

Keine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion bei bloßem Hinweis auf eine bestimmte Methode

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 01.03.2012

Az.: I-4 U 135/11

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13. Juli 2011 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen Marke ...# ...# – SIPARI, die seit dem 26.1.2004 unter anderem für Dienstleistungen eines Musik- und Sprachtherapeuten Schutz genießt. SIPARI leitet sich ab aus der Bezeichnung für eine

von der Klägerin entwickelten Therapieform für Patienten, die an einer oft schlaganfallbedingten chronischen Sprachstörung (Aphasie) leiden. Die Therapie ergänzt logopädische und sprachtherapeutische Behandlungen durch gezielten Einsatz von Melodie und Rhythmus zur Verbesserung der sprachlichen Fähigkeiten des Patienten. Die Klägerin behandelt nach der Methode und bietet zudem Seminare zum Erlernen der Therapie an.

Die Beklagte warb im Internet für eine von ihr angebotene Musiktherapie für Aphasie- und Schlaganfallbetroffene mit dem Hinweis „SIPARI-Methode nach X“ in der durch den Antrag näher bezeichneten Weise (Bl. 27 d.A.), ohne eine Therapieausbildung bei der Klägerin absolviert zu haben.

Die Klägerin machte mit Anwaltsschreiben vom 4.10.2010 Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz geltend und forderte die Abgabe einer Unterlassungserklärung bis zum 15.10.2010. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten boten eine Unterwerfungserklärung des Inhalts an, dass die Beklagte das Zeichen „SIPARI“ nicht mehr in Alleinstellung verwenden werde. Die Klägerin lehnte diese Einschränkung ab. Mit weiterem Schreiben vom 22.10.2010 gab die Beklagte eine wiederum modifizierte Unterlassungserklärung ab, mit der sich die Beklagte strafbewehrt verpflichtete, es zu unterlassen, die Bezeichnung SIPARI ohne Hinweis auf die volle Bezeichnung der Therapie („Singen über Intonation zur Prosodie unter Berücksichtigung psychologischer Atmung plus Rhythmusübungen und Improvisation“) zu verwenden. Die Klägerin lehnte auch diese Erklärung als nicht genügend ab.

Sie hat gemeint, dass die Beklagte durch die ungenehmigte Verwendung der Bezeichnung „SIPARI“ für eine Musiktherapie, für die sie keine Ausbildung absolviert hat, die Markenrechte der Klägerin gem. §§ 4, 14 MarkenG verletzt. Insbesondere sei der Begriff SIPARI auf der Internetseite der Beklagten markenmäßig und in Alleinstellung als Aufhänger benutzt worden, um Interessenten auf ihr eigenes Angebot zu locken.

Der Zusatz „Methode nach X“ sei nicht geeignet, den Umstand der markenmäßigen Verwendung zu entkräften. Auch zur Beschreibung der Therapie sei die Verwendung des Markennamens nicht erforderlich im Sinne des § 23 Abs. 3 MarkenG, denn die Beklagte könne die von ihr angebotene Therapie mit eigenen Worten beschreiben, ohne die Bezeichnungen „SIPARI“ oder „SIPARI nach X“ zu verwenden. Die Klägerin hat zudem gemeint, die Beklagte biete als promovierte Ökonomin und aufgrund des Umstandes, dass sie in der Anwendung der Therapie nicht durch die Klägerin unterrichtet worden sei, nicht die Gewähr dafür, dass sie die Methode zutreffend anwende. Daher liege in der Verwendung der Bezeichnung SIPARI als Vorspann für die eigene Tätigkeit auch eine herkunftstäuschende und rufausbeutende Verwendung einer Kennzeichnung nach §§ 3, 4 Nr. 9 a und b UWG.

