von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Abmahnradar: Werbung mit "low carb" / fehlender Markenregistrierung - ElektroG

Diesmal ging es um die Schlagworte "low carb" und "bekömmlich" oder die Werbung mit Wirkweisen ohne wissenschaftliche Belege. In Sachen Registrierungspflichten ging es natürlich auch wieder um das Verpackungsgesetz und in Verbindung mit dem Anbieten von Uhren um die fehlende Markenregistrierung iSd. ElektroG.

Vorweg ein Tipp für **Mandanten der IT-Recht Kanzlei** in Sachen Abmahnungen: Sie finden im Mandantenportal unter der Rubrik Abmahnradar neben den klassischen Abmahnfallen auch eine ausführliche Zusammenstellung über die meistabgemahnten Begriffe in der Werbung und im Markenrecht.

Und übrigens: Die IT-Recht Kanzlei 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:

Tee: Werbung mit "bekömmlich"

Abmahner: Deutscher Konsumentenverbund e.V.

Kosten: 321,30 EUR

Darum geht es: Es ging mal wieder um das Schlagwort "bekömmlich" (diesmal für Tee). Das Thema ist nicht ganz unbekannt - und wurde in der Vergangenheit nicht nur im Zusammenhang mit Wasser, sondern auch mit Kaffee, Bier oder Wein abgemahnt.
Die Grundsätze gelten aber 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.

Armbanduhren: Verstoß gg. ElektroG wegen fehlender Markenregistrierung

Abmahner: Juwelier Chronotage GmbH

Kosten: 280,60 EUR

Darum geht es: Ein alter Bekannter: Abgemahnt werden Verkäufer, die **batteriebetriebene Uhren** (insbesondere Armbanduhren) anbieten, für die **kein (ordnungsgemäß) registrierter Hersteller** im Sinne des ElektroG existiert. Die abgemahnten Verkäufer hatten die Uhren vornehmlich auf eBay eingestellt - unter dem jeweiligen Markennamen. Diesen Markennamen (hier: Naviforce) hat der Abmahner bei der **Stiftung EAR** auf eine ordnungsgemäße Registrierung überprüft. Denn: **Batteriebetriebene Uhren sind Elektrogeräte**. Wer solche Waren verkauft, sollte daher unbedingt prüfen, ob eine ordnungsgemäße Registrierung bei der Stiftung EAR im Sinne des ElektroG besteht und sich dabei nicht zwingend auf den Hersteller verlassen. Ist diese nicht gegeben, müssten die Waren unverzüglich aus dem Verkehr genommen werden, da sie nicht verkehrsfähig sind.

Wir hatten bereits hier zum Thema berichtet.

Werbung mit "low carb"

Abmahner: Verband Sozialer Wettbewerb

Kosten: 238,00 EUR

Darum geht es: Aktuell werden Online-Händler abgemahnt, die Lebensmittel vertreiben und diese mit der Angabe "Low Carb" bewerben. Die Bezeichnung eines Lebensmittels mit der Formulierung“ Low Carb“ ist in Ermangelung einer nach der HCVO genehmigten Ausweitung der Begriffe „low“ oder „gering“ auf Kohlenhydrate unzulässig. Sie kann vor allem auch nicht als zugelassene Formulierung im Sinne von „reduzierter Kohlenhydrat-Anteil“ verstanden werden, da der reduzierte Gehalt stets in Relation zu einem Vergleichsobjekt gesetzt werden muss. Allerdings ist die Sache rechtlich nicht ganz unumstritten - wir haben in diesem ausführlichen Beitrag alle Aspekte zum Thema aufgegriffen.

Biozidprodukte: Fehlende Warnhinweise

Abmahner: Verband sozialer Wettbewerb e.V.

Kosten: 238,00 EUR

Darum geht es: Diese 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 und den fehlenden Warnhinweis:

> *"Biozidprodukte vorsichtig verwenden. Vor Gebrauch stets Etikett und Produktinformation lesen."*

Wichtig ist, dass dieser Hinweis sich deutlich von der eigentlichen Werbung abheben und gut lesbar sein muss. Selbstverständlich ist der Warnhinweis nicht nur im Rahmen von Angeboten im eigenen Onlineshop erforderlich, sondern auch beim Anbieten über Verkaufsplattformen wie Amazon.de oder eBay.de.

Tipp: In diesem Beitrag erfahren Sie mehr zur Werbung bei Biozidprodukten.

Nahrungsergänzungsmittel: Irreführende Werbung ohne wissenschaftliche Belege I

Abmahner: Daniel Höppler

Kosten: n.n.

