17-11-2005 **OLG Hamburg** 3 U 126/03

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT HAMBURG
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit....

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter Gärtner, Spannuth, Dr. Löffler, nach der am 3. November 2005 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 29. Juli 2003 abgeändert und zum Zwecke der Klarstellung insgesamt neu gefasst.

1.) Die Beklagten werden verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre) zu unterlassen, das Arzneimittel "KLACID 250 comprimidos" spanischen Ursprungs in der Bundesrepublik Deutschland unter der Bezeichnung "KLACID PRO" anzubieten, feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen;

2.) die Beklagten werden weiter verurteilt, der Klägerin unter Belegvorlage Auskunft zu erteilen über alle seit dem 22. Januar 2002 erfolgten Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 1.) unter Angabe der Umsätze einschließlich der Liefermengen, Lieferpreise (inkl. der Nennung der Natural- sowie Geldrabatte) und Lieferdaten sowie der Abnehmer und unter Angabe der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten (einschließlich Bezugspreisen, wobei die Fixkosten nur insoweit aufzuführen sind, als sie den unter Ziffer 1. genannten Gegenständen unmittelbar zugeordnet werden können) sowie des erzielten Gewinns, wobei Hinweise auf die Herstellerfirmen, Lieferanten und Vorbesitzer geschwärzt werden können.

3.) Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser aus den Handlungen gemäß Ziffer 1.) seit dem

22. Januar 2002 entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 310.000.- € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der

Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

A.

Die Klägerin - ein forschendes Arzneimittelunternehmen in Deutschland - vertreibt in Deutschland

u. a. das auf sie zugelassene Arzneimittel KLACID PRO, ein Antibiotikum mit dem Wirkstoff Clarithromycin.

Die Beklagten sind Parallelimporteure. Sie vertreiben das aus Spanien stammende Arzneimittel "KLACID 250 comprimidos" (12 Filmtabletten) in Deutschland unter der Bezeichnung "KLACID

PRO". Die Beklagte zu 1) - im Folgenden kurz: die Beklagte - betreibt die Einfuhr und das Umpacken der Importware sowie deren Vertrieb im Inland; die Beklagte zu 2) ist im Mitvertrieb der Beklagten tätig.

Die Klägerin beanstandet das Umkennzeichnen als Markenrechtsverletzung und nimmt die Beklagten mit der vorliegenden Klage deswegen auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch.

Inhaberin der Gemeinschaftsmarke "KLACID" Nr. … (der Klagemarke) ist die konzernmäßig mit der Klägerin verbundene Firma BB, USA (Anlagen K 3-4); die Klägerin ist das in Deutschland tätige Konzernunternehmen der Markeninhaberin mit den ausschließlichen Nutzungsrechten für die Klagemarke in Deutschland.

Das Arzneimittel KLACID wird seit vielen Jahren in EU-Staaten im Konzern der Klägerin vertrieben. Es ist in Deutschland in verschiedenen Darreichungsformen zugelassen und im Vertrieb; in oraler Darreichungsform ist KLACID in Deutschland in den Packungsgrößen zu 10 und zu 20 Filmtabletten auf dem Markt (Anlage K 5), aber im Wege des Parallelimports auch in der Packungsgröße zu 12 Filmtabletten (Anlage K 6); in Spanien wird KLACID zu 12 Filmtabletten vertrieben.

Das Arzneimittel KLACID PRO wird nur in Deutschland vertrieben und zwar seit 2001 in den Packungsgrößen zu 12 und zu 20 Filmtabletten (N 1 und N 2 - vgl. die Gebrauchsinformation: Anlage K 2).

Die beiden Arzneimittel - KLACID und KLACID PRO - sind bezüglich ihrer Zusammensetzung und Indikation identisch, sie sind ohne Abweichungen für dieselben Indikationsgebiete und Patientengruppen bestimmt, unterscheiden sich aber in der Dosieranleitung des ersten Einnahmetages und dazu passend in der Gestaltung der Durchdrückpackung (Blister):

Das Arzneimittel KLACID PRO hat - anders als KLACID - die doppelte Dosierung am ersten Einnahmetag (morgens 2 Tabletten à 250 mg und abends 2 Tabletten à 250 mg)

und demgemäß eine besondere Gestaltung der Durchdrückpackung: Der Blister von KLACID PRO ist so angeordnet, dass er die Compliance (d. i. die zuverlässige Befolgung der therapeutischen Anweisung) fördern soll. Hierzu ist die Durchdrückpackung auf der Vorder- und Rückseite mit den Einnahmetagen ("Tag 1" und für die weiteren Tage "2" bis "5") gekennzeichnet, er enthält für den ersten Einnahmetag zwei Kammern mit jeweils zwei Tabletten, für die nachfolgenden Tage sind jeweils zwei Kammern mit jeweils einer Tablette (morgens 1 Tablette à 250 mg und abends 1 Tablette à 250 mg) zugeordnet (Anlage K 7). Auf die Besonderheiten des Blisters wird in der Gebrauchsinformation auf Seite 3 unter "Dosieranleitung, Art und Dauer der Anwendung" hingewiesen (Anlage K 2).

Das Arzneimittel KLACID hat demgegenüber eine solche Initialdosierung nicht, bei diesem erfolgt auch am ersten Einnahmetag die Einnahme von 2 Tabletten (morgens 1 Tablette à 250 mg und abends 1 Tablette à 250 mg), das gilt für beide Packungsgrößen zu 10 und zu 20 Filmtabletten (Anlagen K 8-9).

Das von den Beklagten von "KLACID" in "KLACID PRO" umgekennzeichnete Arzneimittel ist folgendermaßen erstellt worden: Auf dem importierten Präparat "KLACID 250 comprimidos" wurde neben der Bezeichnung "KLACID" jeweils ein Aufkleber mit der Beschriftung "PRO Wirkstoff: Clarithromycin" aufgebracht, die Gebrauchsinformation wurde durch eine Gebrauchsinformation zum Präparat KLACID PRO ersetzt (Anlage B 4); eine Kurzfassung der Gebrauchsinformation wurde auf die Rückseite der Verpackung aufgeklebt (Anlagen K 14-15; vgl. zu den Angaben in Blindenschrift: Bl. 11-12; vgl. zu den überklebten Blisterstreifen: Bl. 12, 39 - Anlage B 5-6).

In dem vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren gleichen Rubrums (Landgericht Hamburg 312 O 133/02) erwirkte die Klägerin - vor ihrer Umfirmierung damals noch als: "t GmbH" - gegen die Beklagten am 11. März 2002 eine Beschlussverfügung, der Verbotsausspruch stimmt mit dem des vorliegend in erster Instanz gestellten Klageantrages zu Ziffer I. 1. überein, in der Beschlussverfügung heißt es allerdings: "anzubieten, abzugeben, feilzuhalten …" und nicht (wie im Klageantrag zu Ziffer I. 1.): "anzubieten, feilzuhalten …".

Durch Urteil vom 16. April 2002 hatte das Landgericht seine einstweilige Verfügung unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrages aufgehoben. Mit Urteil vom 21. November 2002 hat der Senat auf die Berufung der Klägerin das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beschlussverfügung des Landgerichts vom 11. März 2002 erneut erlassen (OLG Hamburg 3 U 97/02). Auf die Beiakte Landgericht Hamburg 312 O 133/02 (= OLG Hamburg 3 U 97/02) mit allen Entscheidungen wird Bezug genommen.

Die Klägerin hat vorgetragen:

Die Beklagten verletzten ihre (der Klägerin) Rechte an der Klagemarke. Das Umkennzeichnen des Arzneimittels "KLACID 250 comprimidos" in "KLACID PRO" und das Anbieten des Präparats unter dieser Bezeichnung im Inland seien eine Verwendung eines anderen Kennzeichens als die Klagemarke. Beide Bezeichnungen seien verwechslungsfähig. Die Klagemarke sei nicht erschöpft, denn die ursprünglich angebrachte Klagemarke werde nicht weiter verwendet, sondern sei durch eine andere ersetzt worden. Ihr (der Klägerin) Vorgehen sei nicht etwa rechtsmissbräuchlich.

