

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Abmahnradar: Unzulässige E-Mail-Werbung / Irreführende Werbung: PU-Leder / Fehlerhafte Nutzung von Google Analytics / Lebensmittelwerbung: Cholesterinfrei / Marken: SCHMUDELWEDDA, Inbus

Die Lebensmittelwerbung bleibt für Abmahner interessant: Diese Woche ging es um das Schlagwort "cholesterinfrei". In dem Bereich darf nur mit klar vorgegebenen Aussagen geworben werden. Und nochmal Werbung: Wiederum wurde der Begriff PU-Leder abgemahnt. Ansonsten ging es um unzulässige E-Mail-Werbung und um die fehlerhafte Nutzung von Google Analytics. Die Abmahnungen im Markenrecht bleiben beliebt: Diesmal wurden wieder um die Marken SCHMUDELWEDDA und Inbus abgemahnt.

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:

Unzulässige E-Mail-Werbung

Abmahner: Stefan Richter

Kosten: 540,50 EUR

Darum ging es: Hier ging es um die klassische E-Mail-Werbung - ohne Einwilligung des Adressaten. Ein bekanntes Problem, das immer wieder auf dem Abmahnmarkt aufpoppt: Sei es, dass einfach gar keine Einwilligung vom Shopbetreiber bei Versendung von E-Mail-Werbung eingeholt wurde. Oder sei es, dass im Rahmen des Anmelde-Verfahrens nicht die gesetzlichen Mindestanforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung für E-Mail-Werbung erfüllt wurden. Zudem wurden noch zahlreiche datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüche geltend gemacht.

Unsere kurze Checkliste zum Thema:

Wenn Sie einen Newsletterversand anbieten möchten, dann sollten die folgenden Mindeststandards zur elektronischen Einwilligungserklärung eingehalten sein:

- **freiwillige** (keine vorangekreuzte Checkbox) Einwilligung,
- **eindeutige und bewusste** (der Empfänger muss wissen, was der Newsletter beinhalten wird) Einwilligung,
- **Protokollierung** der Einwilligung (Logfiles),
- jederzeitige **Abrufbarkeit** der Einwilligung (in der Datenschutzerklärung),
- Hinweis auf die jederzeitige **Widerrufbarkeit** der Einwilligung.

Zuletzt müssen Sie daran denken, die Einwilligungserklärung beweissicher zu dokumentieren, dies erreichen Sie durch Installierung eines "**Double-Opt-In**"-Verfahrens!

Tipp für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Wir haben für Sie noch einen umfangreichen weiterführenden Leitfaden ("E-Mail Werbung: wie agiert man rechtssicher? Ein Leitfaden") bereitgestellt, diesen können Sie **hier** abrufen! Und **hier** finden Sie einige Muster bei Geltendmachung datenschutzrechtlicher Auskunftsansprüche

Irreführende Werbung: PU-Leder

Abmahner: Juwelier Chronotage GmbH

Kosten: 280,60 EUR

Darum geht es: "Veganes Leder", "Korkleder" - und diesmal wurde wieder der Begriff "**PU-Leder**" im Zusammenhang mit dem Verkauf von Handtaschen abgemahnt. Die Bezeichnung von Leder wird generell gerne abgemahnt. Vorwurf: Es gebe kein Material, das diesem Begriff entspricht - im Falle von PU-Leder handele es sich letztlich um **Kunststoff**. Und das führt dann in die Irre, denn der Verbraucher mag annehmen, dass es sich um Leder handelt, obwohl es kein Leder ist. Zu achten ist generell darauf, dass Waren weder in der Artikelbezeichnung (Artikelüberschrift), noch in der Artikelbeschreibung als "Leder" bezeichnet werden dürfen, wenn der betreffende Artikel nicht aus Leder, sondern anderen Stoffen wie etwa aus Kunstleder, PU-Leder, Lederfaserstoff, etc. besteht. **Die Gerichte gehen davon aus, dass die Verwendung des Wortes "Leder" generell irreführend ist, wenn der betreffende Artikel nicht aus Leder besteht.**

Tipp: Wir haben uns in diesem ausführlichen **Beitrag** mal mit der Abmahnfalle "Leder" genauer beschäftigt.

Verpackungsgesetz: Fehlende Registrierung

Abmahner: Thomas Babel

Kosten: 818,20 EUR

Darum geht es: Keine Woche ohne derartige Abmahnungen. Daher ist dies mittlerweile schon definitiv ein **Klassiker**: Es ging hier um Angebote auf eBay und Amazon. 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**.

