

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

## Abmahnradar: Türstopper in Tierform / Potenzmittel: Irreführende Werbung ohne wissenschaftliche Belege / Werbung: Abwertung Mitbewerber / Marken: Torjäger-Kanone, Frida

Wiederum dominierte die Werbung das Abmahngeschehen: Sei es zum Thema Nahrungsergänzungsmittel und die unzulässige Werbung mangels wissenschaftlicher Belege, sei es die abwertende Werbung im Zusammenhang mit Mitbewerbervergleichen. Ansonsten ging es noch um die Abmahnung von Türstoppern in Tierform - solche Produkte bringen wegen dem Kinderbezug besondere rechtliche Anforderungen mit sich. Im Markenrecht ging es um die Marken Frida und Torjäger-Kanone.

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:

### Produktsicherheit: Türstopper in Tierform

**Abmahner:** Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V.

**Kosten:** 245,18 EUR

**Darum geht es:** Hier wurde abgemahnt, dass ein als Kindersicherung bestimmter Tür-Klemmschutz in Tierform für Kinder ansprechend gestaltet sei. Gerügt wurde damit ein Verstoß gegen die EN-Norm 16654 für Kinderschutzprodukte, nach welcher Fingerschutzvorrichtungen in ihrer Gestaltung keine ansprechende Wirkung auf Kinder haben dürfe. Der Verstoß gegen diese Norm begründe wiederum einen Verstoß gegen das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), so der Vorwurf der Abmahner.

**Tipp:** In [diesem Beitrag](#) finden Sie weitere Infos zu derartigen Abmahnungen.

## Potenzmittel: Irreführende Werbung ohne wissenschaftliche Belege

**Abmahner:** Daniel Höppler

**Kosten:** n.n.

**Darum geht es:** Abgemahnt wurde ein Angebot von einem Nahrungsergänzungsmittel (Potenzmittel) - welches beworben wurde mit positiven Auswirkungen 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!

## Armbanduhren: Verstoß gg. ElektroG wegen fehlender Markenregistrierung

**Abmahner:** Juwelier Chronotage GmbH

**Kosten:** 750,00 EUR

**Darum geht es:** Abgemahnt werden derzeit 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 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: Abwertung Mitbewerber

**Abmahner:** Everbrent GmbH

**Kosten:** 1.501,19 EUR

**Darum geht es:** Hier hat der Abgemahnte sein Produkt in Gegenüberstellung mit dem vergleichbaren Produkt der Mitbewerber beworben. Es handelte sich dabei nicht um den klassischen Fall der vergleichenden Werbung, da kein Mitbewerber offen genannt wurde, sondern das Produkt unbestimmt vieler Mitbewerber gegenübergestellt wurde. Bei den beworbenen Kriterien werden mehrere Unwahrheiten vorgeworfen. Dadurch werden die Mitbewerber abgewertet - was einen Wettbewerbsverstoß darstellen würde. Diese Abmahnung zeigt einmal mehr, wie leicht Werbung wettbewerbsrechtlich zur Falle werden kann.

## Eistee: Werbung mit "bekömmlich" / "wohltuend"

**Abmahner:** Deutscher Konsumentenverband e.V.

**Kosten:** 238,00 EUR

**Darum geht es:** Die gute, alte "bekömmlich-Abmahnung" mal wieder - diesmal im Zusammenhang mit dem Verkauf von Eistee. Solche nährwert- oder gesundheitsbezogenen Angaben wie **"bekömmlich" oder "wohltuend"** sind übrigens auch oft bei alkoholischen Getränken unzulässig (hierzu hatte sich auch schon der BGH geäußert - wir hatten [hierüber](#) berichtet). Ein Gesundheitsbezug liegt immer dann vor, wenn die Werbung impliziert, dass die negativen Auswirkungen in diesem Fall fehlen oder geringer ausfallen. Der Vorgang ging hier sogar noch weiter und es wurden die Ansprüche gerichtlich

durchgesetzt.

