

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

## Abmahnradar: Fehlerhafte Nutzung von Google Analytics / Privatverkauf: Irreführung über Verkäuferstatus / Profi-Corona-Schnelltest: Verkauf an Privatpersonen / Marke: SCHMUDELWEDDA

Der Verkauf von Corona-Schnelltests will gelernt sein - jedenfalls wurde nach längerer Zeit mal wieder hierzu abgemahnt, weil sog. Profi-Tests Privatpersonen angeboten wurden. Anderes Thema: Ein Privatangebot eines klar gewerblichen Händlers - das passt nicht wirklich zusammen und wurde wegen des Vorwurfes der Irreführung abgemahnt. Ansonsten ging es im Urheberrecht um Bilderklausur und filesharing und im Markenrecht um die Marke SCHMUDELWEDDA.

Vorweg ein Tipp für **Mandanten der IT-Recht Kanzlei** in Sachen Abmahnungen: Sie finden im Mandantenportal unter der Rubrik [Abmahnradar](#) neben den klassischen Abmahnfällen 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:

## Verpackungsgesetz: Fehlende Registrierung

**Abmahner:** Sachse Vertriebs GbR

**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:** Infos zu den neuen Vorgaben für 2022 finden Sie in [diesem ausführlichen Beitrag](#). Und folgender Hinweis: Ab dem 01.07.2022 gilt die Registrierungspflicht auch für nicht lizenzierungspflichtige Verpackungen - siehe hierzu unseren [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.

## Privatverkauf: Irreführung über Verkäuferstatus

**Abmahner:** absoluts - bikes and more - GmbH & Co. KG

**Kosten:** 1.501,19 EUR

**Darum geht es:** Hier ging es um ein Angebot eines gewerblich auftretenden Verkäufers, der ausdrücklich die Rücknahme ausschloss und das Angebot als Privatverkauf bezeichnete. Normalerweise werden solche Verstöße oft auf eBay abgemahnt, hier ging es aber um ein Angebot auf Amazon. Natürlich ist ein gewerbliches Angebot kein Privatverkauf und es muss dem Verbraucher die Möglichkeit der Rücknahme gewährleistet werden. Hier nochmal die Standard-Pflichtinfos für gewerbliche Anbieter im Fernabsatz: Impressum, Datenschutzerklärung, Widerrufsbelehrung, AGB, der Link zur Streitschlichtungsplattform und und und. Wird dagegen verstoßen, kann der Vorwurf der Irreführung ins Feld geführt werden.

**Tipps:** Oft stellt sich die Frage: Noch privat oder schon gewerblich? Hierzu hatte sich sogar der EuGH schon mal [beschäftigt](#).

**Tipps:** Sofern Sie den [Pflugeservice für Rechtstexte](#) nutzen, sind darin alle Rechtstexte, die Sie als gewerblicher Händler benötigen, inkludiert und immer auf dem aktuellen Stand. Und: Sofern Sie als Onlineshophändler die Texte über die Schnittstellen zum Shopsystem nutzen erfolgt die Aktualisierung sogar vollautomatisch. Wer eine komplette Überprüfung seiner Angebote wünscht, bekommt im unlimited-Paket der Kanzlei einen Rund-um-Schutz, der weit über die Pflege der Texte hinausgeht. Es ist also für jeden was dabei.

## Profi-Corona-Schnelltest: Verkauf an Privatpersonen

**Abmahner:** Lupudu GmbH

**Kosten:** 1.501,19 EUR

**Darum geht es:** Die Abmahnungen rund um das Thema Corona spielen nur noch selten eine Rolle- und doch: Hier ging es mal wieder um das unzulässige Anbieten eines Corona/Covid-19-Schnelltests über einen allzugänglichen Onlineshop – also gegenüber Privatkunden. Nach den Vorschriften der Medizinprodukteabgabeverordnung dürfen In-vitro-Diagnostika, sog. Profi-Tests, die nicht für die Eigenanwendung bestimmt sind, nur an bestimmte Kundenkreise abgegeben werden - Privatpersonen gehören dazu nicht, so der Vorwurf des Abmahners.

**Hinweis:** Es gibt grds. eine Sonderzulassung für diese derzeit so bekannten Tests zur Eigenanwendung. Hierfür hat das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte eine Liste erstellt, die alle derartigen Schnelltests aufführt.

