen sollten in den AGB:

- Informationen zu den einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen
- Informationen darüber, ob der Vertragstexte nach dem Vertragsschluss vom Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist.
- Informationen über die technischen Mittel zur Berichtigung von Eingabefehlern

Mal wieder eine Abmahnung wegen unwirksamer **AGB-Klauseln:**

“

*"Die Aufrechnung mit Forderungen des Kunden ist ausgeschlossen, es sei denn diese sind unbestritten oder rechtskräftig festgestellt"*

”

Der BGH hatte hierzu 2018 (Urteil vom 20. März 2018 - XI ZR 309/16) in einem anderen Kontext festgestellt, dass eine Aufrechnungsklausel unwirksam sei, da sie so offen formuliert sei, dass die Aufrechnung mit Forderungen jeglicher Art verwehrt sei. Also Vorsicht.

Natürlich gibt es noch zahlreiche weitere Klauseln, die immer mal wieder abgemahnt wurden und werden. Deswegen haben wir auch noch in diesem [Beitrag](#) mal die am häufigsten abgemahnten Klauseln zusammenfassend dargestellt.

**Unklare Angaben Lieferfristen:** Hier wurde diese Klausel moniert:

“

*"Die Regellieferzeit beträgt 7 Tage, wenn in der Artikelbeschreibung nichts anderes angegeben ist"*

”

Der Kunde kann hier nicht ohne Schwierigkeiten die Lieferzeit berechnen, was aber gesetzlich vorgeschrieben ist. Regel- und Ausnahmefall kann hier vom Verbraucher nicht eindeutig unterschieden werden, so der Vorwurf. Da ist was dran....

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

**Die fehlende Textilkennzeichnung:** Der abgemahnte Händler hatte keine Textilkennzeichnung angegeben.

TIPP: Sollten Sie Textilerzeugnisse verkaufen, so achten Sie darauf, die folgenden 3 Regeln einzuhalten:

Regel Nr. 1: Für die Beschreibung der Faserzusammensetzungen auf Etiketten und Kennzeichnungen von Textilerzeugnissen dürfen nur die Textilfaserbezeichnungen nach Anhang I der EU-Textilkennzeichnungsverordnung verwendet werden.

Regel Nr. 2: Die Bezeichnungen nach Anhang I der EU-Textilkennzeichnungsverordnung dürfen weder alleinstehend noch in Wortverbindungen oder als Eigenschaftswort für andere Fasern verwendet werden!

Regel Nr. 3: Firmenbezeichnungen oder Markenzeichen (wie z.B. „Lycra“) sind keine zulässigen Angaben zur Textilfaserzusammensetzung. Durch das Verbot der Verwendung von Markennamen als Rohstoffstoffgehaltsangabe soll verhindert werden, dass Verbraucher unrichtige Vorstellungen über die Beschaffenheit des Textilerzeugnisses haben könnten. Zulässig ist es jedoch, wenn Firmenbezeichnungen oder Markenzeichen den laut der Europäischen Textilkennzeichnungsverordnung zulässigen Bezeichnungen von Textilfasern unmittelbar voran- oder nachgestellt werden, vgl. Artikel 16 Absatz der EU-Textilkennzeichnungsverordnung.

Andere Informationen müssten stets getrennt davon aufgeführt werden, vgl. Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung.

[Hier](#) finden Sie ganz allgemein alles Wissenswerte zum Thema Textilkennzeichnung.

## Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung

**Wer:** Image Professionals GmbH

**Wieviel:** n.n.

**Wir dazu:** Hier wurde wegen der angeblich unberechtigten Nutzung u.a. von geschütztem Bildmaterial (Produktfoto) abgemahnt. Bei derartigen Urheberrechtsabmahnungen geht es dann um die **Unterlassung (Abgabe einer Unterlassungserklärung), Auskunft, Schadensersatz** und **Kostenerstattung**. Je nach Anzahl der abgemahnten Bilder und Nutzungsdauer können die Zahlungsansprüche in Sachen Schadensersatz und Kostenerstattung durchaus hoch sein.....

Der Schadensersatzanspruch kann sich zudem noch verdoppeln - sofern die Urheberrnennung unterlassen wurde. Ein Zahlungsanspruch wurde hier aber noch nicht geltend gemacht.

**Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei:** Wir stellen unseren Mandanten [hier](#) ein Muster für Nutzungsverträge für Bild und Text zur Verfügung.

Und Sie finden [hier](#) einen guten Überblick zum Thema Bilderklau. Und [hier](#) alle wichtigen Infos in Sachen Bilddatenbanken und die korrekte Verwendung der Bilder durch den Händler.

## Marke I: Benutzung der Marke "Audi-Ringe"

**Wer:** Audi AG

**Wieviel:** 2.538,10 EUR (!)

**Wir dazu:** Automobilhersteller überwachen ihre Marken (diesmal: Audi - wir haben in der Vergangenheit aber auch öfters über Abmahnungen der BMW AG oder Volkswagen AG berichtet) im Internet sehr akribisch. In diesem Fall ging es um Aufkleber mit der geschützten Marke der Audi AG (die bekannten Audi-Ringe).

Fakt ist: Ein geschütztes Zeichen darf grds. nur vom Markeninhaber oder berechtigten Dritten markenmäßig genutzt werden – das gilt natürlich auch für Aufkleber & Co., die die geschützten Zeichen der Automobilhersteller zeigen und nicht lizenziert sind, sondern entweder selbst hergestellt oder von einer unauthorisierten Stelle bezogen wurden....

**Exkurs Zubehörhandel:** Weil das im Bereich Automobile auch oft abgemahnt wird: Im Zubehörhandel ist eine Markennutzung zwar grds. möglich, aber nur unter genau festgelegten Voraussetzungen - sehen Sie hierzu unseren [Beitrag](#).

## Marke II: Benutzung der Marke "FAINA"

**Wer:** Faina Lifestyle Sp.z.o.o.

**Wieviel:** 2.002,41 EUR plus Testkauf

**Wir dazu:** Hier ging es diesmal um die Marke FAINA - die Abgemahnte hatte in ihren Angeboten für Schmuckwaren das Zeichen FAINA verwendet. Fakt ist: Im Markenrecht gibt es einen Identitätsschutz. Sofern also das Markenzeichen für Waren der geschützten Klasse genutzt wird, ist das ein klassischer Markenverstoß.

### **Tipps: LegalScan Pro – Der smarte Schutz vor teuren Markenabmahnungen**

Markenabmahnungen werden immer häufiger – und können schnell teuer werden. Doch das lässt sich leicht vermeiden: **LegalScan Pro** scannt Ihre Angebote und prüft sie auf die gängigen Abmahnmarken. Sobald uns neue Marken bekannt werden, wird der Scanner automatisch aktualisiert. So sind Sie immer auf der sicheren Seite!

**Für Mandanten der IT-Recht Kanzlei:** Warten Sie nicht, bis Sie eine teure Markenabmahnung erhalten! Buchen Sie [LegalScan Pro jetzt](#) und schützen sich bereits ab 6,90 € im Monat.

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 beigefügte 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 denkwürdig 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 eine 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 Schadensersatz 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 / Partnermanagement