**Exkurs:** Zuletzt wurde das Schlagwort "bekömmlich" auch mehrfach in Verbindung mit Kaffee-Angeboten abgemahnt. Ebenso interessant im Zusammenhang mit dem Verkauf von Kaffee:

#### **Fehlende Warnhinweise bei Getränken mit Koffeingehalt über 150 mg/l**

Das KG Berlin (Az. 5 U 185/16) urteilte, dass Getränke (mit Ausnahme derjenigen, die auf Kaffee, Tee bzw. Kaffee- oder Teeextrakt basieren und bei denen der Begriff „Kaffee“ oder „Tee“ in der Bezeichnung vorkommt) einer besonderen Hinweispflicht hinsichtlich des Koffeingehalts unterliegen, sofern die Getränke über 150 mg/l Koffein enthalten und zum Genuss in unverarbeitetem Zustand bestimmt sind.

Das bedeutet also:

#### **Warnhinweis erforderlich bei Getränken mit erhöhtem Koffeingehalt oder Lebensmittel mit Zusatz von Koffein**

Art. 10 Abs. 1 i.V. mit Anh. III Nr. 4.1, Art. 13 Abs. 1 LMLV schreibt bei Getränken mit erhöhtem Koffeingehalt oder Lebensmittel mit Zusatz von Koffein Folgendes vor:

Bei Getränken mit Ausnahme derjenigen, die auf Kaffee, Tee bzw. Kaffee- oder Teeextrakt basieren und bei denen der Begriff „Kaffee“ oder „Tee“ in der Bezeichnung vorkommt, die

- zur Aufnahme in unverarbeitetem Zustand bestimmt sind und Koffein aus beliebiger Quelle in einer Menge enthalten, die 150 mg/l übersteigt, oder
- konzentriert oder getrocknet sind und nach der Rekonstituierung Koffein aus beliebiger Quelle in einer Menge enthalten, die 150 mg/l übersteigt

muss folgender Warnhinweis **im selben Sichtfeld wie die Bezeichnung des Getränks** erscheinen, direkt gefolgt von einem deutlich und gut lesbar angebrachten Hinweis in Klammern auf den Koffeingehalt, ausgedrückt in mg je 100 ml:

„Erhöhter Koffeingehalt. Für Kinder und schwangere oder stillende Frauen nicht empfohlen“

## Marke I: Benutzung der Marke "Torjäger-Kanone"

**Abmahner:** Olympia-Verlag GmbH

**Kosten:** 2.584,09 EUR

**Darum geht es:** Hier ging es um die Marke "Torjäger-Kanone" - geschützt u.a. für Statuen und Figuren. An dieser Stelle kommt man vermutlich nicht sofort auf eine eingetragene Marke. Nur für Fußballinteressierte dürfte dies Bezeichnung bekannt sein: Seit fast 60 Jahren wird diese Kanone an die erfolgreichsten Torschützen vergeben. Und diese Bezeichnung wurde von einem Verlag als Marke eingetragen. Vorwurf: Verletzung Identitätsschutz, sprich die Nutzung eines identischen Zeichens für identische Ware. Zwar wurde im konkreten Fall noch eine Firmenbezeichnung vorangestellt, dies führt aber als reiner Unternehmenshinweis nicht aus der Zeichenähnlichkeit hinaus. Zudem wurde eine

Rufausbeutung und gezielte Behinderung und damit wettbewerbsrechtlich vorwerfbares Verhalten abgemahnt.

## Marke II: Benutzung der Marke "FRIDA"

**Abmahner:** Frida Kahlo Corporation

**Kosten:** 2.884,70 EUR

**Darum geht es:** Immer noch und wieder ein Dauerbrenner: Die Frida-Kahlo-Markenabmahnungen. Vermutlich, weil viele Händler nicht wissen oder sich vorstellen können, dass der Name einer berühmten Künstlerin markenrechtlich geschützt sein kann – aber so ist es tatsächlich. Vorsicht ist hier insbesondere bei der losen Verwendung der Bezeichnung FRIDA in der Artikelüberschrift geboten – dies kann für einen Markenverstoß schon ausreichen, auch wenn der man hier erstmal an einen Vornamen oder eine Modellbezeichnung denkt und dies als Händler auch so verwenden wollte.

Wir haben uns in [diesem Beitrag](#) mal mit diesem Thema **Vornamen und Marken** auseinandergesetzt.

**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