

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Abmahnradar: Widersprüchliche Widerrufsfristen / Anti-Cellulite-Werbung / Preisangaben bei Differenzbesteuerung / Marke: Škoda u.a.

Werbung im Gesundheitsbereich ist nach wie vor ein risikoreiches Vergnügen: Diesmal ging es um ein Anti-Cellulite-Serum. Wer mit gesundheitlichen Wirkungen von Produkten wirbt, muss besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussagen erfüllen. Ansonsten hat sich in den letzten Wochen gezeigt, dass das Thema widersprüchliche Widerrufsfristen wieder vermehrt abgemahnt wird. Im Markenrecht ging es u.a. um die Marken Harley Davidson und Skoda.

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:

Widersprüchliche Widerrufsfristen

Abmahner: Como Sonderposten GmbH

Kosten: 627,13 EUR

Darum geht es: Die **widersprüchliche Widerrufsfristen:** Das betrifft vornehmlich eBay-Händler: Die Widerrufsfrist für den Verbraucher ist in der händlereigenen Widerrufsbelehrung anders geregelt als die Frist, die in den eBay-Rücknahmebedingungen zu finden ist (hier: Einmal 1 Monat und an anderer Stelle 14 Tage). Diese Widersprüchlichkeit ist für den Verbraucher irreführend, was Abmahner dann gerne gnadenlos ausnutzen.

Was sonst so falsch laufen kann im Zusammenhang mit der Widerrufsbelehrung und gerne abgemahnt wird:

- Verwendung veralteter Widerrufsbelehrung
- Nicht korrekt formatierte Widerrufsbelehrung bzw. Muster-Widerrufsformular
- Fehlende Telefonnummer in Widerrufsbelehrung
- Fehlende Faxnummer (obwohl vorhanden) in Widerrufsbelehrung
- Telefonnummer im Muster-Widerrufsformular
- Rückgabe statt Widerruf

Apropos: In Sachen Widerrufsbelehrung soll sich laut Gesetzgeber in ferner Zukunft wieder einiges ändern - Stichwort: Widerrufsbutton. Sehen Sie gerne mehr zu diesen Plänen [hier](#).

Anti-Cellulite: Irreführende Werbung mit Wirkweisen

Abmahner: Verband sozialer Wettbewerb e.V.

Kosten: 238,00 EUR

Darum geht es: Abgemahnt wurde ein Angebot eines kosmetischen Mittels ("Kräuterhof Power Anti-Cellulite Serum") - welches eben v.a mit dem Schlagwort "Anti-Cellulite" beworben wurde.

Problem hier:

- Unrealistische Versprechungen: Oftmals suggerieren solche Werbeaussagen, dass ein Produkt Cellulite vollständig beseitigen oder drastisch reduzieren kann. In Wirklichkeit ist Cellulite ein komplexes Problem, und es gibt keine Garantie für eine vollständige Beseitigung durch Kosmetikprodukte.
- Fehlende wissenschaftliche Beweise: Es fehlten vorliegend wissenschaftlichen Studien oder Nachweise, die die behaupteten Wirkungen auf die Reduzierung von Cellulite unterstützen. Ohne solide wissenschaftliche Grundlage können solche Behauptungen dann irreführend sein.

Fehlende Ausweisung bei Differenzbesteuerung

Abmahner: Handy Deutschland GmbH

Kosten: 1.134,55 EUR

Darum geht es: Hier wurde zum Vorwurf gemacht, dass bei einem differenzbesteuerten eBay-Angebot die Angaben "inkl. Mwst" (beim Preis) gemacht wurden, ohne unmittelbar aufklärenden Zusatz zur fehlenden Ausweisung der Umsatzsteuer in der Rechnung. Zwar haben Differenzbesteuerte die Angabe "inkl. MwSt." beim Preis anzugeben, müssen aber transparent auf die Differenzbesteuerung hinweisen, sowie darauf, dass keine Ausweisung der Umsatzsteuer auf der Rechnung erfolgt.

