

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Abmahnradar: E-Mail-Werbung ohne Einwilligung / Werbung: Bekömmlich / Abtropfgewicht / Marken: Chilla, Smiley, Elara

Abmahner kennen kein hitzefrei: Auch in den letzten Wochen wurde wieder munter abgemahnt. Sei es wegen fehlender Altersverifikation beim Verkauf von E-Zigaretten oder wegen fehlender Angaben zu Abtropfgewicht, zum Zutatenverzeichnis oder zum Grundpreis. Ebenso beliebt: Die Abmahnungen wegen der irreführenden Verwendung des Werbeslogans "bekömmlich". Nicht weniger aktiv waren die Markeninhaber: Betroffen waren diesmal unter anderem die Marken Chilla, Elara oder Rostfrei Edelstahl.

Vorweg ein Tipp für **Mandanten der IT-Recht Kanzlei** in Sachen Abmahnungen: Sie finden im Mandantenportal in der Infothek unter [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:

E-Mail-Werbung ohne Einwilligung

Abmahner: Stefan Richter

Kosten: 627,13 EUR

Darum geht es: Ein bekanntes Problem und Phänomen: Viele Betreiber kommerzieller Websites bieten ihren Besuchern die Möglichkeit, sich über die Website für den eigenen E-Mail-Newsletter anzumelden. Im Rahmen des Anmeldevorgangs werden jedoch häufig die gesetzlichen Mindestanforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung für E-Mail-Werbung nicht erfüllt, was wiederum ein nicht unerhebliches Abmahnrisiko für den Versender des E-Mail-Newsletters mit sich bringt. Hinzu kommt, dass der Abmahner auch in diesem Fall einen umfassenden datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch geltend macht.

Unsere kurze Checkliste zum Thema - auch in Zeiten nach der DSGVO:

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

- Art der beabsichtigten Werbung (Brief, E-Mail/SMS, Telefon, Fax),
- Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll,
- zeitliche Frequenz der Werbenachrichten (streitig),
- das/die werbenden Unternehmen,
- Hinweis auf Widerrufsmöglichkeit

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 einen umfangreichen weiterführenden Leitfaden zur Einwilligung beim Newsletterversand bereitgestellt, der auch das Thema DSGVO berücksichtigt, diesen können Sie [hier](#) abrufen!

Exkurs: Der nicht ganz unbekannte Abmahner hatte zuletzt auch oftmals die Bewertungsanfragen per Mail abgemahnt - gerne sehen Sie hierzu mehr in [diesem Beitrag](#).

Fehlende Angaben Abtropfgewicht / Fehlender Grundpreis / Fehlendes Zutatenverzeichnis / Werbung: bekömmlich

Abmahner: Verband Sozialer Wettbewerb e.V.

Kosten: 238,00 EUR

Darum geht es: Hier wurde die fehlende Angabe des Abtropfgewichtes (Verstoß gegen Fertigpackungsverordnung) beanstandet. Es handelte sich um gemischtes Gemüse in Essig, bei denen nur die Nennfüllmenge angegeben war - die Angabe des Abtropfgewichtes ist jedoch nach der genannten Verordnung vorgeschrieben.

Tipp: [Hier](#) finden Sie weitere Informationen zur Fertigverpackungsverordnung. Und hier ganz allgemein wichtige Informationen zum rechtssicheren Verkauf von Lebensmitteln finden Sie [hier](#).

Ein weiteres Thema war der Werbeslogan "bekömmlich". Dieser Werbeslogan wurde bereits im Zusammenhang mit verschiedenen Lebensmitteln verwendet. Hier ging es um die Werbung für [Kaffee](#): Sog. (unspezifische) gesundheitsbezogene Angaben wie „bekömmlich“ oder auch „magenschonend“ oder „magenfreundlich“ sind mangels Bestimmtheit keine zulässigen Health Claims. Solche unspezifischen Angaben dürfen in der Werbung nur verwendet werden, wenn ihnen eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe aus den Listen der Art. 13 oder 14 VO (EG) 1924/2006 beigelegt ist.

Übrigens: Dies gilt natürlich auch für die Bewerbung von [Alkohol](#).

Abgemahnt wurde zudem die **fehlende Grundpreise**. Gemäß § 2 PAngV besteht die Verpflichtung bei Waren, die nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche angeboten werden den Grundpreis anzugeben. Dies fehlte hier.