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

Datenschutz: Fehlerhafte Nutzung Google Analytics u.a.

Abmahner: Bachert, Loris

Kosten: keine

Darum geht es: 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 _anonymizelp() Funktion ein abmahnbarer 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 unseren 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.

Lebensmittelwerbung: Cholesterinfrei

Abmahner: Verband Sozialer Wettbewerb e.V.

Kosten: 200,00 EUR

Darum geht es: Diesmal ging es um die Bewerbung eines Lebensmittels mit dem Schlagwort "cholesterinfrei". Nach den Vorschriften der Lebensmittel-GesundheitsangabenVO dürfen nährwertbezogene Angaben nur gemacht werden, wenn sie im Anhang der Verordnung genannt sind. Eine derartige Angabe wird hierin aber nicht aufgeführt und darf daher nicht in der Werbung verwendet werden.

Hinweis: Weiterführende Informationen zum Thema Health-Claims können Sie in unserem **Großbeitrag zur Health-Claims-Verordnung** nachlesen!

Irreführung über Umfang der Lieferung

Abmahner: Broxon GmbH

Kosten: 1.501,19 EUR

Darum geht es: Hier ging es um einen Fall auf der Plattform Amazon: Abgemahnt wurde ein Händler, der sich an die Angebote des Abmahners angehängt hatte - soweit so gut, allerdings konnte der Abgemahnte nicht genau das liefern, was in dem Artikel beworben wurde. Mithin wurde also über den Umfang der Lieferung getäuscht. Oft versuchen Händler auf Amazon Ihre Angebote durch Beigabe von Waren gegen

Anhänger zu schützen. Für viele eine Alternative zur Amazon Brand Registration, wo durch Angabe einer eigenen Marke eine vergleichbare Exklusivität erzielt werden kann.

Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung

Abmahner: Stefanie Hofschlaeger

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.....

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 I: Benutzung der Marke "1. FC Kaiserslautern"

Abmahner: 1. FC Kaiserslautern GmbH & Co. KGaA

Kosten: 2.584,09 EUR

Darum geht es: Auch Abmahnungen von Bundesligisten sind keine Seltenheit: Oft trifft es bei diesen Fußball-Abmahnungen leider kleinere Händler im DIY-Bereich - siehe hierzu unseren **Beitrag**. Hier ging es um T-Shirts mit einem angeblich verletzenden Aufdruck rund um den Fußballverein. Also aufgepasst: So gut wie jeder Bundesligaverein dürfte ein geschütztes Markenzeichen sein - sei es der Name des Vereins, Abkürzungen als auch das Wappen. Damit sind diese Zeichen in jeglicher markenmäßigen Nutzung tabu.

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

Marke II: Benutzung der Marke "SCHMUDELWEDDA"

Wer: Dreimaster Modevertrieb GmbH

Wieviel: 1.927,10 EUR

Wir dazu: Hier ging es mal wieder 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 dieser Begriff für schlechtes Wetter kann markenrechtlich offensichtlich geschützt sein. Jedenfalls ist die Wortmarke tatsächlich eingetragen. Und somit ist dieser Begriff für alle unberechtigten Nutzer tabu. Zudem wurde das Zeichen nicht für die Kennzeichnung von Waren genutzt, sondern als Werbe-hashtag auf Instagram. Aber auch das kann als markenrechtlich relevante Nutzung angesehen werden.

Marke III: Benutzung der Marke "Inbus"

Abmahner: INBUS IP GmbH

Kosten: 2.584,09

Darum geht es Ein alter Bekannter ist wieder da: Die Inbus-Abmahnung. Erst die schlechte Nachricht: Inbus ist tatsächlich eine eingetragene Marke - das wissen offenbar viele nicht. Was auch nicht verwundert, so wird dieser Begriff im Volksmund doch eher schon als beschreibender generischer Begriff für einen bestimmten Schlüsseltyp verwendet. Hier hat der Markeninhaber offensichtlich zu lange hingewartet und gewähren lassen, so dass sich diese Marke in Richtung Allgemeinbegriff entwickelt hat. Dennoch: Die Marke steht in Kraft und es gibt Gerichte, die hier eine klare Markennutzung bzw. einen Markenverstoß sehen, wann immer Inbus für nicht-original Inbus-Waren verwendet wird. Die gute Nachricht: Diese Abmahnung kostet nichts, da Sie vom Rechteinhaber selbst kommt.

Wir hatten uns in diesem **Beitrag** mal mit dem Problemkreis Gattungsbezeichnungen ganz allgemein befasst.

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 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 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