

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

## Auf dem Abmahnradar: Unwirksame AGB-Klauseln / alte Widerrufsbelehrung / versicherter Versand / OS-Link / Bilderklau / Marke: GarPet

Die Abmahner nehmen langsam wieder Fahrt auf. Es geht dabei immer wieder um die gleichen Themen: OS-Link, falsche Widerrufsbelehrung, unwirksame AGB-Klauseln, versicherter Versand. Und in Sachen Urheberrecht das Thema Bilderklau. Im Bereich Marke ging es mal wieder um den Amazon-Anhängefall in Sachen GarPet. Schon erstaunlich, dass es Woche für Woche meist die gleichen Abmahngründe sind und somit wohl immernoch so viele Händler da draußen sind, die sich rechtlich diesbzgl. nicht beraten haben lassen. Egal um welche Art Abmahnung es letztlich geht - wichtig ist aber immer: Wer die Gefahr kennt, kann Abmahnungen verhindern - deshalb klären wir auf.

Vorweg ein Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Neben den klassischen Abmahnfallen finden Sie im Mandantenportal auch eine ausführliche Zusammenstellung über die [meistabgemahnten Begriffe](#).

## Kein OS-Link, alte WRB, unwirksame AGB-Klauseln im Bereich Gewährleistung etc.

**Wer:** Fabian Buchler

**Was:** keine Impressumsangaben

**Wieviel:** 1.358,86 EUR

**Wir dazu:** Zum Thema OS-Link und Widerrufsbelehrung (falsche Widerrufsfolgen, falsche -frist etc.) haben wir bereits an anderer Stelle hier Stellung bezogen. 2 Klassiker, die vermeidbar wären. Zudem wurden hier aber zahlreiche unwirksame AGB-Klauseln abgemahnt wie etwa:

- "Die Sachmängelhaftung für gewerbliche Kunden beträgt 6 Monate"
- "Es werden grundsätzlich keine Kosten für zusätzliche Einbau, Bergung oder Überprüfungen erstattet."
- "Falls der entstandene Mangel bei Rückgabe eines defekten Artikels und anschließender Überprüfung nicht durch ein von ATR geliefertes Bauteil verursacht wurde, wird die Austauschlieferung und die Überprüfung mit 150,-€ pauschal in Rechnung gestellt."
- "Elektrische Bauteile (Steuerung) sind vom Umtausch ausgeschlossen."

Hier ist sicherlich viel falsch gelaufen.

**Entwarnung für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei:** Sofern Sie den [Pflegetexte für Rechtstexte](#) nutzen, sind Ihre AGB und Widerrufsbelehrung immer auf dem aktuellen Stand und hätten alle abgemahnten Punkte umgehen können, auch und gerade in Bezug auf ebay, denn unsere Texte sind auf die jeweiligen Anforderungen zugeschnitten. Und: Sofern Sie als Onlineshophändler die Texte über die Schnittstellen zum Shopsystem nutzen erfolgt die Aktualisierung sogar vollautomatisch. Wer eine komplette Überprüfung seiner Angebote wünscht, bekommt im unlimited-Paket der Kanzlei einen Rundum-Schutz.

## Fehlender Link zur Streitschlichtung

**Wer:** Wetega UG

**Was:** Fehlende Verlinkung Streitschlichtung

**Wieviel:** 281,30 EUR

**Wir dazu:** Diese Thema dürfte definitiv unter den Top 3 der Abmahngründe der letzten Zeit sein, auch wenn es schon eigentlich ein altes Hut sein sollte. Auch der abmahnende Anwalt samt Abmahner sind keine unbekannt.

Wir fassen das Thema nochmal kurz zusammen:

Online-Händler müssen seit dem 09.01.2016 auf die **EU-Plattform zur Online-Streitbeilegung verlinken**. Stellen Sie also nachfolgenden Text mitsamt anklickbarem Link auf die OS-Plattform direkt unterhalb Ihrer Impressumsangaben dar (ohne die Anführungszeichen):

„Plattform der EU-Kommission zur Online-Streitbeilegung: [www.ec.europa.eu/consumers/odr](http://www.ec.europa.eu/consumers/odr)“

Nach jüngster Rechtsprechung muss der Teil der Information "[www.ec.europa.eu/consumers/odr](http://www.ec.europa.eu/consumers/odr)" als anklickbarer Hyperlink ausgestaltet sein. Eine bloße Verweisung unter Nennung des URL der OS-Plattform reicht zur Erfüllung der Informationspflicht nicht aus!

Wie setzt man bei den unterschiedlichen Plattformen (Amazon, DaWanda, eBay etc.) den klickbaren Link im Impressum um?