Hier noch einmal alles Wissenswertes zum Thema Grundpreisangaben:

1. Wenn Sie Waren nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche verkaufen, dann müssen Sie Grundpreise angeben. Auch bspw. beim Verkauf von Abdeckplanen, Sicherheits- und Fangnetze, Luftpolsterfolie, Klebebänder bzw. Klebebandrollen müssen Grundpreise angegeben werden.
2. Der Endpreis und der Grundpreis eines Produkts müssen auf einen Blick wahrgenommen werden können. Das gilt selbstverständlich auch für "Cross-Selling-Produkte", "Produkte des Monats" etc., die häufig auf der Startseite von Online-Shops beworben werden.
3. Auch bei "Google-Shopping" und anderen Online-Preissuchmaschinen und/oder –Produktsuchmaschinen müssen grundpreispflichtige Produkte zwingend mit einem Grundpreis versehen sein.
4. Auch bei Waren-Sets bzw. Produktkombination (sog. Bundles) sind Grundpreisangabe notwendig, wenn der Wert der unterschiedlichen Produkte nicht annähernd gleichwertig ist (Wertverhältnis von Hauptware zur kombinierten Ware beträgt 90%:10% oder mehr). Entscheidend ist, ob die zur Hauptware zusätzlich gelieferte Ware vom Verbraucher als unerhebliche Zugabe angesehen wird.
5. Zu beachten ist letztlich auch, dass bei festen Lebensmitteln in Aufgussflüssigkeiten (z.B. Obst oder Gemüse in Konserven oder Gläsern), die neben der Gesamtfüllmenge auch das Abtropfgewicht ausweisen, der Grundpreis auf das jeweilige Abtropfgewicht zu beziehen ist.

Tipp: [Hier](#) gibt es Tipps für die "neuen" Regelungen zu den Grundpreisangaben seit Mai 2022.

Und schließlich wurde noch das fehlende **Zutatenverzeichnis** abgemahnt.

Online-Händler, die vorverpackte Lebensmittel durch Einsatz von Fernkommunikationstechniken (z.B. E-Mail, Katalog, Internet) zum Verkauf anbieten, sind (schon seit dem 13.12.2014) verpflichtet, dass Verbrauchern noch vor dem Abschluss eines Kaufvetrages bestimmte Pflichtinformationen verfügbar gemacht werden.

Gemäß Artikel 9 EU-Lebensmittelinformationsverordnung handelt es sich dabei neben der Zutatenverzeichnis um folgende Angaben:

- Die Bezeichnung des Lebensmittels
- **Das Verzeichnis der Zutaten**
- Alle in Anhang II aufgeführten Zutaten und Verarbeitungshilfsstoffe sowie Zutaten und Verarbeitungshilfsstoffe, die Derivate eines in Anhang II aufgeführten Stoffes oder Erzeugnisses sind, die bei der Herstellung oder Zubereitung eines Lebensmittels verwendet werden und - gegebenenfalls in veränderter Form - im Enderzeugnis vorhanden sind und die Allergien und Unverträglichkeiten auslösen.
- Die Menge bestimmter Zutaten oder Klassen von Zutaten

- Die Nettofüllmenge des Lebensmittels
- Gegebenenfalls besondere Anweisungen für Aufbewahrung und/oder Anweisungen für die Verwendung
- Der Name oder die Firma und die Anschrift des Lebensmittelunternehmers* nach Artikel 8 Absatz 1
- Das Ursprungsland oder der Herkunftsort, wo dies nach Artikel 26 vorgesehen ist.
- Eine Gebrauchsanleitung, falls es schwierig wäre, das Lebensmittel ohne eine solche angemessen zu verwenden.
- Für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent die Angabe des vorhandenen Alkoholgehalts in Volumenprozent.

Faustregel für die Onlinekennzeichnung: Orientieren Sie sich an der Produktverpackung! [Hier](#) finden Sie alles Wissenswerte zum Thema Onlinekennzeichnung.

E-Zigaretten: Fehlende Altersverifikation

Abmahner: Dampf-Shop GmbH

Kosten: 1.501,19 EUR

Darum geht es: Ein Online-Händler verkaufte über seinen Online-Shop E-Zigaretten und Teile von E-Zigaretten. Durch einen Testkauf stellte ein Mitbewerber fest, dass der Händler diese Waren ohne Altersverifikation verkaufte und versandte. Daraufhin mahnte der Wettbewerber den Online-Händler ab. Der Vorwurf lautete, dass der Händler gegen § 10 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit § 1 Abs. 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) verstoßen habe. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen ist der Versandhandel mit den genannten Waren nur zulässig, wenn sichergestellt ist, dass keine Abgabe an Kinder und Jugendliche erfolgt.