Sie hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, die Bezeichnungen „SIPARI“ und „SIPARI-Methode“ insbesondere wie Bl. 2 wiedergegeben zu verwenden sowie wie nachfolgend wiedergebend „Ich nutze ein evidenzbasiertes System standardisierter klinischer Techniken für Sprech-, Sprach- und kognitives Training, unter anderem ... Elemente aus SIPARI nach X (Singen über Intonation zur Prosodie unter Berücksichtigung physiologischer Atmung plus Rhythmusübungen und Improvisation)“ im Zusammenhang mit der Werbung für eine Musik-/Sprachtherapie zu verwenden,

2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie die unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen begangen hat, und zwar unter Angabe der Art, des Zeitpunkts und der Anzahl der Werbemaßnahmen,

3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag von 1.248,31 Euro nebst Zinsen seit dem 16.10.2010 zu zahlen,

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die vorstehend unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, dass die Verwendung des Wortes „SIPARI“ keine kennzeichenmäßige Benutzung darstelle, weil hierdurch nur wahrheitsgemäß darauf hingewiesen werde, dass die Beklagte eine Therapie nach der so benannten Methode der Klägerin für Patienten anbiete. Sie hat behauptet, dass die Beklagte die hierzu erforderlichen Kenntnisse aus der Lektüre der Doktorarbeit der Klägerin gewonnen habe. Sie hat überdies gemeint, die Beschreibung der Therapie durch die Verwendung des schlagwortartigen Therapienamens diene einem notwendigen Bedürfnis des Verkehrs nach einer einfachen und eindeutigen Benennung. Die Benennung müsse der Beklagten auch deswegen gestattet sein, weil ansonsten eine Therapie, deren Anwendung selbst nicht rechtlich für die Klägerin reserviert sei und reserviert werden könne, über einen markenrechtlichen Schutz in unerwünschter Weise beschränkt werde. Selbst wenn es sich um eine kennzeichenmäßige Verwendung handele, so sei diese wegen ihres beschreibenden Charakters durch § 23 Nr. 2 MarkenG gedeckt. Eine noch verbleibende Verletzungsgefahr sei durch die Unterlassungserklärung vom 22.10.2010 ausgeräumt worden. Den Auskunftsanspruch hat die Beklagte mit Schriftsatz von 4.1.2011 dahingehend beantwortet, dass die von der Klägerin erwähnte Werbung im Internet die einzige gestaltete Anzeige in einem Internetportal gewesen sei. Zwischenzeitlich sei sie gelöscht worden. Soweit die Klägerin zur Begründung ihres Anspruches während des Prozesses auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend macht, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 25.3.2011 die Einrede der Verjährung erhoben. Die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche hat die Beklagte überdies für unzulässig gehalten, weil die Klägerin

nicht klargestellt habe, in welchem Verhältnis die marken- und wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zueinander stehen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 13.7.2011 die Beklagte überwiegend antragsgemäß verurteilt mit der Begründung, dass die Beklagte die Marke der Klägerin nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verletzt habe. Die Beklagte habe die Bezeichnung SIPARI markenmäßig benutzt und Verwechslungsgefahren dadurch hervorgerufen, dass sie den Eindruck erweckt habe, sie verwende die Therapiemethode der Klägerin mit deren Billigung. § 23 MarkenG streite nicht für die Beklagte, weil die Benutzung der Bezeichnung für die sachgerechte Ausübung ihres Berufes nicht erforderlich sei. Es hätte genügt, eine eigene Kurzbezeichnung zu bilden oder sich allein auf den Familiennamen der Klägerin zu berufen. Die Wiederholungsgefahr sei durch die Abgabe einer modifizierten Unterlassungserklärung nicht entfallen, weil mit diesen Erklärungen nicht klargestellt werde, ob die Beklagte im Ergebnis nicht doch weiterhin die Bezeichnung im bisherigen Umfang weinternutzen will. Jedenfalls werde dies durch den Text der Unterwerfungserklärung nicht ausgeschlossen. Dass die Beklagte die Bezeichnung nicht mehr in Alleinstellung verwende, beseitige nicht die Wiederholungsgefahr für die konkret angegriffene Verwendung, denn diese sei ebenfalls nicht in Alleinstellung erfolgt. Der Auskunftsanspruch bestehe grundsätzlich, sei aber im laufenden Verfahren erfüllt, so dass aus diesem Grunde die Klage teilweise unbegründet geworden wäre. Den Schadensersatzanspruch hat das Gericht für dem Grunde nach für möglich gehalten.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ist der Ansicht, dass es ihr nicht möglich ist, eine eigene Kurzform für die von ihr angebotene Therapie einzuführen oder diese nur unter Hinweis auf den Familiennamen der Klägerin anzubieten, weil hierdurch die verkehrsblich gewordene Bezeichnung für die Therapie verlassen würde. Sie

beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil. Sie stellt klar, dass sie die marken- und wettbewerbsrechtlichen Klagegründe nicht alternativ anführt, sondern ihre Ansprüche in erster Linie auf die Vorschriften der §§ 4, 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und nur hilfsweise auf die §§ 3, 4 Nr. 9; 8 Abs. 1 UWG stützt. Sie meint, dass auch das erstinstanzliche Verfahren so geführt worden sei. Erst nach der mündlichen Verhandlung vom 11.1.2011 und auf den Hinweis des Landgerichts hin sei auch zu wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen vorgetragen worden. Sie vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und meint, die Bezeichnung „SIPARI“ dürfe nur in wissenschaftlichen Artikeln verwendet werden, um über die Therapie der Klägerin zu berichten. Insbesondere sei die Beklagte wegen ihrer fehlenden Ausbildung durch die Klägerin nicht befugt, eine Therapie unter der Bezeichnung „SIPARI“ anzubieten. Die Klägerin lizenziere die Bezeichnung nur zeitlich begrenzt an die Teilnehmer ihrer Kurse. Nach Ablauf der Lizenzfrist sei eine Nachschulung erforderlich.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und zulässige Berufung ist begründet.

Die Klägerin kann von der Beklagten weder Unterlassung noch Zahlung der Kosten der vorgerichtlichen Abmahnung verlangen.

1. Die Klage ist jedenfalls aufgrund der Klarstellung der Klägerin in der Berufungsinstanz zulässig, weil die Klägerin hierdurch den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

hinreichend in der Weise Rechnung getragen hat, welche die TÜV-Entscheidung des BGH für erforderlich hält (BGH GRUR 2011, 521 Tz. 3 – TÜV).

2. Der markenrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5 MarkenG ist allerdings unbegründet. Daher sind auch die auf markenrechtliche Vorschriften gestützten Auskunfts- und Feststellungsansprüche unbegründet.

a) Für die klägerische Bezeichnung besteht Markenschutz nach § 4 Nr. 1 MarkenG. Als Verletzungshandlung kommt vorliegend nicht erst § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, sondern bereits § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG in Betracht, denn die Beklagte benutzt ein mit der geschützten Marke identisches Zeichen (SIPARI) für identische Dienstleistungen, nämlich die Durchführung von Musiktherapiebehandlungen. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Beklagte – wie die Klägerin behauptet – inhaltlich andere Leistungen anbietet als diejenigen, welche die Klägerin in ihren Therapiekursen vermittelt. Ein Fall der Doppelidentität nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG liegt nämlich auch vor, wenn nur der Anschein erweckt wird, dass die unter der identischen Bezeichnung angebotenen Dienstleistungen inhaltlich den Originalleistungen des Markeninhabers entsprechen.

b) An einer kennzeichenmäßigen Benutzung der klägerischen Marke nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG fehlt es, weil keine der geschützten Markenfunktionen verletzt wird.

aa) Eine Verletzung der Hauptfunktion der Marke, nämlich auf die Herkunft der durch die Marke gekennzeichneten Dienstleistung hinzuweisen, läge nur vor, wenn aus der Art der Benutzung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die beworbenen Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke, einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (EuGH GRUR 2010, 445 Tz. 83 und 84 – Google France und Google; EuGH GRUR 2010, 841