Dies haben wir für

- Amazon [hier beschrieben](#).
- eBay [hier dargestellt](#).
- Hood [hier dargestellt](#).

Bei der Plattform [www.dawanda.de](http://www.dawanda.de) besteht aktuell kein Handlungsbedarf, da der Plattformbetreiber im Impressum der DaWanda-Händler einen klickbaren Link auf die EU-Schlichtungsplattform bereitstellt.

## IDO: Versicherter Versand / Vertragstext / WRB

**Wer:** IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V.

**Wieviel:** 232,05 EUR

**Wir dazu:** IDO ist und bleibt der vermutlich der abmahnstärkste Verband auf dem Markt, auch wenn es derzeit eher ruhig geworden ist - das zeigt sich jede Woche aufs neue:

**Vertragstextspeicherung:** Im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber dem Verbraucher sind einige Infopflichten hinsichtlich des Vertragsabschlusses einzuhalten. Vorliegend ging es um die Vertragstextspeicherung - insgesamt sind aber meist die folgenden Punkte Gegenstand von Abmahnungen, sofern sie nicht in den AGB zu finden sind:

- die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen
- die Information darüber, ob der Vertragstexte nach dem Vertragsschluss vom Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist.
- Informationen über die technischen Mittel zur Berichtigung von Eingabefehlern

**Versicherter Versand:** Die ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass die Werbung mit "versicherten Versand" im Online-Handel eine Werbung mit Selbstverständlichkeiten und damit unzulässig ist, weil das Transportrisiko bei Verbrauchsgüterkäufen schon per Gesetz den Unternehmer trifft. Nach § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 447 BGB trägt stets der Verkäufer das Risiko des zufälligen Untergangs, der Beschädigung oder des Verlusts der Ware. Macht ein Online-Händler in seinem Angebot insofern auf diese gesetzliche Bestimmung der Risikoübernahme in einer Weise aufmerksam, die dem Kunden suggeriert, er erhalte eine zusätzliche, vom Verkäufer gewährte (besondere) Serviceleistung, stellt dies grds. eine unlautere geschäftliche Handlung dar.

**Widerrufsbelehrung:** Immer noch ein Top-Thema bei Abmahnern. Hier wurde bemängelt, dass das Widerrufsformular fehlt und dass eine Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung fehlte und die WRB im Fließtext ohne Überschriften verwendet wurde.

**Exkurs WRB/Formular:** Wir klären in diesem [Beitrag](#) ausführlich um die jüngsten Wirrungen zum Thema Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung oder im Widerrufsformular auf.

## Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung

**Wer:** Mambog B.V.

**Was:** Unberechtigte Bildnutzung

**Wieviel:** 1.379,10 EUR

**Wir dazu:** Hier ging es um die Verwendung von Produktfotos auf einem Onlineshop - abgemahnt wurde im Namen des Rechteinhabers. Sowas kommt aber in allen Branchen vor, da Produktfotos im Allgemeinen sehr begehrt, weil aufwendig in der Herstellung, sind. Fehlt die Erlaubnis des Urhebers bzw. Rechteinhabers des betroffenen Bildes, stellt dies grds. eine Verletzung der Rechte des

Urhebers/Rechteinhabers des geschützten Materials dar und löst entsprechende urheberrechtliche Ansprüche aus, die dann in einer Abmahnung durchgesetzt werden können. Neben Unterlassung und Auskunft hinsichtlich der Nutzung droht Schadensersatz, der sich bei fehlender Urheberrnennung auch verdoppeln kann - allerdings nur wenn auch der Urheber dieses Recht geltend macht. Achtung: Oft wird vergessen bei rechtmäßig bezogenen Bildern von Bilddatenbanken den Urheber nicht oder falsch zu nennen.

Sie finden [hier](#) einen guten Überblick zum Thema Bilderklau.

## Marke: Benutzung der Marke GarPet

**Wer:** GarPet GmbH & Co. KG

**Was:** Unberechtigte Nutzung Markenname GarPet auf Amazon (Anhängen)

**Wieviel:** 2.348,90 EUR

**Wir dazu:** Die klassische Amazon-Abmahnung: Der anhängende Mitbewerber wird abgemahnt, weil sich nach Testbestellung herausstellt, dass er nicht die beworbene Markenware (von Marke xy), sondern nur eine ähnliche Ware liefern kann. Allerdings ist nicht gänzlich geklärt, ob hier allein die Bezeichnung der Marke in der Unterüberschrift und sonst nirgend ausreichend ist, um von einer Herkunftstäuschung auszugehen.

**Tipps 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 - zur Vermeidung einer eigenen Abmahnung.

/Info

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 dahinter stecken, 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 denkwortwendig 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 einen 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