Tipp: Wir zeigen in [diesen Beitrag](#) u.a. auf, wie und wo Händler mit Differenzbesteuerung dies gerade auf eBay sicher umsetzen können.

Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung

Abmahner: BRUBAKER Modevertriebs- und Verwaltungsgesellschaft mbH

Kosten: 2.147,83 EUR zzgl. Schadensersatz

Wir dazu: Hier wurde wegen der angeblich unberechtigten Nutzung ua. von geschütztem Bildmaterial abgemahnt - hier ging es um zahlreiche Produktbilder. 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 Urhebernennung unterlassen wurde.

Was immer wieder von Abgemahnten eingewendet wird: Die abgemahnten Bilder seien vom Hersteller der abgebildeten Ware bezogen worden- und daher müsse beim Verkauf der Ware auch ein Recht zur Nutzung der Bilder bestehen. Vorsicht: So einfach ist das nicht - denn alleine der Verkauf der Ware berechtigt nicht zur Bildnutzung. **Hier bitte immer den Hersteller anfragen und eine schriftliche Einwilligung zur Nutzung auch der Bilder einfordern.**

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.

Marke I: Benutzung der Marken "Škoda", "Oktavia" und "Fabia"

Abmahner: Škoda Auto a.s.

Kosten: 3.591,10 EUR zzgl. Schadensersatz

Darum geht es: Automobilhersteller überwachen ihre Marken (diesmal eben Škoda) im Internet sehr akribisch. In diesem Fall ging es um Auto-Fußmatten, sprich es betrifft den klassischen KfZ-Zubehörhandel mit nicht-original-Zubehör. Fakt ist: Ein geschütztes Zeichen darf grds. nur vom Markeninhaber oder berechtigten Dritten markenmäßig genutzt werden. Im Zubehörbereich ist eine Markennutzung zwar grds. möglich, aber nur unter genau festgelegten Voraussetzungen - sehen Sie hierzu unseren [Beitrag](#).

Marke II: Verwendung der Marke "Harley Davidson"

Abmahner: Harley Davidson Motor Company Inc.

Kosten: 5.638,94 EUR zzgl. Schadensersatz

Darum geht es: Hier ging es um einen klassischen Fall der Verletzung des Identitätsschutzes: Abgemahnt wurde wegen der identischen Nutzung des Markennamens **Harley Davidson** für Postkarten - die eingetragene Marke war auch für diesen Bereich geschützt. Vorwurf: Verletzung Identitätsschutz, sprich die Nutzung eines identischen Zeichens für identische Ware.

Übrigens: Im Markenrecht gibt es neben dem Identitätsschutz und auch einen Verwechslungsschutz. Das bedeutet, dass auch ähnliche Zeichen in den Markenschutz fallen - die Bewertung einer solchen Verwechslungsgefahr ist allerdings oft schwer. Letztlich geht es um einen phonetischen, visuellen und begrifflichen Vergleich. Aber natürlich kommt es bei Bewertung der Verwechslungsgefahr wechselwirkend auch auf die Warennähe an.

Marke III: Benutzung der Marke "Sompex"

Abmahner: Sompex GmbH & Co. KG

Kosten: 2.002,41 EUR zzgl. Schadensersatz

Darum geht es: Hier ging es um einen eher ungewöhnlichen Fall: Der Abgemahnte hat zwar Originalwaren des Abmahners angeboten, aber dies unter einer anderen (weiteren) Marke. Dadurch wäre die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt, so der Vorwurf. Das dürfte rechtlich nicht ganz unumstritten sein, denn das Angebot erfolgt zumindest auch unter der Marke des Abmahners, und halt zusätzlich unter einer weiteren Marke. Auch wenn ein gewisser Grad an Irreführung vorliegt, bleiben Zweifel, ob tatsächlich einen Markenverstoß vorliegt in solchen Konstellationen. Aber natürlich ist stets anzuraten die Ware nur mit 1 Marke und zwar mit der zutreffenden zu bewerben.

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. Warum wurde ausgerechnet ich abgemahnt?