Bei den Präparaten KLACID PRO und KLACID handele es sich markenrechtlich um verschiedene Waren; es seien unterschiedliche Arzneimittel, demgemäß habe sie (die Klägerin) die Zulassung der Dosierung (in die Initialdosierung) mittels Änderungsanzeige beantragt und erhalten (Bl. 8-9; Anlagen K 10-12; vgl. zum medizinischen Hintergrund: Bl. 9-10, Anlage K 13).

Die Beklagten könnte ohne weiteres das Arzneimittel KLACID aus Spanien zu 12 Filmtabletten ohne Umkennzeichnung in Deutschland vertreiben, das hätten die Beklagten bisher ebenso getan wie die Parallelimporteurin R-xxxxx (Anlage K 6). Eine Zwangslage zum Umkennzeichnen bestehe für die Beklagten nicht (Bl. 17-28). Die Beklagten könnten das parallelimportierte "KLACID 12 Filmtabletten" unverändert weiter vertreiben oder zu einer Packung zu 10 Filmtabletten umkonfektionieren oder die Packung zu 12 Filmtabletten als taugliches Substitutionspräparat für KLACID PRO forciert bewerben (Bl. 26-28). Die Behauptung der Gegenseite zu den "festen" Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte, nur die Zuzahlungsstufe und nicht die Tablettenanzahl zu verordnen, werde bestritten (Bl. 65); die Software-Ersetzungsprogramme bei den Ärzten hätten eine erhebliche Bedeutung für das Verschreibungsverhalten (Bl. 65-66 mit Beweisantritt) und ermöglichten den Ärzten die Substitution von KLACID PRO durch KLACID (Bl. 66-68 mit Beweisantritt, Anlage K 26).

Die von den Beklagten vorgelegte Anlage B 1 sei kein von ihr (der Klägerin) offiziell gefertigtes Werbematerial für KLACID PRO (Bl. 60), es "belege" auch keine Marktabschottungsabsicht, das Argument zur Retaxierung überzeuge auch sonst nicht (Bl. 60-61). Die von ihr (der Klägerin) getätigten Umsätze von KLACID und KLACID PRO spiegelten den Erfolg des neuen Therapiekonzepts wider, belegten aber keine Marktabschottungsabsicht (Bl. 63-64), das gelte auch für die Abgabepreise (Bl. 65).

Die Beklagte zu 1) habe nach der Vorabinformation auf Aufforderung Mitte Januar 2002 ein Muster des umgepackten Arzneimittels übersandt (Bl. 10), auf die Abmahnung vom 5. Februar 2002 (Anlage K 16) hätten die Beklagten geantwortet, eine Unterlassungserklärung werde nicht abgegeben (Bl. 13).

Die Klägerin hat beantragt (wegen der ursprünglich angekündigten Antragsfassung Bl. 2-3),

I. die Beklagten zu verurteilen,

1. 1. es bei Meidung von bestimmten Ordnungsmitteln zu unterlassen das Arzneimittel "KLACID 250 comprimidos" spanischen Ursprungs in der Bundesrepublik Deutschland unter der Bezeichnung "KLACID PRO" anzubieten, feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen;
2. 2. der Klägerin unter Rechnungslegung Auskunft zu erteilen über alle Zuwiderhandlungen gegen I. 1. unter Angabe der Umsätze einschließlich der Liefermengen, -preise (inkl. der Nennung der Natural- sowie Geldrabatte) und -daten sowie der Abnehmer und unter Angabe der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten (einschließlich Bezugspreisen, wobei die Fixkosten nur insoweit aufzuführen sind, als sie den unter I. 1. genannten Gegenständen unmittelbar zugeordnet werden können) sowie des erzielten Gewinns, hilfsweise unter Wirtschaftsprüfervorbehalt;

II. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, für die

Handlungen gemäß I. 1. der Klägerin Schadensersatz zu leisten.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben vorgetragen:

Die Einführung von KLACID PRO exklusiv im deutschen Markt sei offensichtlich nur zum Zweck der Marktabschottung dieses Teil-Markts gegenüber den Parallelimporteuren erfolgt. So habe die Klägerin zur Markteinführung damit geworben, für KLACID PRO werde es keine Retaxierung ge-ben, weil es nur in Deutschland erhältlich sei und eine Substitution durch den Reimport von "KLACID 12 Filmtabletten" sei wegen der "Einzigartigkeit des Therapiekonzepts und der speziellen Compliance-Verblisterung" von KLACID PRO nicht erlaubt (Anlage B 1). Die "Compliance-Verblisterung" und das Therapiekonzept seien aber nur ein Vorwand, um den Parallelimport insbesondere in der Packungsgröße zu 12 Filmtabletten zu unterbinden.

Ihre (der Beklagten) BfArM-Änderungsanzeige für KLACID PRO sei abschlägig beschieden worden (Anlage B 2), sie hätten dann aber eine eigene Parallelimportzulassung für KLACID PRO erhalten (Anlage B 3).

Für die beanstandete Umkennzeichnung bestehe eine Zwangslage. Sie (die Beklagten) könnten zwar "KLACID 12 Filmtabletten" nach dem alten Dosierschema unverändert parallelimportieren, nicht aber nach dem neuen Dosierschema. Der Umsatz der Packungen zu 12 Tabletten nach dem alten Dosierschema sei gegenüber dem der Packungen zu 10 Tabletten sehr gering (Bl. 40).

Die Marktabschottungsabsicht der Klägerin werde weiter dadurch belegt, dass die Klägerin "KLACID 10 Filmtabletten" zum selben Preis verkaufe wie die Packung mit 12 Filmtabletten (Bl. 41). Nach dem Rahmenvertrag für die gesetzlichen Krankenkassen (Anlage B 8) müssten die Apotheker bei einem Rezept nur mit der Angabe der Zuzahlungsstufe (z. B.: N 1) stets die kleinste dazu vertriebene Packungsgröße abgeben; bei KLACID also die Packung mit 10 Filmtabletten und nicht die zu 12 Filmtabletten (Bl. 42-43). Bei den festen Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte, bei den Verordnungen nur den Markennamen und die Zuzahlungsstufe und nicht auch die Tablet-ten-Anzahl zu nennen (Bl. 44 mit Beweisantritt), käme ein Vertrieb des parallelimportierten KLACID zu 12 Tabletten nicht in Betracht.

Eben dieses Mittel mit einer Gebrauchsinformation zu versehen, dass die doppelte Initialdosis aufweise, sei nicht zulässig. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass den Ärzten die Substituierbarkeit von KLACID PRO durch das spanische KLACID bekannt sei und berücksichtigt werde. Selbst wenn der Arzt diese Möglichkeit kennen würde, müsste er bei der Verordnung extra die Tablettenanzahl aufschreiben; individuelle Dosierhinweise würden von den Ärzten schon aus Haftungsgründen in aller Regel nicht ausgesprochen (Bl. 43-44 mit Beweisantritt).

Ihr (der Beklagten) Verhalten sei keine Markenrechtsverletzung. Es liege kein Fall der Markenersetzung vor, der Zusatz "PRO" sei nur beschreibend und weise nur auf eine andere Dosierform hin. Eine Markenverletzung sei jedenfalls wegen Erschöpfung des Markenrechts nicht gegeben.

