



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

Aktenzeichen: I ZR 272/02
Entscheidung vom 23. Februar 2006

In dem Rechtsstreit

...

gegen

... .

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. ... und die Richter ... Dr. , Prof. Dr. ... , ... und Dr. ...

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 19. September 2002 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Klägerin und der Anschlussrevision der Beklagten teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bremen vom 18. April 2002 wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Duftwässer der Marken "Davidoff", "Jil Sander", "JOOP!", "Lancaster", "Monteil", "Nikos", "Boudoir" und "Chopard" einzuführen oder auszuführen und/oder anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, soweit diese Duftwässer nicht unter dieser Marke von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung im Inland oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin zu 1. sämtlichen Schaden zu ersetzen hat, der ihr aus der festgestellten Verletzung der Marke "Chopard" entstanden ist und noch entstehen wird.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten Instanz trägt die Klägerin 18 %, die Beklagte 82 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens werden der Klägerin zu 19 %, der Beklagten zu 81 % auferlegt.

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Parfüms her und vertreibt sie im Wege eines selektiven Vertriebssystems. Für ihre eigenen Produkte benutzt sie die Marken "Lancaster", "Nikos" und "Monteil". Daneben ist sie Lizenznehmerin der Marken "Chopard", "Jil Sander", "Davidoff", "Boudoir" und "JOOP!". Sie ist insoweit berechtigt, Ansprüche wegen Markenrechtsverletzungen im eigenen Namen geltend zu machen.

Am 25. April 2001 kaufte die Zeugin C. bei der Import-Parfümerie "B. ", Inhaber Dr. H. , in M. ein Parfüm Chopard "Mira-Bai" EdP NS 30 ml. Die Klägerin stellte fest, dass sie dieses Erzeugnis nach Istanbul geliefert hatte. Dr. H. teilte mit, dass die Beklagte seine Lieferantin gewesen sei.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aufgrund dieses Vorfalles wegen Markenrechtsverletzung in Anspruch. Die Beklagte habe ein Parfüm der Marke "Chopard", das für den außereuropäischen Markt bestimmt gewesen sei, unbefugt in den europäischen Wirtschaftsraum eingeführt. Derartige Graumarktimporte seien bereits wiederholt Anlass für Auseinandersetzungen zwischen den Parteien gewesen. Es bestehe daher hinsichtlich aller im Klageantrag genannten Marken Wiederholungsgefahr.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Duftwässer der Marken Davidoff, Jil Sander, JOOP!, Lancaster, Monteil, Nikos, Boudoir und Chopard einzuführen oder auszuführen und/oder anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, soweit diese Duftwässer nicht unter dieser Marke von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung im Inland oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind;

2. festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen hat, der ihr aus den Verletzungshandlungen gemäß Ziff. 1. entstanden ist und noch entstehen wird.

Den darüber hinaus gestellten Auskunftsantrag haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Beklagte hat bestritten, dass die Klägerin das streitgegenständliche Parfüm Chopard "Mira-Bai" nach Istanbul versandt habe.

In einem bereits früher - ebenfalls bei dem Landgericht - rechtshängig gewordenen Rechtsstreit zwischen den Parteien wegen Markenrechtsverletzung (LG Bremen 12 O 10/01) hat die Klägerin u.a. beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Duftwässer der Marken Davidoff, Jil Sander, JOOP!, Lancaster, Monteil, Nikos und Chopard einzuführen oder auszuführen und/oder anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, soweit diese Duftwässer nicht unter dieser Marke von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung im Inland oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen hat, der ihr aus den Verletzungshandlungen gemäß Ziff. 1 entstanden ist und noch entstehen wird.

Im Hinblick auf dieses Parallelverfahren hat das Landgericht im vorliegenden Rechtsstreit die Klage insgesamt als unzulässig angesehen, soweit die Parteien die Hauptsache nicht übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Mit Ausnahme der auf die Marke "Boudoir" bezogenen Klageanträge stehe der Klage der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegen. Auf Duftwässer der Marke "Boudoir" beziehe sich das Parallelverfahren dagegen nicht. Insoweit sei die Klage aber unbegründet, weil die erforderliche Wiederholungsgefahr nicht dargelegt sei.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin Berufung eingelegt, mit der sie ihre in erster Instanz zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgt hat. Sie hat geltend gemacht, eine anderweitige Rechtshängigkeit sei nicht gegeben. Es bestehe auch hinsichtlich des Parfüms "Boudoir" Wiederholungsgefahr, weil dieses - wie die anderen im Unterlassungsantrag genannten Parfüms - ein hochpreisiges Luxusprodukt sei.

Die Beklagte hat das landgerichtliche Urteil verteidigt.

Während des Berufungsverfahrens haben die Vorinstanzen im Parallelverfahren entschieden: Das Landgericht hat den Klageanträgen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Unterlassung zurückgewiesen, der Berufung aber hinsichtlich des Antrags auf Feststellung der Schadensersatzpflicht stattgegeben und insoweit die Klage als unbegründet abgewiesen (OLG Bremen, Urt. v. 5.9.2002 - 2 U 78/01).

Im vorliegenden Verfahren hat das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Landgerichts abgeändert und dem Unterlassungsantrag, soweit er sich auf Duftwässer der Marke "Boudoir" bezieht, stattgegeben. Die weitergehende Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Mit ihrer (vom Senat zugelassenen) Revision begehrt die Klägerin, das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, und auch insoweit nach ihren Schlussanträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen.

