

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Abmahnradar: Irreführung Artikelzustand / WEEE: Fehlende Angabe / Werbung: CE-geprüft / Bilderklau / Marke: KTM

Wann ist ein Artikel NEU - zu diesem Thema gab es diese Woche eine Abmahnung mit dem Vorwurf, dass ein bereits registriertes Handy fälschlich und irreführend als NEU bei eBay angeboten wurde. Außerdem ging es um die Werbung mit dem Schlagwort CE-geprüft - immer noch wird mit diesem vermeintlichen Gütesiegel falsch geworben. Und im Urheberrecht hatten wir mehrere Abmahnungen wegen Bilderklau. Im Markenrecht ging es wieder einmal um die Marke KTM.

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

Irreführung Artikelzustand

Abmahner: Handy Deutschland GmbH

Kosten: 1.134,55 EUR

Darum geht es: Hier ging es um ein eBay-Angebot (Apple Iphone), das als NEU beworben wurde - ein Testkauf und ein aufwändiges Prüfverfahren durch den Abmahner hat aber wohl ergeben, dass es sich um ein gebrauchtes Gerät handelte - zumindest konnte wohl nachgewiesen werden, dass es zumindest einmal registriert war. Die Rechtsprechung hatte sich diesbzgl. bereits positioniert:

Der Verkehr verstehe die Werbung mit der Angabe „neu“ im Sinne von „fabrikneu“ (so z.B. LG Aachen, Urteil vom 13.01.2015, Az.: 41 O 60/14).

Als fabrikneu kann eine Ware nur dann angesehen werden, wenn sie noch nicht benutzt wurde, keine

Lagerschäden erlitten hat und noch in der gleichen Ausführung hergestellt wird (OLG Saarbrücken, Urteil vom 02.04.2014, Az.: 1 U 11/13).

Auch wenn eine Ware völlig unbenutzt ist, sich also beispielsweise noch in der versiegelten Originalverpackung befindet, kann eine längere Lagerdauer der Ware dazu führen, dass diese nicht mehr als Neuware im Rechtssinne angeboten werden darf. Vorliegend wurde auf die bereits vorgenommenen Registrierung eines Apple iPhones abgestellt.

Weitere Informationen hierzu finden Sie in [diesem Beitrag](#).

WEEE-Registrierungsnummer: Fehlende Angabe

Abmahner: Smart Electric - VDF International PTE. LTD Thorsten Hellmann

Kosten: 229,00 EUR

Darum geht es: Hier geht es um die fehlende Angabe der WEEE-Nummer. Hintergrund: Hersteller müssen nach dem ElektroG registriert sein. Vertreiber/Händler, die nicht registrierte Elektrogeräte in Verkehr bringen, gelten ebenfalls als Hersteller. Abgesehen von besonderen Hinweis- und Meldepflichten müssen diese beim „Anbieten“ immer ihre Registrierungsnummer (WEEE-Nummer) angeben.

Soweit - so (un)gut. Bei diesen Abmahnungen aus Singapur ist jedoch einiges auffällig: Es fehlen die vollständigen Kontaktdaten des Abmahnenden in der Abmahnung selbst, was einen Verstoß gegen die formellen Anforderungen an eine Abmahnung darstellt. Zudem wird direkt ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht - ohne den möglichen Schaden darzulegen. Hier scheint es nicht primär um die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zu gehen. Aber natürlich ist das Thema an sich rein rechtlich für jeden Händler relevant und sollte Anlass sein, die Angebote diesbzgl. zu prüfen.

Wie Händler diesbzgl. ihren Pflichten nachkommen können sehen Sie etwa in [diesen Beitrag](#).

Werbung mit CE-geprüft

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

Kosten: 255,00 EUR

Darum geht es: In diesem Fall ging es um die Werbung mit dem Schlagwort „CE-geprüft“ für ein LED-Netzteil. Immer wieder werden Online-Händler abgemahnt, die mit der **Aussage „CE-geprüft“, "CE-Prüfung", "CE-zertifiziert" oder "Zertifizierung nach CE"** werben. Rechtlicher Hintergrund: Die "CE-Kennzeichnung" stellt in der Regel kein Gütezeichen dar. Die Anbringung des CE-Zeichens durch den Hersteller ist eine Eigenerklärung des Herstellers. Eine Prüfung durch eine dritte, unabhängige Stelle findet dabei gerade nicht statt.