Tipp: [Hier](#) haben wir uns mit derlei Abmahnungen schon mal auseinandergesetzt.

Marke I: Benutzung der Marke "Chilla"

Abmahner: Sebastian Kins & Christoph Eberling

Kosten: 2.002,41 EUR

Darum geht's: Hier hatte der Abmahner mehrere Marken mit dem Wortbestandteil Chilla - geschützt für Bekleidungsstücke - abgemahnt, und zwar für ein Fleece-Oberteil, das unter dem Namen Chilla angeboten wurde. Es liegt also Marken- und Klassenidentität vor. Fraglich kann dann nur sein, ob es sich um eine markenmäßige Benutzung oder um eine bloße Modellbezeichnung handelt. Letzteres kann ggf. aus der Markenverletzung herausführen - im Bekleidungssegment ist dies allerdings schwierig.

Tipp: Das Problem der Abgrenzung Zweitmarke/Modellbezeichnung hatten wir in [diesem Beitrag](#) schon mal angesehen.

Marke II: Benutzung der Marke "Smiley"

Abmahner: THE SMILEY COMPANY SPRL

Kosten: n.n.

Darum geht es: Zuletzt wurden hunderte deutsche eBay- und Etsy-Händler von E-Mails eines US-Anwalts überrumpelt, mit denen sie über den Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung gegen sie vor einem US-Gericht wegen der potenziellen Verletzung geistiger Eigentumsrechte der „The Smiley Company SPRL“ informiert wurden. Was es mit diesen Schreiben auf sich hat und wie betroffene Händler sich nun verhalten sollten, zeigt [dieser Beitrag](#).

Marke III: Benutzung der Marke "Inbus"

Abmahner: INBUS IP GmbH

Kosten: 2.002,41

Darum geht es Ein alter Bekannter ist wieder da: Die Inbus-Abmahnung. Inbus ist tatsächlich ein eingetragenes Warenzeichen - was offenbar viele nicht wissen. Kein Wunder, wird dieser Begriff doch umgangssprachlich bereits als beschreibender Gattungsbegriff für einen bestimmten Schlüsseltyp verwendet. In diesem Fall hat der Markeninhaber offenbar zu lange gewartet und zugelassen, dass sich diese Marke zu einem Gattungsbegriff entwickelt hat. Nichtsdestotrotz: Die Marke ist geschützt und es gibt Gerichte, die hier eine klare Markenbenutzung bzw. Markenverletzung sehen, wann immer der Inbus für nicht originale Inbus-Produkte verwendet wird. Mittlerweile sind die Abmahnungen wegen Einschaltung einer Kanzlei auch richtig teuer, das war früher anders, als der Rechteinhaber noch selbst abgemahnt hatte.

Wir hatten uns in diesem [Beitrag](#) mal mit dem Problemkreis Gattungsbezeichnungen ganz allgemein befasst.

Marke IV: Benutzung der Marke "Edelstahl Rostfrei"

Abmahner: Warenzeichenverband Edelstahl Rostfrei e.V.

Kosten: 2.584,09 EUR

Darum geht es: Hier hat ein Warenzeichenverband abgemahnt: Bei der Kennzeichnung „Edelstahl rostfrei“ handelt es sich um eine solche geschützte Wortkombination. Diese ist vom Warenzeichenverband Edelstahl Rostfrei e.V. als deutsche Wort-/Bildmarke (DE 30 2017 014 667) sowie der Unions-Wort-/Bildmarke (EU 004674231) angemeldet und eingetragen worden. Bei beiden Marken handelt es sich um sogenannte Kollektivmarken. Der Abgemahnte gehörte nicht dem Verbund an, nutzte die Marke aber trotzdem.

Tipp: Wir haben uns in diesem [Beitrag](#) mal näher mit dem Thema auseinandergesetzt.

Marke V: Benutzung der Marke "Elara"

Abmahner: Elara GmbH

Kosten: 2.171,50 EUR zzgl. Schadensersatz

Darum geht es: Hier mal wieder ein Fall der berüchtigten Vornamen-Markenabmahnungen. Diesmal: Elara - genutzt und geschützt für Bekleidung und Schuhwaren. Bedeutet: Kein Dritter darf dieses Zeichen markenmäßig verwenden, außer es liegt eine Berechtigung durch den Rechteinhaber vor.

Tipp: In [diesem Beitrag](#) haben wir uns mit dieser Abmahnthematik schon mal beschäftigt.

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 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.

Hier gibt es mehr zur [Reaktion bei Markenabmahnungen](#).

Autor:

RA Felix Barth

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz / Partnermanagement