Tz. 34 – Portakabin/ Primakabin; EuGH GRUR 2011, 1124 Tz. 44 – Interflora). Daran fehlt es aber, denn die Bezeichnung SIPARI wurde nicht in Alleinstellung, sondern zusammen mit dem Zusatz „nach X“ verwendet. Die Verwendung erfolgte zum wahrheitsgemäßen Hinweis darauf, dass die Beklagte Therapiesitzungen nach der genannten Methode anbietet. Eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke setzt demgegenüber voraus, dass der angesprochene Verkehr aus der Art der Markenbenutzung den Eindruck erhält, dass die Therapieleistungen von der Klägerin selbst oder jedenfalls von einer mit der Klägerin verbundenen Anbieterin stammt. Davon kann allerdings gerade nicht ausgegangen werden. Der Hinweis auf die Therapie „SIPARI nach X“ macht bereits hinreichend deutlich, dass nicht X selbst die Anbieterin der Leistung ist, zudem folgt dies aus dem Umstand, dass die Beklagte unter ihrem eigenen Namen auftritt und in der Aufzählung ihrer Therapieleistungen nicht nur die von der Klägerin entwickelte, sondern auch weitere Therapieformen anbietet. Der angesprochene Verbraucher unterliegt daher keinem Zweifel darüber, wer Anbieter der Therapie ist.

bb) Wird ein Zeichen in der Werbung als Hinweis auf die Dienstleistungen der Markeninhaberin benutzt, so fehlt es an einer markenmäßigen Benutzung im Übrigen, wenn die Benutzung auch keine der sonstigen Funktionen der Marke beeinträchtigen kann (EuGH GRUR 2009, 756 Tz. 60 – L'Oréal/Bellure; GRUR 2010, 445 Tz. 76 = NJW 2010, 2029- Google France und Google, BGH GRUR 2011, 828 Tz. 21 – bananabay II). Als sonstige Markenfunktionen werden mittlerweile auch im Rahmen des Identitätsschutzes nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG genannt die Werbe- und die sog. Investitionsfunktion der Marke (EuGH GRUR 2011, 1124 Tz 54 und 60 – Interflora; BGH GRUR 2011, 1135 Tz. 15 – GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE). Allerdings ist dieser erweiterte Funktionsschutz auf bekannte Marken beschränkt. Da vorliegend die Bekanntheit der Marke SIPARI weder ausreichend vorgetragen noch ersichtlich ist, scheidet eine Verletzung dieser Funktionen aus. Zwar hat die Klägerin in der mündlichen

Verhandlung vorgetragen, dass ihre Therapie mittlerweile in therapeutischen Fachkreisen bekannt ist, doch käme es für eine markenrechtlich relevante Bekanntheit auf eine Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen, also auch in den Kreisen der Adressaten einer solchen Therapie an. Dazu wurde nichts vorgetragen.

c) An einer markenmäßigen Benutzung fehlt es im Ergebnis, wenn auf eine Dienstleistung nur in einer Weise hingewiesen wird, dass diese Dienstleistung unabhängig von ihrer Herkunft überhaupt erst identifizierbar wird. Ein solcher Fall liegt vor, wenn eine Dienstleistung erst durch den Markeninhaber geschaffen und danach durch ihn auch benannt wird. In einem solchen Fall liegt keine Markenbenutzung, sondern nur eine hinweisende Verwendung des Zeichens vor, die schon deswegen zulässig bleibt, weil auch dem unternehmerischen Verkehr sonst Möglichkeiten genommen werden, die der allgemeine Sprachgebrauch liefert und die auch das Markenrecht nicht entziehen kann. Zutreffend weist die Beklagte auch darauf hin, dass der Umstand, dass eine von einem Dritten entwickelte Therapie, die für sich genommen keinen Sonderrechtsschutz genießt, etwa durch ein in diesem Bereich nicht mögliches Verfahrenspatent (§ 5 Abs. 2 PatG), frei angewendet werden darf. Daher darf auf sie auch hingewiesen werden. Allein in diesem Hinweis sieht der Verbraucher noch keinen Herkunftshinweis. Treffend spricht das Landgericht Düsseldorf bei solchen Gestaltungen im Zusammenhang mit dem namensrechtlichen Schutz nach § 12 BGB davon, dass es sich insoweit um eine bloße Nennung, nicht aber um den Gebrauch eines Kennzeichens handelt (LG Düsseldorf GRUR 2000, 334, 335 = NJWE-WettbR 2000, 117). Auch der Verkehr ist daran gewöhnt, dass Therapieverfahren nicht nur mit einer Umschreibung der Diagnosewirkung, sondern auch mit der Verfahrensbezeichnung benannt werden, ohne dass hieraus Herkunftserwartungen in Bezug auf diejenigen entstehen, der diese Therapie anwendet.