Durch Urteil vom 29. Juli 2003 hat das Landgericht der Klage gegenüber beiden Beklagten überwiegend stattgegeben, und zwar gemäß den Anträgen I. 1. und II. vollen Umfangs und gemäß dem Antrag zu I. 2. bis auf die Auskunft zu den "Gestehungskosten" und zu dem "erzielten Gewinn"; insoweit hat es die Klage gegenüber beiden Beklagten abgewiesen. Auf das Urteil wird wegen aller Einzelheiten Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Beklagten mit der Berufung und die Klägerin mit der Anschlussberufung, soweit das Landgericht jeweils zu ihrem Nachteil entschieden hat. Beide Parteien haben ihre Rechtsmittel jeweils form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat. Ergänzend tragen sie noch vor:

Die Klägerin habe selbst vorgetragen, dass KLACID PRO durch KLACID substituierbar sei; insoweit gehe die Klägerin selbst nicht von verschiedenen Produkten aus, wenn auch arzneimittelrechtlich zwei Arzneimittel aufgrund der unterschiedlichen Arzneimittelbezeichnungen vorlägen. Trotz der aus medizinischer Sicht möglichen Substituierbarkeit und des nach der Werbung der Klägerin überlegenen Wirkkonzepts von KLACID PRO setze die Klägerin den Vertrieb von KLACID in Deutschland fort, und zwar bei identischem Verkaufspreis der Packungen KLACID (10 Tabletten) und KLACID PRO (12 Tabletten). Trotz der angeblich besseren Wirksamkeit vertreibe die Klägerin KLACID PRO nur in Deutschland. Damit spalte die Klägerin den Markt in Deutschland in zwei Teilmärkte auf, ihre Preispolitik dränge das relativ teurere KLACID durch KLACID PRO zurück.

Ihnen (den Beklagten) sei ein von der EU-Wettbewerbsordnung zu ermöglichender Eintritt auf den deutschen Markt für KLACID PRO (= KLACID mit verdoppelter Initialdosierung) nur durch Verwendung der identischen spanischen KLACID-Tabletten möglich (Bl. 115). Sie (die Beklagten) hätten für das Arzneimittel eine Parallelimportzulassung, die Kennzeichnung "KLACID PRO" sei für den Vertrieb erforderlich, deren Verwendung könne ihnen (den Beklagten) markenrechtlich nicht verwehrt werden. Die Erforderlichkeit des Umkennzeichnens ergebe sich vorliegend aus arzneimittelrechtlichen Gründen (Bl. 152 ff.).

Die tatsächliche Marktabschottung und eine Marktabschottungsabsicht der Klägerin seien gegeben, beide Umstände führten zur Berechtigung der Markenersetzung (Bl. 115-118); es bestünden neben der Abschottungsabsicht der Klägerin auch objektive Hindernisse dafür, dass sie (die Beklagten) in den deutschen Markt für KLACID PRO eintreten könnten (Bl. 118-121). Denn es bestünden zwischen beiden Arzneimittel keine therapeutisch relevanten Unterschiede (Bl. 153), vielmehr könnten mit den 12 Tabletten des Importprodukts gerade auch die verdoppelte Initialdosis gegeben werden (Bl. 154).

Der vorliegende Rechtsstreit werfe damit die rechtsgrundsätzliche Frage auf, ob ein durch Erschöpfung erloschenes Markenrecht (an den spanischen KLACID-Packungen) wieder auflebe, wenn der Parallelimporteur die Marke mit einem nur beschreibenden Zusatz versehe und dessen Zusatz dem Parallelimporteur kraft eigener arzneimittelrechtlicher Zulassung jedenfalls arzneimittelrechtlich erlaubt sei (Bl. 181). Andernfalls bliebe ihnen (den Beklagten) der Teil-Markt von KLACID PRO mit der

verdoppelten Initialdosis verschlossen (Bl. 181-182).

Die Anschlussberufung der Klägerin sei unbegründet; einen Anspruch auf Auskunft für Angaben zum Verletzergewinn bestehe ohnehin nicht (Bl. 139-140).

Die Beklagten beantragen,

> unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage vollen Umfangs abzuweisen
>
> sowie
>
> die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

> die Berufung der Beklagten zurückzuweisen (wegen der Maßgabe zu den Anträgen vgl. Bl. 184)
>
> sowie
>
> im Wege der Anschlussberufung unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagten auch insoweit zur Auskunftserteilung gemäß dem erstinstanzlichen Klageantrag zu verurteilen, als das Landgericht diesen Antrag abgewiesen hat.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt das landgerichtliche Urteil. Ergänzend trägt sie noch vor:

Zu Unrecht habe das Landgericht die Klage im Umfang der Auskunftserteilung zu den Angaben zum Verletzergewinn abgewiesen. Dieser Anspruch sei vielmehr gegeben (Bl. 133-134).

Das Landgericht habe im Übrigen die Klage zu Recht als begründet angesehen. Sie (die Klägerin) vertreibe das Originalpräparat KLACID PRO nur auf dem deutschen Markt und nicht - auch nicht unter einer anderen Bezeichnung - in den anderen EU-Mitgliedstaaten. Die EU-Wettbewerbs-ordnung müsse den Beklagten nicht für KLACID PRO den Eintritt in den deutschen Markt ermöglichen. Dieses Arzneimittel sei mit dem Importarzneimittel KLACID eben nicht identisch. KLACID PRO verfolge das neuartige Therapiekonzept der verdoppelten Initialdosis am ersten Tag, deren Einhaltung zudem durch eine compliancegerecht gestaltete Verblisterung sichergestellt werde. Die Geltendmachung der Markenrechte sei gerechtfertigt und führe zu keiner Marktabschottung (Bl. 143-150).

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien und der von ihnen überreichten Anlagen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt einschließlich der Beiakte Landgericht Hamburg 312 O 133/02 (= OLG Hamburg 3 U 97/02) Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist begründet. Demgemäß ist das landgerichtliche Urteil

abzuändern und der Klage vollen Umfangs - mit der aus dem Ausspruch des Senatsurteils ersichtlichen Maßgabe - stattzugeben.

I. 1.) Gegenstand des mit dem Klageantrag zu 1.) geltend gemachten Unterlassungsanspruchs ist das Anbieten und Feilhalten oder Inverkehrbringen des Arzneimittels "KLACID 250 comprimidos" spanischen Ursprungs in Deutschland unter der Bezeichnung "KLACID PRO".

Für diesen Antrag ist nicht von Bedeutung, ob Original-Packungsbestandteile (Faltschachtel, Blister) überklebt werden oder ob neue Umverpackungen erstellt werden und wie im Einzelnen die Gebrauchsinformation gestaltet ist. Unerheblich ist nach dem Streitgegenstand auch, wie die Kennzeichnung "KLACID PRO" erstellt wird, ob durch Hinzufügen des Bestandteils "PRO" und/oder der Kennzeichnung "KLACID PRO" insgesamt.

Auch wie die Beklagten die Überklebung der Blister im übrigen gestalten, d. h. ob sie der Aufmachung der Klägerin nahe kommen und/oder ob sie weniger gut geeignet ist, eine sichere Anwendung beim Patienten zu gewährleisten, ist nicht Streitgegenstand. Das gilt in gleicher Weise für die Argumente der Parteien, ob bei der Faltschachtel die ursprünglichen Angaben in Blindenschrift unkorrigiert erhalten geblieben sind bzw. ob in Blindenschrift abweichende Kennzeichnungen vorhanden sind oder nicht.

Die Bestimmung des Streitgegenstandes ist mit den Parteien in der Berufungsverhandlung in die-sem Sinne erörtert worden.

2.) Bei dem Klageantrag zu 2.) auf Auskunftserteilung "unter Rechnungslegung" geht es um die Verurteilung zur Erteilung der Auskünfte unter Vorlage von Belegen, wobei der Nachsatz: "wobei Hinweise auf die Namen der Herstellerfirmen, Lieferanten und Vorbesitzer unkenntlich gemacht werden können" hinzuzufügen ist. Das hat die Klägerin in der Berufungsverhandlung klarstellen lassen.