Darum geht es: Hier geht es genau genommen um einen Beschluss im einstweiligen Verfügungsverfahren - aber wie man weiß geht so einem gerichtlichen Beschluss regelmäßig eine Abmahnung voraus. Daher ist dies auch hier für Interesse. Zum Thema: Abgemahnt wurde ein Angebot von einem Nahrungsergänzungsmittel (Elefantoros - Potenzmittel) - welches beworben wurde mit positiven Auswirklungen auf die männliche Erektion, die Durchblutung des Penis, die Spermamenge und und und....
Vorwurf: **Irreführung, da eine solch beworbene Wirkung dem Lebensmittel nicht zukommt, zumindest ist dies wissenschaftlich nicht erwiesen.** Und: Es handelt sich um eine gesundheitsbezogene Angabe 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!

Hautcreme: Irreführende Werbung ohne wissenschaftliche Belege II

Abmahner: Sachse Vertriebs GbR

Kosten: 400,00 EUR

Darum geht es: Bekannter Abmahner - bekannter Abmahnanwalt: Diesmal ging es um einen Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz (HWG). Es wurde das Angebot einer Hautcreme zur Behandlung von Akne abgemahnt (obwohl die Inhaltsstoffe angeblich gar keine Wirkweisen entwickeln konnten). Damit wird dieser Creme eine therapeutische Wirkung zugesprochen. Das sei nur zulässig, wenn die Wirksamkeit wissenschaftlich nachweisbar ist. Wie bei den anderen Fällen dieses Abmahnduos wird keine Unterlassungserklärung gefordert, sondern ein Vergleichsangebot gemacht. Der Abgemahnte kann sich also quasi freikaufen.

Tipp: Alle Informationen rund um den Verkauf von kosmetischen Mitteln finden Sie in diesem Beitrag.

Verpackungsgesetz: Fehlende Registrierung

Abmahner: Como Sonderposten GmbH

Kosten: 280,60 EUR

Darum geht es: Keine Woche ohne derartige Abmahnungen. Daher ist dies mittlerweile schon definitiv ein Klassiker: Diesmal wieder ein altbekannter Abmahner samt Abmahnkanzlei aktiv (zuletzt von dieser Kanzlei auch abgemahnt mit und durch Wetega UG, iOcean UG, Juwelier Chronotage GmbH u.a.) – es ging um ein Angebot auf eBay. Natürlich gelten die Vorschriften des Verpackungsgesetzes auch auf Plattformen.

Stichwort Plattform - Stichwort Amazon: Auch FBA-Händler sind hier übrigens grds. in der Pflicht - siehe diesen Beitrag dazu.

Nochmal zur Erinnerung: Schon seit dem 01.01.2019 gilt das "neue" Verpackungsgesetz. Offensichtlich ist ein Großteil der Onlinehändler den neuen Pflichten, v.a. 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 seit Juli diesen Jahres novelliert - Infos zu den Vorgaben für 2022 finden Sie in diesem ausführlichen Beitrag.

Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Wer bereits lizenzierte Verpackung verwendet, sollte sich absichern - hier finden Sie ein Muster für eine entsprechende Vereinbarung.

Exkurs an dieser Stelle: Da sich in 2022 so einige rechtliche Vorgaben, u.a. eben auch zum Verpackungsgesetz ändern, und hier potentielle Abmahnquellen entstehen können an dieser Stelle gerne unser umfassender Beitrag zu den wichtigsten Änderungen für Online-Händler in 2022.

Marke: Markenkollision

Diesmal geht es nicht um Markenabmahnungen, sondern um Markenkollisionen. Denn immer öfter erreichen uns Anfragen wegen Markenkollisionen. Und das kommt so:
Der professionelle Markeninhaber überwacht seine Marke überwacht. Und erlangt um Zuge dessen Kenntnis von einer identischen oder ähnlichen, jüngeren Markenanmeldung. Dann wird der "jüngere Markeninhaber " angeschrieben und zur vollständige Löschung oder Teillöschung aufgefordert - ansonsten droht ein Widerspruchsverfahren. So zumindest die oft gewählte Herangehensweise des älteren Markeninhabers. Natürlich könnte auch gleich ein Widerspruchsverfahren eingeleitet werden. Wie man sowas vermeiden kann? Mit einer Recherche vor der eigenen Markenanmeldung.

Tipp: In Sachen Markenüberwachung und Markenanmeldung hat die IT-Recht Kanzlei attraktive Angebote - sehen Sie dazu gerne unsere Aktion "Kostenlose Markenanmeldung".

Tipp: **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 dahinterstecken, 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 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 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 verletzen 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 abzumahnen, 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.

/Info

Autor:
RA Felix Barth
Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz / Partnermanagement