## Datenschutz: Fehlerhafte Nutzung Google Analytics u.a.

**Abmahner:** Bachert, Loris

**Kosten:** keine

**Wir dazu:** Hier wird ein Verstoß gegen die Datenschutzbestimmung in Zusammenhang mit der nicht anonymisierten Verwendung von Google Analytics, Google Fonts und Google ADs proklamiert. Zudem wird ein Auskunftsanspruch geltend gemacht. Allerdings werden keine Kosten erhoben - immerhin etwas. Ob dies wirklich einen abmahnbaren Wettbewerbsverstoß darstellt, ist umstritten - jedenfalls hat aber das LG Hamburg (Beschluss vom 09.08.2016, Az. 406 HKO 120/16) vor einiger Zeit schon entschieden, dass bei Verwendung von Google Analytics ohne `_anonymizeIp()` Funktion ein abmahnbare Verstoß vorliegt, daher aufgepasst! Ein Recht zur Löschung der Daten ggü. dem nutzenden Händler dürfte dagegen natürlich bestehen. Wir haben uns in diesem [Beitrag](#) mit der Abmahnung und dem richtigen Umgang mit Google Analytics auseinandergesetzt.

\*Apropos Fehlerquelle Datenschutz: In diesem [aktuellen Beitrag](#) lesen Sie die 7 größten Fehlerquellen im Datenschutz.

**Entwarnung für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei:** Sofern Sie den Pflegeservice für Rechtstexte nutzen ist Ihre [Datenschutzerklärung](#) immer auf dem aktuellen Stand - im Übrigen auch in Sachen DSGVO. Auch in Sachen Google Analytics – orientieren Sie sich hierbei einfach an unserer ausführlichen Hinweisen, die wir zur Vorgehensweise der Einbindung von Google Analytics zur Verfügung stellen. Oder nutzen Sie diesen praktischen [Leitfaden](#) zum Thema - natürlich DSGVO-konform. Und [hier](#) finden unsere Mandanten ein Muster in Sachen Datenschutzauskunft.

## Urheberrecht I: Filesharing

**Abmahner:** LEONINE Licensing GmbH

**Kosten:** 1.767,23 EUR

**Darum geht es:** Auch wenn es nichts mit dem Onlinehandel zu tun hat, so möchten wir es der Vollständigkeit halber doch nicht unterlassen, auch auf dieses Abmahnphänomen hinzuweisen. Die Hochzeit der filesharing-Abmahnungen ist eigentlich schon lange vorbei – aber es wird immer noch und gefühlt wieder etwas mehr abgemahnt. Dabei geht es um das illegale Anbieten von Filmen über sog. Tauschbörsen. Das ist auch 2022 immer noch unzulässig - grundsätzlich.

## Urheberrecht II: Unberechtigte Bildnutzung

**Abmahner:** Sertronics GmbH

**Kosten:** n.n.

**Darum geht es:** Wie fast jede Woche wird eine Verletzung des Urheberrechtes wegen unberechtigter Nutzung von Bildmaterial geltend gemacht. Derartige Bilderklau-Abmahnungen erleben weiterhin zumindest gefühlt eine neue Hochzeit. Bei diesen Urheberrechtsabmahnungen geht es generell um die **Unterlassung der rechtsverletzenden Bildnutzung (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.....so auch hier, was man an der eindrucksvollen Summe der Schadensersatzzahlung sieht.

Der Schadensersatzanspruch kann sich übrigens verdoppeln - sofern die Urhebernennung unterlassen wurde. Der Vorteil an dieser Abmahnung: Es wurde keine Rechtsanwaltskanzlei eingeschaltet, so dass diesbzgl. auch keine erstattungsfähigen Kosten angefallen sind.

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

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.

**Tipp:** An kostenlosen Bilddatenbanken interessiert? - [hier](#) finden Sie alle Infos dazu.

## Marke: Benutzung der Marke "SCHMUDELWEDDA"

**Abmahner:** Dreimaster Modevertrieb GmbH

**Kosten:** 2.293,25 EUR

**Darum geht es:** Hier ging es um die Verwendung des Begriffes SCHMUDELWEDDA - genutzt in Instagram-Post iVm. dem #-Zeichen. Zum einen fällt hier auf, dass es sich eigentlich um einen dialektischen Alltagsbegriff handelt. Aber auch ein solcher Begriff für schlechtes Wetter kann markenrechtlich offensichtlich geschützt sein. Jedenfalls ist dies als Wortmarke tatsächlich eingetragen. Und somit ist dieser Begriff für alle unberechtigten Nutzer tabu - das gilt grds. auch für Werbe-Hashtag auf Instagram.

**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 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 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