3.) Bei der Verurteilung zur Auskunftserteilung und bei der Feststellung der Schadensersatzpflicht hat der Senat in redaktioneller Überarbeitung und gemäß der den Parteien bekannten ständigen Rechtsprechung jeweils einen Anfangstermin, und zwar ab 22. Januar 2002 eingefügt. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass die Gebrauchsinformation der Beklagten von Januar 2002 datiert (Anlage B 4) und dass das Muster zur Vorabinformation der Klägerin dort am 22. Januar 2002 eingegangen ist (Anlage K 16). Dass die Beklagten den Vertrieb erst später aufgenommen hätten, ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich.

4.) Die Klage ist gegenüber beiden Beklagten in gleicher Weise begründet. Die Beklagte zu 2) ist,
wie ausgeführt, im Mitvertrieb zusammen mit der Beklagten - der Beklagten zu 1) - tätig.

II.
Der Klageantrag zu I. 1.) auf Unterlassung ist auch nach Auffassung des Senats begründet, und zwar gegenüber beiden Beklagten (§ 3, § 14 Abs. 2-3, Abs. 5 MarkenG begründet.

1.) Nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der

Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke (hier: der Klagemarke) und der Identität der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.

Diesen gesetzlichen Tatbestand verwirklichen die Beklagten an sich (unbeschadet der Grundsätze zum EU-Parallelimport) dadurch, dass das Arzneimittel "KLACID 250 comprimidos" spanischen Ursprungs von dort nach Deutschland importiert und hier in "KLACID PRO" umetikettiert und von ihnen so umkonfektioniert angeboten, feilgehalten und in den Verkehr gebracht wird.

(a) Die parallelimportierte Ware war bereits unter der mit der Klagemarke identischen Bezeichnung im Verkehr; innerhalb der Arzneimittelbezeichnung "KLACID 250 comprimidos" ist insoweit nur auf den Bestandteil "KLACID" abzustellen. Diese so vom Markeninhaber gekennzeichnete Ware wird erstmalig mit einer anderen, von der Klagemarke abweichenden Bezeichnung "KLACID PRO" unautorisiert durch die Beklagten versehen.

Man erkennt zwar innerhalb der Bezeichnung "KLACID PRO" gleichsam den Stammbestandteil "KLACID" wieder, mit dem zusätzlichen Bestandteil "PRO" wird aber - wie auch sonst bei Serienzeichen - eine eigenständige Abwandlung innerhalb derselben Serie bewirkt. Es handelt sich bei "KLACID PRO" insgesamt um eine einheitliche (andere) Kennzeichnung und nicht etwa - wie die Beklagten meinen - noch um die Bezeichnung "KLACID" mit einem bloß beschreibenden Zusatz. Der Kennzeichenbestandteil "PRO" hat zwar "sprechende" Anklänge, weil damit irgendeine Besonderheit des so gekennzeichneten Produkts angedeutet wird. Gleichwohl handelt es sich um eine gegenüber "KLACID" andere Gesamtkennzeichnung, die nicht künstlich zergliedert zu betrachten, sondern - wie auch sonst im Markenrecht - in der Gesamtwürdigung zu beurteilen ist.

Das Argument der Beklagten, die Klägerin hätte kein Serienzeichen und stütze sich nur auf die Klagemarke ("KLACID"), ist im Ausgangspunkt zwar zutreffend, nicht aber in der von den Beklagten gezogenen Schlussfolgerung. Ob für den Verkehr die Verwendung einer nach Art einer serienmäßigen Kennzeichnung gebildeten Marke vorliegt, bestimmt sich nicht allein nach der angreifenden Klagemarke, sondern gerade vor allem an der Verletzungsform.

(b) Zwischen der Klagemarke "KLACID" und der Bezeichnung "KLACID PRO" besteht Verwechslungsgefahr. Das gilt unter Würdigung des Gesamteindrucks der gegenüberstehenden Kennzeichen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände (vgl. BGH WRP 1996, 320 - Oxygenol II).

Die Klagemarke besteht als Wortmarke nur aus dem Wort "KLACID" (Anlage K 3-4) und hat von Haus aus normale Kennzeichnungskraft. Es handelt sich um ein Phantasiewort, es ist für die eingetragenen Waren (pharmazeutische Präparate) jedenfalls nicht etwa glatt beschreibend.

Auf Seiten der Beklagten geht es um die Verwendung der Bezeichnung "KLACID PRO" für das parallelimportierte Arzneimittel, bei dem es sich - wie ausgeführt - um ein Antibiotikum handelt. Insoweit liegt Warenidentität mit der Klagemarke vor, die für pharmazeutische Präparate eingetragen ist (Anlage K 3-4).

Der Gesamteindruck der Bezeichnung "KLACID PRO" wird maßgeblich von dem vorangestellten Bestandteil "KLACID" geprägt, der Bestandteil PRO wirkt, wie ausgeführt, innerhalb der Gesamtbezeichnung eher wie ein Zusatz und dadurch gleichsam als Abwandlung innerhalb einer Serie, die in ihrem Stamm ("KLACID") mit der Klagemarke übereinstimmt.

(c) Das Anbieten, Feilhalten und Inverkehrbringen des umkonfektionierten spanischen Arzneimittels "KLACID 250 comprimidos" unter Anbringen der Bezeichnung "KLACID PRO" stellen demgemäß an sich Verletzungshandlungen bezüglich der Markenrechte der Klägerin dar, weil sie unautorisiert erfolgen (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 und 4 MarkenG).

Hierbei ist es markenrechtlich ohne Belang, ob die neue Kennzeichnung "KLACID PRO" von den Beklagten dadurch erstellt wird (so auf der Umverpackung), dass ein Etikett mit "PRO" neben das Wort "KLACID" geklebt wird oder (so in der Gebrauchsinformation) die Gesamtbezeichnung erstellt wird. Für den Verkehr handelt es sich in beiden Fällen um die Verwendung der Bezeichnung "KLACID PRO" durch die Beklagten.

2.) Das parallelimportierte Arzneimittel "KLACID 250 comprimidos" ist ursprünglich in Spanien und damit in der Europäischen Union mit Zustimmung des dortigen Markeninhabers seitens einer Konzerngesellschaft der Klägerin in den Verkehr gebracht worden. Deswegen würde der geltend gemacht markenrechtliche Schutz nicht durchgreifen, wenn das Markenrecht erschöpft wäre (§ 24 Abs. 1 MarkenG) oder wenn in der Geltendmachung des markenrechtlichen Anspruchs eine unzulässige Beschränkung des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft liegen würde (Art. 28, 30 EG).

(a) Im vorliegenden Fall einer Markenersetzung kann von einer Erschöpfung des Markenrechts der Klägerin allerdings schon deswegen nicht die Rede sein, weil es nicht um die Weiterverwendung oder Wiederanbringung der bereits im Ausfuhrstaat (hier: Spanien) mit Zustimmung des Markeninhabers benutzten Marke ("KLACID"), sondern um die erstmalige Kennzeichnung mit einer

-wie ausgeführt - anderen Marke ("KLACID PRO") geht. Bei einer derartigen Markenersetzung ist der Anwendungsbereich des § 24 MarkenG nicht eröffnet.