Wer also mit einer „CE-Zertifizierung“ wirbt oder das CE-Zeichen werblich darstellt, handelt irreführend und abmahnfähig. Sei es, weil er damit vortäuscht, eine neutrale Stelle habe eine Prüfung vorgenommen und die Ware weise eine besondere Sicherheit und Qualität auf, die sie von den auf dem Markt befindlichen Produkten abhebe, sei es, weil er mit einer Selbstverständlichkeit wirbt, eben dem

CE-Zeichen, das für diese Ware immer zwingend erforderlich ist.

Weitere Informationen zur CE-Kennzeichnung finden Sie [hier](#).

Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung I

Abmahner: dpa Picture-Alliance GmbH

Kosten: 516,04 EUR

Darum geht es: Diesbezüglich werden uns schon seit Jahren regelmäßig Abmahnungen vorgelegt: Hier wurde wegen der angeblich unberechtigten Nutzung u.a. von geschütztem Bildmaterial abgemahnt. Wobei: Abmahnung ist hier eigentlich der falsche Ausdruck: Denn es werden nur Schadensersatzansprüche geltend gemacht, auf Unterlassungsansprüche bzw. die Abgabe einer Unterlassungserklärung wird ausdrücklich verzichtet. Hier muss jeder Abgemahnte selbst prüfen, ob das Zahlungsangebot attraktiv ist und/oder ggf. besser vorbeugend eine Unterlassungserklärung abzugeben ist und dann möglicherweise ins streitige Verfahren gewechselt werden soll.

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

Und noch ein Tipp: 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.

Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung II

Abmahner: Engelbert Strauss GmbH & Co. KG

Kosten: n.n.

Darum geht es: Und jetzt nochmal eine "echte" Abmahnung aus dem Urheberrecht: Wie fast jede Woche wird wiederum eine Urheberrechtsverletzung wegen unerlaubter Nutzung von Bildmaterial geltend gemacht. Bei diesen urheberrechtlichen Abmahnungen geht es in der Regel um **Unterlassung der rechtsverletzenden Bildnutzung (Abgabe einer Unterlassungserklärung), Auskunft, Schadensersatz und Aufwendungsersatz**. Abhängig von der Anzahl der abgemahnten Bilder und der Dauer der Nutzung können die Forderungen nach Schadensersatz und Kostenerstattung durchaus hoch ausfallen. In vorliegendem Fall hatte der Abgemahnte Glück, da der Rechteinhaber selbst ohne anwaltliche Hilfe abgemahnt hatte, und somit eine Kostenerstattungsanspruch entfällt.

Marke: Benutzung der Marke "KTM"

Abmahner: KTM AG

Kosten: 4.120,50 EUR

Darum geht es: Bei dem abgemahnten Produkt handelt es sich um ein Zubehörteil, das mit der geschützten Marke beworben wurde. Online-Händler, die auf ihrer Website Nicht-Originalersatzteile verkaufen, sollten darauf achten, dass im Zusammenhang mit dem jeweiligen Angebot darauf hingewiesen wird, dass es sich bei der Ware nicht um ein Originalprodukt der Marke handelt. Der Kunde muss bereits aus dem Kontext erkennen können, dass es sich bei dem Produkt auf der Internetseite lediglich um ein Nicht-Originalprodukt handelt. Bereits durch die Formulierung „kompatibel mit“ oder "passend für" kann eine Irreführung des Kunden vermieden und zusätzlicher Internetverkehr generiert werden.

Siehe hierzu auch unseren [Beitrag](#) zu dieser Thematik.

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 im 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 Verletzte infolge der Markenverletzung verloren hat, oder
- der vom Verletzte erzielte Gewinn ist herauszugeben (sog. Gewinnabschöpfungsanspruch) oder
- vom Verletzte 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