Viele Markeninhaber überwachen ihre Marken selbst oder durch einen Dienstleister. Meldet dann ein Dritter diese Marke bei den Markenämtern an oder nutzt diese Marke offline oder online, ohne dazu berechtigt zu sein, schlägt die Überwachungssoftware Alarm und meldet die vermeintliche Rechtsverletzung. Natürlich kann es in einen oder anderen Fall auch sein, dass ein unliebsamer

Mitbewerber den Verstoß gemeldet hat oder der Markeninhaber den Abgemahnten aufgrund einer bestehenden, aber gescheiterten Geschäftsbeziehung ohnehin auf dem Schirm hatte - wie auch immer: Marken werden angemeldet, 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, einen Rechtsstreit ohne gerichtliche Entscheidung beizulegen - der Abmahnende gibt dem Verletzer also die Chance auf eine außergerichtliche Einigung - das spart Kosten. Aber natürlich ist eine Abmahnung erst einmal ein Hammer: Finanziell und auch tatsächlich, denn sie stellt einen erheblichen Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Abgemahnten dar. Und doch ist die Abmahnung, sofern sie berechtigt und nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt, grundsätzlich eine Chance.

3. Was wollen die eigentlich 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 in der Regel alle Ansprüche zu bejahen - liegt keine Rechtsverletzung vor, folgt daraus die Abweisung aller (!) Ansprüche.

4. Was bedeutet der Unterlassungsanspruch für mich?

Sofern Sie eine geschützte Marke unbefugt benutzt haben, hat der Markeninhaber (oder ein Berechtigter) gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG einen Unterlassungsanspruch gegen Sie. Das bedeutet, dass der Markeninhaber verlangen kann, dass Sie die Rechtsverletzung in Zukunft unterlassen. Um sich abzusichern und die Ernsthaftigkeit Ihrer diesbezüglichen Erklärung zu gewährleisten, wird in der Unterlassungserklärung eine Vertragsstrafe festgelegt. Nur die Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung lässt den Unterlassungsanspruch entfallen - für den Abgemahnten bedeutet dies: Er hat die Chance, dass durch die Abgabe der Erklärung der Unterlassungsanspruch ausgeräumt und damit eine gerichtliche Durchsetzung vermieden werden kann.

5. Sollte die beigefügte Unterlassungserklärung abgegeben werden?

Da die Abgabe der Unterlassungserklärung aber bei Annahme durch die Gegenseite zu einem rechtsverbindlichen Vertrag führt, sollte genau darauf geachtet werden, was in der Erklärung steht:

Die vom gegnerischen Anwalt vorformulierte Erklärung ist zwangsläufig im Interesse des Markeninhabers formuliert und dementsprechend weit gefasst - es empfiehlt sich daher in der Regel, diesen Entwurf zu überarbeiten (modifizieren), damit die Erklärung so formuliert ist, dass sie den

Ansprüchen des Markeninhabers genügt, gleichzeitig aber auch den Verletzer möglichst wenig belastet. Wie auch immer. Auf keinen Fall sollte zukünftig gegen die Unterlassungserklärung verstoßen werden, da ansonsten eine nicht unerhebliche Vertragsstrafe droht.

6. Was kostet das jetzt?

Markenabmahnungen sind teuer - sagt der Volksmund. Und das stimmt - vor allem im Markenrecht:

Wer eine Markenverletzung begeht, veranlasst den verletzten Markeninhaber, einen Anwalt mit der Abmahnung zu beauftragen - der Anwalt kann und wird dafür ein Honorar verlangen. Da die Ursache für diese Beauftragung in der Markenrechtsverletzung zu sehen ist, hat der Markeninhaber nach ständiger Rechtsprechung einen Kostenerstattungsanspruch. Darüber hinaus steht dem Markeninhaber wegen der Verletzung seiner Marke auch ein Schadensersatzanspruch zu - der Abgemahnte wird also doppelt zur Kasse gebeten.

Und wie berechnet sich der Zahlungsanspruch?