§ 24 MarkenG beruht auf der entsprechenden Regelung in Art. 7 MarkenRL. Deshalb ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hierzu auch zur Auslegung des § 24 MarkenG heranzuziehen (BGH GRUR 2001, 422 - ZOCOR). Für eine Fallgestaltung wie im Streitfall hat der EuGH klargestellt, dass nach Art. 7 Abs. 1 MarkenRL eine Erschöpfung des Rechts aus der Marke nur für solche bestimmten Waren eintritt, die vom Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung "unter dieser Marke" in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind (EuGH WRP 1999, 1264 - Pharmacia & Upjohn = GRUR Int. 2000, 159 - Upjohn/Paranova; EuGH GRUR Int. 1999, 870 - Docksides/Sebago). Das bedeutet in Fällen des Re- oder Parallelimports, dass Art. 7 MarkenRL und mithin auch § 24 MarkenG nur anwendbar ist, wenn nach dem Umpacken die ursprüngliche Marke weiter verwendet oder wieder angebracht wird. Die Bestimmung greift dagegen nicht ein, wenn der Parallelimporteur - wie vorliegend die Beklagten - die ursprüngliche Marke durch eine andere ersetzt (BGH WRP 2002, 1163 - Zantac/Zantic).

(b) Bei der gegebenen Sachverhaltsgestaltung einer Markenersetzung bestimmen sich

die jeweiligen Befugnisse des Markeninhabers und des Parallelimporteurs auf Grund der EuGH-Rechtsprechung nach den Vorschriften der Art. 28, 30 EG (zuvor: Art. 30, 36 EG-Vertrag). Danach dienen sowohl Art. 30 EG als auch Art. 7 MarkenRL dem Zweck, die grundlegenden Belange des Markenschutzes mit denen des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt in Einklang zu brin-gen. Da beide Bestimmungen dieselbe Zielrichtung haben, sind sie auch im gleichen Sinne auszulegen (EuGH WRP 1996, 880 - Bristol-Myers Squibb, EuGH a. a. O. - Pharmacia & Upjohn).

(aa) In den Fällen des Re- oder Parallelimports von Arzneimitteln, in denen der Importeur nach dem Umpacken der Ware die ursprüngliche Marke wieder anbringt, ist nach der EuGH- und BGH-Rechtsprechung die markenrechtliche Erschöpfung von bestimmten Bedingungen abhängig, die kumulativ erfüllt sein müssen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so tritt nach Art. 7 MarkenRL wegen des gemäß Art. 28, 30 EG zu gewährleistenden freien Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Union eine gemeinschaftliche Erschöpfung ein, so dass der Parallelimporteur insoweit auch ohne Zustimmung des Markeninhabers zum Umkonfektionieren fremder Markenware befugt ist (EuGH WRP 1996, 867 - Eurim Pharm, WRP 1996, 874 - MPA Pharma, EuGH a. a. O. - BristolMyers Squibb; vgl. auch EuGH a. a. O. - Pharmacia & Upjohn; EuGH WRP 2002, 666 - Boehringer Ingelheim/Swingward).

Eine dieser Voraussetzungen besteht darin, dass die Geltendmachung der Rechte aus der Marke nicht einer künstlichen Abschottung der Märkte dient (vgl. auch zu den übrigen Voraussetzungen: EuGH a. a. O. - Eurim Pharm, - MPA Pharma, - Boehringer Ingelheim/Swingward; - Bristol-Myers Squibb, - Pharmacia & Upjohn; BGH a. a. O. - ZOCOR, - Zantac/Zantic).

(bb) Die markenrechtliche Zulässigkeit des angegriffenen Umpackens in eine mit der Bezeichnung KLACID PRO versehene Verpackung ist grundsätzlich nach denselben Maßstäben zu beurteilen wie ein Umpacken unter anschließendem Wiederanbringen der ursprünglichen Marke, und zwar insbesondere bei der Beurteilung der Frage, ob die Untersagung einer Neukennzeichnung mit der Inlandsmarke zu einer künstlichen Abschottung der Märkte führen würde.

Zwischen beiden Fallgestaltungen besteht kein sachlicher Unterschied, der es rechtfertigen würde, den Begriff der künstlichen Marktabschottung in den beiden Fällen unterschiedlich anzuwenden (EuGH a. a. O. - Pharmacia & Upjohn).

(cc) Ob eine künstliche Marktabschottung vorliegt, beurteilt sich nach objektiven Kriterien und nicht danach, ob der Parallelimporteur eine darauf gerichtete Absicht des Markeninhabers nachweist. Dabei ist nicht entscheidend, welche ursprüngliche objektive Lage zum Nebeneinander der verschiedenen Marken in den verschiedenen Mitgliedsländern geführt hat. Vielmehr ist zu untersuchen, ob im Zeitpunkt des Vertriebes bestehende Umstände den Parallelimporteur objektiv dazu zwingen, die ursprünglich auf der Originalpackung verwendete Marke durch die im Einfuhrmitglied-staat zu ersetzen, um die Ware in diesem Mitgliedstaat in den Verkehr bringen zu können (EuGH - a. a. O. - Pharmacia & Upjohn).

Eine solche Zwangslage läge dann vor, wenn der tatsächliche Zugang des Parallelimporteurs zu den Märkten des Einfuhrmitgliedstaates behindert wäre, falls ihm die Ersetzung der Marke verboten wäre. Das ist dann anzunehmen,

wenn Regelungen oder Praktiken im Einfuhrmitgliedstaat den Vertrieb der betreffenden Ware unter der Marke, die sie im Ausfuhrmitgliedstaat trägt, verhindern, wenn also etwa eine Verbraucherschutzvorschrift die Benutzung der im Ausfuhrmitgliedstaat angebrachten Marke im Einfuhrmitgliedstaat aus Gründen der Irreführung verbietet (EuGH a. a. O. -Pharmacia & Upjohn).

Auch bei anderen Sachverhaltsgestaltungen kann die angesprochene Zwangslage des Parallelimporteurs gegeben sein, so kann auch eine ältere inländische Marke nach den Bestimmungen des nationalen Markenrechts einem Vertrieb des Arzneimittels unter der Marke des Herkunftsstaates entgegenstehen. Der Parallelimporteur ist aber nicht etwa in jedem Falle berechtigt, die Ware mit der gebräuchlichen Inlandsmarke neu zu kennzeichnen; eine solche Berechtigung ist nur dann anzuerkennen, wenn der tatsächliche Zugang des Parallelimporteurs zu den Märkten des Einfuhrmitgliedstaates behindert wäre, sofern der Importeur die im Ausfuhrmitgliedstaat angebrachte Marke benutzt. Eine solche Behinderung ist aber nicht schon allein deshalb gegeben, weil der Hersteller unterschiedliche Marken verwendet.

3.) Nach diesen Grundsätzen ist nach Auffassung des Senats die Markenersetzung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung nicht erforderlich, die Beklagten können das Arzneimittel, das in Spanien unter KLACID in den Verkehr gebracht worden ist, unter Verwendung eben dieser Bezeichnung im Inland vertreiben, für die Benutzung von KLACID PRO besteht für sie keine Zwangslage.

(a) Die Klägerin könnte gegen die Weiterverwendung der Bezeichnung KLACID beim Parallelimport des Arzneimittels nicht aus der Klagemarke vorgehen, ihre Markenrechte wären unter den oben dargestellten Voraussetzungen erschöpft. Dass es Rechte Dritter gäbe, die den Beklagten die Benutzung der Bezeichnung KLACID in Deutschland verwehren könnten, ist nicht ersichtlich.

(b) Das Arzneimittel KLACID wird, wie ebenfalls ausgeführt, in Deutschland in den Packungsgrößen zu 10, zu 12 und zu 20 Filmtabletten vertrieben (Anlagen K 5-6), der tatsächliche Marktzutritt ist den Beklagten demgemäß ohne weiteres eröffnet. Eine Zwangslage für die Beklagten als Parallelimporteure, stattdessen die Bezeichnung "KLACID PRO" zu verwenden, besteht folglich insoweit nicht.

(c) Der Umstand, dass die Klägerin in Deutschland mit ihrem Arzneimittel KLACID PRO einen ganz erheblich höheren Umsatz erzielt als mit KLACID und deshalb sich auch die Beklagten einen entsprechend höheren Gewinn durch das Umkennzeichnen versprechen, begründet nach den o-ben dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung keine Zwangslage.