d) Selbst wenn man aber mit der Klägerin eine markenmäßige

Benutzung in dem streitgegenständlichen Hinweis sehen würde, so wäre diese Art der Nutzung gleichwohl zulässig nach § 23 Nr. 3 MarkenG. Nach § 23 Nr. 3 MarkenG ist eine Markennutzung als Hinweis auf die Bestimmung einer Dienstleistung zulässig, wenn die Benutzung dafür notwendig ist und nicht gegen die guten Sitten verstößt.

aa) Die Benutzung einer Marke ist notwendig, wenn die Information über den Zweck der Dienstleistung anders nicht sinnvoll übermittelt werden kann (vgl. EuGH Slg. 1999, I-905 Tz. 60 = GRUR Int 1999, 438 – BMW/Deenik; BGH GRUR 2011, 1135 Tz. 20 – GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE). Die Markennutzung muss ein geeignetes Mittel darstellen, um der Öffentlichkeit eine verständliche und vollständige Information über die Bestimmung der Dienstleistung zu liefern (vgl. EuGH Slg. 2005, I-2337 Tz. 35 = GRUR 2005, 509 – Gillette; BGH aaO.).

Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, dass die Benennung der Therapie durch die Klägerin selbst erfolgte. Wer die Therapie anbietet, weist mithin nur wahrheitsgemäß auf einen Umstand hin, der nicht anders als durch die Wiedergabe der Bezeichnung kommuniziert werden kann. Daher ist die Verwendung der Bezeichnung notwendig, weil die Dienstleistung sonst gar nicht identifizierbar ist. Der Fall ist nicht vergleichbar mit der Bestellung einer Limonade, der als Gattungsbegriff auch existiert, wenn keine Limonadenmarke genannt wird und daher einen Hinweis auch ohne Markennennung ermöglichen würde.

bb) Die Markennennung durch die Verwendung von Großbuchstaben und die Angabe eines Kunstwortes ist auch im übrigen nicht unlauter.

§ 23 Nr. 3 a.E. MarkenG verbietet zwar eine Markenbezeichnung, die gegen die guten Sitten verstößt. Im Einklang mit Art. 6 der Markenrechtsrichtlinie 2008/95/EG versteht man darunter eine Art der Markenwiedergabe, die „den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel widerspricht. Danach darf der Dritte den berechtigten Interessen des Markeninhabers

nicht in unlauterer Weise zuwiderhandeln (vgl. EuGH GRUR Int 1999, 438 Tz. 61 – BMW/Deenik; Slg. 2007, I-7041 Tz. 33 und 35 = GRUR 2007, 971 – Céline; BGHZ 181, 77 Tz. 29 = GRUR 2009, 1162 – DAX). Er muss alles getan haben, um eine Beeinträchtigung der Interessen des Markeninhabers nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. BGH GRUR 2005, 163, 164 – Aluminiumräder). Doch „darf kein zu engherziger Maßstab an das Vorliegen der Voraussetzungen der Schutzschranke angelegt werden“ (BGH GRUR 2011, 1135 Tz. 26 – GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE). Daher darf der Dritte auch ein Zeichen benutzen, das zu einer „schnelleren und deutlicheren Erfassbarkeit des eigenen Angebots führen kann, ohne dass es zu einer nennenswerten Rufausbeutung kommen muss“ (BGH aaO). Ob es zu einer Rufausbeutung überhaupt kommen kann, hängt wiederum mit der Bekanntheit des Zeichens zusammen.