Die Höhe des Kostenerstattungsanspruchs richtet sich nach dem der Abmahnung zugrunde liegenden Gegenstandswert - dieser ist gemäß § 3 ZPO vom Gericht zu bestimmen. Maßgeblich für die Höhe dieses Wertes ist das Interesse des Abmahnenden an der Verfolgung der Verletzungshandlung. 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 (sog. „Angriffsfaktor“). Im Markenrecht hat sich in der Rechtsprechung ein sogenannter Regelstreitwert von 50.000 Euro durchgesetzt, der im Einzelfall natürlich über- oder unterschritten werden kann. So sind etwa die Dauer und Intensität der Markenverletzung, die erzielten Umsätze, die Bekanntheit und der Ruf der Marke zu berücksichtigen und für jeden Einzelfall gesondert zu bewerten.

Für den Schadensersatzanspruch selbst gibt es 3 Berechnungsarten nach Wahl des Verletzten:

- es ist der Gewinn zu ersetzen, den der Verletzer infolge der Markenverletzung verloren hat, oder
- der vom Verletzer erzielte Gewinn ist herauszugeben (sog. Gewinnabschöpfungsanspruch) oder
- vom Verletzer die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr verlangt werden kann (sog. Schadensersatz im Wege der Lizenzanalogie).

7. Warum muss ich Auskunft erteilen?

Im Verletzungsfall hat der Rechteinhaber gemäß § 19 MarkenG einen Auskunftsanspruch - dieser dient in erster Linie dazu, den Schadensersatz berechnen zu können. Denn der Rechteinhaber hat keine Kenntnis über den Umfang der Verletzungshandlung. Die Auskunft ist dabei wahrheitsgemäß und vollständig zu erteilen - gelegentlich wird auch ein Rechnungslegungsanspruch geltend gemacht - in diesem Fall sind sämtliche Belege, die im Zusammenhang mit der Verletzungshandlung stehen, vorzulegen.

8. Und der Vernichtungsanspruch?

Auch den gibt es - nach § 18 MarkenG. Er spielt vor allem in Plagiatsfällen eine große Rolle - hier hat der

Markeninhaber ein Interesse daran, dass die Plagiate ein für alle Mal vom Markt verschwinden und vernichtet werden. Dies kann entweder selbst in Auftrag gegeben werden oder die Ware wird dem Markeninhaber zur Vernichtung übergeben.

9. Und warum ist bei Markenabmahnungen oft ein Patentanwalt beteiligt?

Bei vielen markenrechtlichen Abmahnungen wird ein Patentanwalt eingeschaltet. Dies hat für den Abgemahnten einen entscheidenden Nachteil:

Neben den Rechtsanwaltskosten sind dann regelmäßig auch die Kosten für die Einschaltung des Patentanwalts zu erstatten - die Kostenbelastung verdoppelt sich. Diese Praxis ist in der Rechtsprechung inzwischen heftig umstritten. Einige Gerichte halten die Einschaltung eines Patentanwalts bei einfachen Markenverletzungen für nicht erforderlich und lehnen daher einen Erstattungsanspruch ab. Zuletzt hatte der Bundesgerichtshof (Urteil vom 10.05.2012, Az.: I ZR 70/11) hierzu ausgeführt:

“

"Aus dem Umstand, dass es im konkreten Fall erforderlich ist, einen Rechtsanwalt mit der Abmahnung einer Kennzeichenverletzung zu beauftragen, folgt nicht, dass es auch erforderlich ist, einen Patentanwalt mit der Abmahnung zu beauftragen. Ist ein Rechtsanwalt aufgrund seiner kennzeichenrechtlichen Kenntnisse allein in der Lage, den Fall rechtlich zu beurteilen und den Verletzer abzumahnern, ist die zusätzliche Einschaltung eines Patentanwalts nicht erforderlich. Es bedarf daher grundsätzlich einer gesonderten Prüfung, ob es erforderlich war, neben einem Rechtsanwalt auch einen Patentanwalt mit der außergerichtlichen Verfolgung einer Markenverletzung zu beauftragen."

”

Es sollte also genau geprüft werden, ob die Einschaltung eines Patentanwalts notwendig war.

Autor:

RA Felix Barth

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz / Partnermanagement