Denn es müsste, um das Vorliegen einer Zwangslage zu bejahen, ein wirkliches Hindernis für den tatsächlichen Marktzugang gegeben sein (EuGH GRUR 2002, 1054 - Aventis) und nicht nur weniger günstige Bedingungen für den Absatz.

Entsprechendes gilt für den von den Beklagten noch angeführten Umstand, dass die Klägerin das Arzneimittel "KLACID PRO 12 Filmtabletten" zum selben Preis wie "KLACID 10 Filmtabletten" anbietet. Ein Marktzutritt wird den Beklagten dadurch nicht verwehrt, insbesondere könnten sie das Arzneimittel KLACID ebenfalls in der Packungsgröße zu 10 Filmtabletten anbieten. Das Beschneiden von Blistern ist auch

sonst beim Parallelimport ein gangbares Mittel, unterschiedliche Packungsgrößen anzupassen. Das würde auch im vorliegenden Fall gelten, zumal die Beklagten nicht gehindert wären, auch die Reste der Durchdrückpackungen anderweitig zu verwenden.

(d) Wie die Beklagten selbst zutreffend vorgetragen haben, handelt es sich bei den Arzneimitteln KLACID PRO und KLACID um solche, die stofflich und in ihren Indikationsgebieten identisch sind, aber es gibt zwei unterschiedliche Dosierschemata (mit bzw. ohne "doppelte Initialdosis") und compliancegerechte Verblisterungen sowie korrespondierend damit auch zwei verschiedene arzneimittelrechtliche Zulassungen (Anlagen K 10-12).

Insoweit geht es nicht etwa um bloß unterschiedliche Packungsgrößen eines identischen Arzneimittels, bei denen der Parallelimport wegen des Grundsatzes des freien Warenverkehrs auch dann zulässig ist, wenn das Mittel (anders als im Einfuhrstaat) im Ausfuhrstaat nicht in allen Packungsgrößen vorhanden ist. Vielmehr handelt es sich wegen der genannten Abweichungen nicht nur arzneimittelrechtlich, sondern auch markenrechtlich um verschiedene Waren.

Es ist dem Landgericht darin zuzustimmen, dass von einer "künstlichen", nur formalen Unterschiedlichkeit der beiden Arzneimittel nicht ausgegangen werden kann. Die aufgezeigten Unterschiede der Präparate sind immerhin so erheblich, dass die Zulassungsbehörden eine ergänzende arzneimittelrechtliche Zulassung verlangt und ausgesprochen haben. Es kann keine Rede davon sein, dass - wie die Beklagten argumentieren - nur "formal", und zwar nur wegen der anderen Bezeichnung ein anderes Arzneimittel vorläge. Zudem sind die Zulassungsbehörden gehalten, ein identisches Arzneimittel gerade nicht unter mehreren (verschiedenen) Bezeichnungen zuzulassen. Die vorliegend zu beurteilende Fallgestaltung ist nach den obigen Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung nicht mit der eines einzigen Arzneimittels in nur unterschiedlichen Packungsgrößen gleichzusetzen. Ein Parallelimport von KLACID PRO kommt vielmehr nicht in Betracht, weil dieses Arzneimittel von der Klägerin bisher nur in Deutschland vertrieben wird; im Verhältnis zu dem auch außerhalb Deutschlands vertriebenen, anderen Präparat KLACID kann wegen der Warenverschiedenheit von einer "künstlichen" Marktaufteilung nicht ausgegangen werden. Der Um-stand, dass die Beklagten eine arzneimittelrechtliche Zulassung für KLACID PRO in Deutschland besitzen, ändert daran nichts.

(e) Auch die Verschreibungsgewohnheit der Ärzte begründet für die Umkennzeichnung keine Zwangslage, wenn sich diese überwiegend bei der Verordnung für KLACID PRO (und nicht für KLACID) entscheiden. Denn unterschiedliche Arzneimittel konkurrieren untereinander am Markt, das gilt auch für die Beklagten.

Im Übrigen hat der Arzt durchaus die Möglichkeit, auch das Präparat KLACID (auch als Parallelimportprodukt) in Substitution für "KLACID PRO" zu wählen, zumal es über die Vergleichbarkeit beider Arzneimittel mehrere Erkenntnisquellen gibt (Anlagen K 26). Deswegen greift auch das Argument der Beklagten zum Rahmenvertrag vom 6. August 2001 über die Arzneimittelversorgung nach § 129 SGB V nicht durch. Die Beklagten können in geeigneter Form ihr Importprodukt bewerben.

Die Zuzahlungsgröße N 1 und die dabei kleinere Packungsgröße von 10 Tabletten können die Beklagten, wie ausgeführt, ebenfalls erreichen, indem sie die 12 Filmtabletten auf 10 Filmtabletten reduzieren.

(f) Alle diese Wege können die Beklagten beschreiten, der Marktzutritt für ihr Importprodukt KLACID ist ihnen nicht verwehrt. Das wirtschaftliche Interesse der Beklagten, stattdessen das Produkt als "KLACID PRO" in Deutschland zu vermarkten, mag erheblich sein. Dass das Interesse gerade nicht in der allein streitgegenständlichen Form nicht zu befriedigen ist, bedeutet nach Auffassung des Senats selbstverständlich keine gemeinschaftswidrige Marktbehinderung. Bei der Interessenabwägung ist auf die Erforderlichkeit einer Markenersetzung abzustellen und nicht auf die - wenn auch nachhaltige - Verbesserung der Marktchancen des Parallelimports.

(g) Schließlich können sich die Beklagten für eine vermeintliche Zwangslage zur Umkennzeichnung nicht mit Erfolg auf die BGH-Entscheidung "Sermion II" (BGH GRUR 1997, 620) berufen. In dem dort zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um zwei Originalpräparate ("Sermion" und "Sermion forte") mit unterschiedlichen Wirkstoffstärken, das parallelimportierte portugiesische Präparat "Sermion" hatte verdoppelte Wirkstoffkonzentration wie das deutsche "Sermion" und entsprach daher dem deutschen Arzneimittel "Sermion forte"; deswegen war der Parallelimporteur gehalten, das Importarzneimittel zur Vermeidung von Irreführung unter der Bezeichnung "Sermion forte" in Deutschland zu vertreiben. Demgegenüber gibt es im vorliegenden Sachverhalt in Spanien kein Arzneimittel, dass mit "KLACID PRO" identisch wäre, außerdem kann das "KLACID" spanischen Ursprungs - wie ausgeführt - ohne weiteres unter KLACID auch in Deutschland vertrieben werden.

4.) Auch die weiteren Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs sind gegeben, insbesondere die Begehungsgefahr.

Der Parallelimport des Arzneimittels KLACID unter der Umkennzeichnung in KLACID PRO ist von den Beklagten - beide sind am Vertrieb beteiligt - unstreitig entsprechend ihrer Vorabinformation und Musterübersendung aufgenommen worden.

Als Lizenznehmerin an den Rechten aus der Klagemarke ist die Klägerin - wie die Beklagten nicht bestreiten - klagebefugt (§ 30 MarkenG).

III.

Der Klageantrag zu I. 2.) auf Auskunftserteilung durch die Beklagten unter Belegvorlage entsprechend dem Ausspruch im Senatsurteil unter Ziffer 2.) ist gemäß § 3, § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3-4, 6, § 19 MarkenG; § 14 Abs. 6 MarkenG, § 242 BGB begründet, und zwar auch in den Punkten, in denen das Landgericht den Klageantrag abgewiesen hat. Insoweit ist die Anschlussberufung der Klägerin begründet.

1.) Das beanstandete, im Klageantrag zu 1.) beschriebene Verhalten der Beklagten verletzt die Markenrechte der Klägerin. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer II. Bezug genommen. Auf diese demgemäß rechtswidrigen Handlungen nimmt der Klageantrag zu 2.) Bezug. Der Beginn der Auskunftserteilungspflicht der Beklagten war, wie im Urteilsausspruch des Senats geschehen, festzulegen.