Legt man diese Erwägungen zugrunde, so weicht das Ergebnis für § 23 Nr. 3 MarkenG nicht von den Erwägungen ab, die bereits im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG angestellt wurden. Um dem angesprochenen Verkehr eine schnelle und deutliche Erfassbarkeit der Informationen über die angebotene Dienstleistung zu verschaffen, war es naheliegend, die Therapie nicht in ihrem umständlichen und auch für den medizinischen Rat Suchenden kaum verständlichen Langform zu nennen, sondern die von der Klägerin selbst entwickelte Kurzform zu gebrauchen. Auch die Schreibweise in Groß- oder Kursivbuchstaben spricht nicht für eine unlautere Form der Benutzung, denn die Großbuchstaben stehen stellvertretend für die abgekürzte Langbezeichnung, mag diese auch ein aussprechbares Kunstwort darstellen. Indem die Beklagte überdies auf die Klägerin durch den Hinweis „nach X“ hingewiesen hat, hat sie das einzige verbleibende Risiko, nämlich das der Herkunftstäuschung ausgeschlossen. Den gleichwohl noch verbleibenden Aufmerksamkeitseffekt der Markennennung hat in einem solchen Fall selbst der Inhaber einer bekannten Marken zu dulden (BGH – GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE Tz. 26).

3. Da der markenrechtliche Unterlassungsanspruch unbegründet ist, sind auch die Ansprüche auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht aus § 14 Abs. 6 MarkenG und der korrespondierende Auskunftsanspruch aus § 19 MarkenG unbegründet.

4. Die Entscheidung des Landgerichts kann im Ergebnis auch nicht auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche gestützt werden.

a) Soweit die Klägerin eine Verletzung der §§ 3, 4 Nr. 9 a) und b) UWG annimmt, sind die dazu vorgetragene(n) Tatsachen bereits durch § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erfasst. Eine darüber hinaus gehende Anwendung des § 4 Nr. 9 UWG setzt das Vorliegen von Unlauterkeitsumständen voraus, die markenrechtlich noch nicht erfasst sind. An solchen Umständen fehlt es.

b) Auch auf eine Irreführung im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG kann sich die Klägerin nicht berufen, weil die Beklagte insofern mit Schriftsatz vom 25.3.2011 erfolgreich die Einrede der Verjährung erhoben hat. Die Klägerin hat erstmals auf den Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 11.1.2011 wettbewerbsrechtliche Argumente in ihren Vortrag einbezogen. Sie hat allerdings bis zuletzt ihren allein auf das Markenrecht gestützten Antrag nicht umgestellt, erweitert oder ergänzt. Gleichzeitig hat die Beklagte bereits mit Schriftsatz vom 11.1.2011 unwidersprochen vorgetragen, dass die Berühmung durch die Beklagte nur durch den Internetauftritt erfolgte und dieser Auftritt bereits zum damaligen Zeitpunkt, also im Januar 2011, gelöscht worden sei. Selbst wenn der Anspruch im Berufungsverfahren auch ausdrücklich auf wettbewerbsrechtliche Grundlagen umgestellt worden wäre, wäre diese Umstellung nach Erhebung der Verjährungseinrede zu spät erfolgt.

5. Die vorgerichtliche Abmahnung war unberechtigt, daher konnte auch kein Aufwendungsersatzanspruch entstehen.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 713 ZPO.

Da es um eine Gesamtbewertung und somit eine Einzelfallbewertung geht, ist eine Zulassung der Revision nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO.