

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Auf dem Abmahnradar: Vertragstextspeicherung / Freibleibende Angebote / Mängelrechte / Garantiewerbung / Bilderklau / Marke: matches21

Eine weitere recht ruhige Abmahnwoche - DSGVO sei Dank. Der IDO hat sich aber mal wieder etwas mehr bemerkbar gemacht und recht umfangreich abgemahnt - quer durchs Beet: Mangelrüge, Vertragstextspeicherung, Rechtswahlklausel etc. - alles rund um das Thema AGB. Ansonsten sind immer noch unberechtigt genutzte Bilder bzw. der fehlende Bildquellennachweis Gegenstand von Abmahnungen. Und es ging mal wieder ums Markenrecht - diesmal wieder Amazon und das Dranhängen in Sachen matches21. Egal um welche Art Abmahnung es letztlich geht und wieviel abgemahnt wird - 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 ausführliches Zusammenstellung über die [meistabgemahnten Begriffe](#).

Urheberrecht: Unberechtigte Bildnutzung

Wer: Ansgar Sohn

Was: Unberechtigte Bildnutzung

Wieviel: n.n

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 Urhebernennung 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.

Garantiewerbung

Wer: VDAK e.V. – Verein Deutscher und Ausländischer Kaufleute e.V.

Was: Werbung mit Garantie

Wieviel: 142,80 EUR

Wir dazu: Die Abmahnungen wegen der Werbung mit einer Herstellergarantie - ein alter Bekannter. Wir wiederholen: Mit dem Begriff "Garantie" darf nur geworben werden, wenn dabei zum einen auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf hingewiesen wird, dass die Verbraucher durch die Garantie nicht eingeschränkt werden. Darüber hinaus muss der Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers, angegeben werden.

Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Wir stellen Ihnen auch hierzu Anleitungen zur Verfügung, die die notwendigen Inhalte der [Händler-Garantie](#) und [Hersteller-Garantie](#) aufführen.

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 Unbekannten.

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“

Nach jüngster Rechtsprechung muss der Teil der Information "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 besteht aktuell kein Handlungsbedarf, da der Plattformbetreiber im Impressum der DaWanda-Händler einen klickbaren Link auf die EU-Schlichtungsplattform bereitstellt.

E-Mail-Werbung

Wer: Lightfactory Berlin GmbH

Was: unzulässige email-Werbung

Wieviel: 1.025,55 EUR

Wir dazu: Ein bekanntes Problem, das immer wieder auf dem Abmahnmarkt aufpoppt: Viele Betreiber von gewerblichen Internetseiten bieten ihren Besuchern die Möglichkeit an, sich über die Website für den eigenen E-Mail-Newsletter anzumelden. Dabei werden im Rahmen des Anmelde-Verfahrens jedoch häufig nicht die gesetzlichen Mindestanforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung für E-Mail-Werbung erfüllt, woraus wiederum ein nicht unerhebliches Abmahnrisiko für den Versender von E-Mail-Newslettern resultiert.

Unsere kurze Checkliste zum Thema:

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

- **freiwillige** (keine vorangekreuzte Checkbox) Einwilligung,
- **eindeutige und bewusste** (der Empfänger muss wissen, was der Newsletter beinhalten wird) Einwilligung,
- **Protokollierung** der Einwilligung (Logfiles),
- jederzeitige **Abrufbarkeit** der Einwilligung (in der Datenschutzerklärung),
- Hinweis auf die jederzeitige **Widerrufbarkeit** der Einwilligung.

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 für Sie noch einen umfangreichen weiterführenden Leitfaden ("E-Mail Werbung: wie agiert man rechtssicher? Ein Leitfaden") bereitgestellt, diesen können Sie [hier](#) abrufen!

IDO: Vertragstextspeicherung / Mängelrüge / Rechtswahlklausel ua.

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 - das zeigt sich jede Woche aufs neue. Wir fassen einmal die Abmahnthemen des letzten Jahres zusammen:

Keine Information über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechtes in den AGB.

Ein Thema das in den AGB eines jeden Onlinehändler stattfinden sollte. Diese Abmahnung zeigt einmal mehr wie wichtig rechtskonforme AGB sind – nicht nur, dass dadurch das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer klar geregelt ist – zusätzlich kommt den AGB auch auf dem Abmahnmarkt eine gewichtige Rolle zu, da fehlende oder fehlerhafte Klauseln immer wieder Anlass für Abmahnungen sind.

Rechtswahlklausel: Gerügt wurde die (oder inhaltsgleiche) Klausel:

" Es gilt ausschließlich deutsches Recht".

Eine derartige Formulierung zur Rechtswahl sei unzulässig, da sich die Angebote in deutscher Sprache an Verbraucher aus Deutschland, Österreich und Schweiz richten. Sofern ein Vertrag mit einem at- oder ch-Kunden geschlossen würde, wären diesen die Vorschriften des Heimatlandes entzogen. Das ist unzulässig - es bedarf hier dringend noch eines klarstellenden Zusatzes, der die zwingenden Vorschriften des Heimatlandes ausnimmt.

Ausschließlich eigene AGB: Ebenfalls auf die AGB zielt der Punkt ab, der folgende Formulierung (oder inhaltsgleiche) eines dawanda-Händlers angreift:

“

"Für Geschäftsbeziehungen zwischen Verkäufer und Kunde gelten ausschließlich diese AGB"

”

Was viele offensichtlich nicht wissen: Bei dawanda oder etwa auch eBay ist sind die Nutzungsbedingungen der Plattformbetreiber stets mit einzubeziehen. Das ist nicht fakultativ. Ganz anders ist das natürlich im eigenen Onlineshop. Wir lernen daraus: Jede Plattform hat seine eigenen Anforderungen an die AGB.

Mängelrüge: Hier wurde eine Klausel angegriffen, die eine unverzügliche Prüfpflicht bei offensichtlichen Mängeln statuierte. Damit seien die gesetzlichen Verjährungsfristen unzulässig verkürzt.

Tipp für Mandanten der IT-Recht Kanzlei: In diesem [Beitrag](#) finden Sie hierzu und zu anderen gängigen Konstellationen im Gewährleistungsrecht Musterformulierungen.

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

Entwarnung für die Mandanten der IT-Recht Kanzlei: Sofern Sie den [Pflegeservice 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.

Marke: Verwendung der Marken "matches21"

Wer: matches21 GmbH

Was: Nutzung des matches21 auf amazon

Wieviel: 1.822,96 EUR

Wir dazu: Der Amazon-Markenklassiker: Hier werden Händler abgemahnt, die sich mit Ihren No-Name-Produkten an die bereits eingestellten Markenartikel anhängen – was dem Prinzip Amazon entspricht und auch sinnvoll ist, kann aus markenrechtlicher Sicht schnell zur Falle werden. Denn wenn ein Markenprodukt angeboten wird und der anhängende Händler zwar ein optisch identisches Produkt, aber eben kein Produkt der geschützten Marke anbietet, ist das grds. ein klassischer Markenverstoß, der daneben auch noch wettbewerbsrechtliche Auswirkungen haben kann, da nicht das geliefert wird, was bestellt wurde.

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 - zur Vermeidung einer eigenen Abmahnung.

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 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 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 Schadenersatz 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 Schadenersatz 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