2.) Hinsichtlich der im Urteilsausspruchs des Senats aufgeführten Angaben ist der Antrag auf Auskunftserteilung aus § 19 Abs. 1 - 2 MarkenG und im Übrigen aus § 14 Abs. 6 MarkenG, § 242 BGB begründet. Antragsgemäß ist in die Verurteilung aufgenommen worden, dass Hinweise auf die Herstellerfirmen, Lieferanten und Vorbesitzer geschwärzt werden können.

(a) Die Klägerin als Verletzte muss alle diese Angaben erfahren, sie sind zur Prüfung und Berechnung des jeweiligen Ersatzanspruches erforderlich, und zwar nicht nur bezüglich des eigenen, selbst erlittenen Schadens, berechnet nach der sog. Differenztheorie, sondern auch nach den anderen Berechnungsalternativen.

(aa) Die Berechnung des Schadensersatzes nach dem Verletzergewinn ist bei Kennzeichenverletzungen nicht von vornherein ausgeschlossen; hierfür sind die Angaben über den erzielten Gewinn und die weiteren, aus dem Urteilsausspruch ersichtlichen Daten zum Nachweis der Gewinnberechnung auf Seiten der Beklagten erforderlich.

Allerdings ist bei der Bestimmung des Umfangs des Auskunftsanspruchs davon auszugehen, dass die Schadensberechnung bei Kennzeichenverletzungen in der Regel nur durch Schätzung möglich ist und deshalb die Angaben zum Verletzerumsatz ausreichen, wenn nicht der Verletzergewinn ausschließlich auf der Rechtsverletzung beruht (BGH GRUR 1995, 50 - Indorektal/Indohexal; GRUR 1980, 227 - Monumenta Germaniae Historica). Im Übrigen, also auch wenn der Verletzergewinn nicht ausschließlich auf der Markenverletzung beruht, ist die Höhe des Gewinns für die Schadensberechnung gemäß dieser ausdrücklich anerkannten Methode (BGH, a. a. O.

-Indorektal/Indohexal) von wesentlicher Bedeutung. Ohne diese Auskunft könnte ein Ersatzanspruch auf der Basis des Verletzergewinns nicht präzise berechnet werden. Die nur teilweise Ursächlichkeit der Rechtsverletzung für den Gewinn kann dadurch berücksichtigt werden, dass für die Bezifferung eines Schadens im Wege der Schadensschätzung ein pauschaler Abschlag vom Gewinn vorgenommen wird (OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2003, 274).

Auch die Besonderheiten des Parallelimports von Arzneimitteln gebieten nichts anderes. Ein Anspruch auf (teilweise) Herausgabe des Verletzergewinns nach obiger Maßgabe scheidet nur dann von vornherein aus, wenn dem Markeninhaber trotz der durch den Verletzer erzielten Gewinne tatsächlich kein Schaden entstanden ist (BGH GRUR 1995, 349 - Objektive Schadensberechnung). Dieser Entscheidung lag aber der Sachverhalt zu Grunde, dass die dort beklagte Partei mit Hilfe eines unzulässigen Kataloges Produkte der Gegenseite verkaufte. Daraus folgte keine Gewinnschmälerung der dortigen Klägerin, weil diese denselben Gewinn erzielt hätte, wenn der Verkauf ihrer Produkte auf einem von ihr selbst ausgegebenen Katalog beruht hätte (BGH, a. a. O.- Objektive Schadensberechnung).

Vorliegend ist eine solche Ausnahmesituation nicht gegeben. Vielmehr ist die Regel durchgreifend, nach der ein Verletzergewinn den Schluss auf einen Schaden beim Verletzten erlaubt, weil nach der Lebenserfahrung normalerweise davon ausgegangen werden kann, dass dem Verletzten entsprechende eigene Geschäfte (und daraus resultierende Gewinnmöglichkeiten) entgangen sind (BGH, a. a. O. - Objektive Schadensberechnung). Das ist vorliegend ohne weiteres der Fall.

(bb) Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass der Schadensersatz auch nach der Lizenzanalogie berechnet werden kann. Auch insoweit ist der Verletzergewinn für die Bestimmung des Schadens mit von Bedeutung, weil ein vernünftiger potentieller Lizenznehmer bei einer höheren Gewinnmarge eine entsprechend höhere Lizenz zu zahlen bereit sein wird, entsprechendes gilt umgekehrt bei einer geringeren

Gewinnaussicht.

Der Senat sieht sich in dieser Rechtsauffassung im Übrigen auch deswegen bestätigt, weil der richterlichen Schadensschätzung ohne hinreichende Anhaltspunkte gerade auch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind (Art. 103 Abs. 1 GG; BVerfG NJW 2003, 1655).

(b) Die Auskunft ist auch nicht unverhältnismäßig (§ 19 Abs. 1 MarkenG bzw. § 242 BGB), sie ist den Beklagten zuzumuten und kann von ihnen unschwer erteilt werden. Gegenteiliges von durchgreifendem Gewicht haben die Beklagten nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Das gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Grundsätze zum freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft (Art. 28, 30 EG), ein Geheimhaltungsinteresse der Beklagten hat insoweit zurückzutreten. Der Auskunftsanspruch ist demgemäß in diesem Umfang ist begründet, denn Hinweise auf die Herstellerfirmen, Lieferanten und Vorbesitzer können dabei unkenntlich gemacht werden.

Gemäß Art. 28 EGV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Art zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Art. 30 EGV lässt hiervon Ausnahmen u. a. zum Schutz des gewerblichen Eigentums zu, sofern deren Geltendmachung nicht eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten darstellt. Die innerhalb der Europäischen Union garantierte Warenverkehrsfreiheit darf demgemäß nicht durch nationale Vorschriften ausgehöhlt werden, indem das nationale Markenrecht z. B. es einem Markeninhaber ermöglichte, durch sein Markenrecht einzelne Märkte von einander abzuschotten.

Der Europäische Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass Art. 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, in der Bundesrepublik Deutschland mit § 24 MarkenG umgesetzt, ebenso wie Art. 30 EGV den Zweck verfolge, die grundlegenden Belange des Markenschutzes mit denen des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt in Einklang zu bringen (EuGH, a. a. O. - Bristol-Myers Squibb, - Pharmacia & Upjohn). Nach dieser Rechtsprechung sind Ansprüche des Markeninhabers - und damit auch gegen Parallelimporteure - nur gerechtfertigt, wenn nicht erwiesen ist, dass ein derartiges Vorgehen aus Markenrecht zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führen würde. Es ist nicht Zweck der markenrechtlichen Schutzbestimmungen, den Markeninhabern die Abschottung nationaler Märkte zu ermöglichen und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten zu begünstigen (EuGH GRUR Int. 1998, 145 - Loendersloot/Ballantine).

Nichts anderes ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH zur Beweislastregel des § 24 Abs. 1 MarkenG, nach der dem Markenverletzer die Beweislast für die Erschöpfung des Markenrechts obliegt. Diese Regel ist demgemäß nur dann mit Art. 28, 30 EG vereinbar, wenn sie nicht dazu führt, die nationalen Märkte abzuschotten (EuGH GRUR 2003, 512 - Stüssy). Diese Gefahr sei - so der EuGH - aber dann gegeben, wenn der Dritte seine Bezugsquellen offen legen müsse, da der Markeninhaber ihm dann für die Zukunft jede weitere Bezugsmöglichkeit bei diesen abschneiden könnte (EuGH a. a. o., S. 514 Ziff. 40).

In eben diese Richtung weist auch die Rechtsprechung des BGH. Danach ist die

Verhältnismäßigkeit des Auskunftsanspruchs jedenfalls dann gewahrt, wenn der Verletzer hinsichtlich seiner Lieferanten nur angeben muss, von wem er Arzneimittel in den beanstandeten Verpackungsgestaltungen bezogen hat, während er nicht angeben muss, woher er die original verpackten ausländischen Arzneimittel bezogen hat, die er - so auch im dortigen Sachverhalt - in von ihm selbst hergestellte Faltschachteln umgepackt hat (BGH GRUR 2002, 1063 - Aspirin).

Die Belange des freien Warenverkehrs werden vorliegend durch die zugesprochene Auskunft nicht berührt. Gegenteiliges haben die Beklagten nicht aufgezeigt, das ist auch sonst nicht erkennbar.

(c) Es ist - das setzt § 14 Abs. 6 MarkenG voraus - wahrscheinlich, dass der Klägerin als Lizenznehmerin der Klagemarke ein Schaden durch die beanstandeten Handlungen der Beklagten entstanden ist.

Bei Markenrechtsverletzungen geht es regelmäßig u. a. um einen Marktverwirrungsschaden, den es auszugleichen gilt. Zudem ist allgemein anerkannt, dass der Schadensersatz bei Markenrechtsverletzungen nach der sog. Lizenzanalogie, d. h. auf Grund einer (fiktiven) Lizenz berechnet werden kann, ohne dass es darauf ankommt, ob der Verletzte im Falle einer Befragung das betroffene Recht eingeräumt hätte oder selbst in der Lage gewesen wäre, die angemessene Lizenzgebühr zu erzielen (BGH GRUR 1995, 349 - Objektive Schadensberechnung).

Ein Schaden ist bei der Klägerin dadurch eingetreten, dass in ihre Markenrechte durch das Umkennzeichnen eingegriffen wurde, ohne dass den Beklagten ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand. Diese Handlung macht sie schadenersatzpflichtig, denn die Beklagten hätten sich so nur verhalten dürfen, wenn sie sich zuvor eine Lizenz - z. B. als Unterlizenz der Klägerin - besorgt hätten, das entsprechende Entgelt wurde der Klägerin vorenthalten. Deswegen kann etwa das Argument, es sei kein Schaden entstanden, jedenfalls nicht unter der Berücksichtigung "rechtmäßigen Alternativverhaltens", nicht durchgreifen. Die Rechtsprechung zum rechtmäßigen Alternativverhalten des Arztes, der mit dem Einwand gehört wird, der Patient hätte auch bei ausreichender Information in den Eingriff eingewilligt, stellt keine Parallele dar, weil eine "Einwilligung" der Klägerin ohne eine Lizenz gerade nicht in Betracht kommt.

Für den aus § 14 Abs. 6 MarkenG begründeten Schadensersatzanspruch ist maßgeblich, dass bei dem beanstandeten Verhalten der Beklagten eine Markenrechtsverletzung in Rede steht. Insoweit kann es bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten nicht um den "gleichen Schaden" wie im Verletzungsfalle gehen.

(d) Die Beklagten haben schuldhaft (§ 14 Abs. 6 MarkenG) gehandelt, insoweit liegt zumindest Fahrlässigkeit vor.

Es entspricht der zutreffenden ständigen Rechtsprechung im gewerblichen Rechtsschutz, dass für die Fahrlässigkeit im Sinne des § 14 Abs. 6 MarkenG jede Form genügt und dass an die zu beachtende erforderliche Sorgfalt strenge Anforderungen gestellt werden (BGH GRUR 2002, 248 - Spie-gel-CD-ROM, GRUR 2002, 694 - shell.de). So handelt bereits fahrlässig, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, indem er eine von der eigenen Auffassung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens in Betracht ziehen muss (BGHZ 130, 205 - Gefärbte Jeans, BGH WRP 1999, 831 - Tele-Info-CD m. w. Nw.).

3.) Der Auskunftsantrag ist nach den oben genannten Vorschriften unter Vorlage der Belege hinsichtlich aller im Urteilsausspruch des Senats aufgeführten Angaben begründet.

(a) Der nach Auffassung des Senats begründete Anspruch auf Auskunftserteilung umfasst in die-sem Umfang auch die Vorlage der Belege. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dem der erkennende Senat folgt, ist der Anspruch auf ergänzende Belegvorlage zu bejahen, wenn der Berechtigte darauf angewiesen ist und ihm keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Schuldners entgegenstehen (BGH WRP 2002, 947 - Entfernung der Herstellungsnummer III). Das hat der Bundesgerichtshof dort für einen Fall der Drittauskunft nach § 19 MarkenG in Bezug auf die Menge der Waren so entschieden.

Für die unselbständigen Hilfsauskünfte über die vom Senat vorliegend zugesprochenen Angaben nach § 242 BGB muss dies aber ebenso gelten. Denn diese ist akzessorisch zum Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch.

.(b) Die Vorlage der Belege ermöglicht es der Klägerin erst, die Verlässlichkeit der Auskunft zu überprüfen, sie kann Zweifel an der Richtigkeit der Angaben ausräumen und damit eine entsprechende eidesstattliche Versicherung der Beklagten überflüssig machen (BGH, a. a. O. – Entfernung der Herstellungsnummer III).

.(c) Die Vorlage der Belege ist den Beklagten auch zumutbar. Hiervon ist mangels gegenteiligen Vorbringens von durchgreifendem Gewicht auszugehen. Das berechtigte Interesse der Beklagten, die Namen und Anschriften der Herstellerfirmen, der Lieferanten und Vorbesitzer und der sich dar-auf beziehenden Bestell- und Lieferdaten geheim zu halten, ist dadurch berücksichtigt, dass diese Angaben bei der Belegvorlage (z. B. durch dort geschwärzte Kopien der Belege) unkenntlich gemacht werden können (vgl. hierzu ebenso: BGH, a. a. O. - Entfernung der Herstellungsnummer III; vgl. ebenso in Abweichung zur Vorauflage: Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage, § 19 MarkenG Rz. 20 m. w. Nw.).

Im Hinblick auf die oben dargestellten Grundsätze zum freien Warenverkehr (Art. 28, 30 EG) ergibt sich nichts anderes.

IV.

Der Klageantrag zu II. auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten entsprechend dem Ausspruch im Senatsurteil unter Ziffer 3.) ist gemäß § 3, § 14 Abs. 2-4, Abs. 6 MarkenG begründet.

1.) Der Feststellungsantrag ist zulässig, die Klägerin kann ohne die zu erteilende Auskunft ihren Schadensersatz nicht beziffern (§ 256 ZPO).

2.) Der Feststellungsantrag ist begründet, der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch im vom Senat zuerkannten Umfang nach den oben aufgeführten Vorschriften zu.

Zur Rechtswidrigkeit der Markenverletzung, zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und zum Verschulden der Beklagten auf die obigen Ausführungen unter II. und III. entsprechend Bezug genommen.

IV.

Nach alledem waren die Anschlussberufung der Klägerin begründet und die Berufung

der Beklagten unbegründet.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst (§ 543 Abs. 2 ZPO n. F.). Die Rechtssache geht, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, über die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt nicht hinaus. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, die Zulassung der Revision ist weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass in einer ebenso gelagerten Rechtssache (Berufungsurteil des OLG Köln - 6 U 134/03) der Bundesgerichtshof die Revision der dortigen Beklagten auf Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen hatte und im dortigen Verfahren die Revision wegen Fristversäumnis verworfen worden ist (BGH I ZR 45/04).

Eine Vorlage an den EuGH (Art. 234 EG) kommt nach Auffassung des Senats nicht in Betracht. Wie die obigen Ausführungen zeigen, steht die Anwendung der markenrechtlichen Bestimmungen, insbesondere zur Erforderlichkeit einer Umkennzeichnung für die Importware mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften und Entscheidungen im Einklang.

Gärtner Spannuth Löffler