Die Beklagte hat Anschlussrevision eingelegt, soweit das Berufungsgericht sie - hinsichtlich Duftwässer der Marke "Boudoir" - zur Unterlassung verurteilt hat. Insoweit hat sie beantragt, das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Während des Revisionsverfahrens hat der Senat die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten gegen das im Parallelverfahren ergangene Berufungsurteil (OLG Bremen 2 U 78/01) durch Beschluss vom 3. April 2003 (I ZR 270/02) zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Klage ist - wie die Revision mit Erfolg geltend macht - in vollem Umfang zulässig.

I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag zum größten Teil wegen anderweitiger Rechtshängigkeit der Klageansprüche als unzulässig angesehen. Das früher anhängig gewordene Parallelverfahren (2 U 78/01 = 12 O 10/01) sei allerdings durch einen anderen Vorfall als der vorliegende Rechtsstreit ausgelöst worden. Im Parallelverfahren sei es um den Vertrieb von Parfüm der Marke "JOOP! All about Eve" gegangen, das die Klägerin in den USA in den Verkehr gebracht habe. Das vorliegende Verfahren betreffe dagegen den Verkauf eines Duftwassers Chopard "Mira-Bai" im Inland, das die Klägerin an einen Händler in Istanbul veräußert habe. Dieser neuerliche Wettbewerbsverstoß sei jedoch keine neue Begehungsform gegenüber dem im anderen Verfahren bereits untersagten wettbewerbswidrigen Verhalten. Der Urteilstenor im Verfahren 2 U 78/01 und der im vorliegenden Verfahren gestellte Antrag betreffen denselben prozessualen Anspruch, den Handel mit bestimmten Duftwässern zu unterlassen, soweit diese nicht von der Klägerin im Inland oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden seien.

Der Unterlassungsantrag sei nur zulässig hinsichtlich des Parfüms "Boudoir", das in der Parallelsache 2 U 78/01 nicht in den Urteilsausspruch aufgenommen worden sei.

II. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Unterlassungsantrag in vollem Umfang zulässig.

1. Der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist nach Erlass des Berufungsurteils im vorliegenden Verfahren hinfällig geworden, weil das im Parallelverfahren ergangene Urteil des Berufungsgerichts (2 U 78/01) dadurch rechtskräftig geworden ist, dass der Senat die gegen dieses Urteil erhobene Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zurückgewiesen hat.

2. Dem Unterlassungsantrag steht auch nicht der Einwand der Rechtskraft entgegen. Der Senat hat diese Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen (vgl. BGHZ 123, 30, 32 - Indorektal II; BGH, Urt. v. 21.12.1988 - VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133, 2134). Der Umfang der materiellen Rechtskraft der im Parallelverfahren 2 U 78/01 ergangenen Unterlassungsverurteilung ist beschränkt auf den dort entschiedenen Streitgegenstand, der mit durch die konkrete Verletzungshandlung begrenzt wird, aus der das Klagebegehren hergeleitet worden ist.

a) Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Der Umfang der materiellen Rechtskraft wird maßgeblich durch den Streitgegenstand, über den das Gericht entschieden hat, bestimmt. Die Rechtskraft ergreift grundsätzlich nur den geltend gemachten Anspruch in dem beantragten Umfang (vgl. BGH, Urt. v. 15.7.1997 - VI ZR 142/95, NJW 1997, 3019, 3020; Urt. v. 20.7.2005 - XII ZR 155/04, FamRZ 2005, 1538).

b) Der Streitgegenstand eines Unterlassungsverfahrens wird nicht nur durch das im Antrag umschriebene Klageziel begrenzt, sondern auch durch die konkrete(n) Verletzungshandlung(en), auf die der Antrag gestützt ist.

aa) Entscheidend für die Beurteilung der Frage, welchen Streitgegenstand ein Kläger mit einem Unterlassungsantrag zur Entscheidung gestellt und über welchen Streitgegenstand das Gericht entschieden hat, ist nicht allein der Wortlaut von Antrag und Urteilsausspruch. Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. BGHZ 154, 342, 347 f. - Reinigungsarbeiten; BGH, Urt. v. 23.6.2005 - I ZR 227/02, GRUR 2005, 854, 855 = WRP 2005, 1173 - Karten-Grundsubstanz). Nach dieser prozessrechtlichen Auffassung vom zweigliedrigen Streitgegenstand im Zivilprozess, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (vgl. BGH, Urt. v. 26.9.2000 - VI ZR 279/99, NJW 2001, 157, 158 m.w.N.), kennzeichnet

das Klageziel allein den Streitgegenstand nicht. Die Einheitlichkeit des Klageziels genügt deshalb nicht, um einen einheitlichen Streitgegenstand anzunehmen. Dies gilt auch für Unterlassungsanträge, auch wenn ein Schuldner ein bestimmtes Verhalten naturgemäß nur einmal unterlassen kann. So liegen z.B. bei gleichem Antragswortlaut verschiedene Streitgegenstände vor, wenn der Unterlassungsantrag zunächst auf Erstbegehungsgefahr, später wegen einer bestimmten Verletzungshandlung auch auf Wiederholungsgefahr gestützt wird (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1990 - I ZR 99/88, GRUR 1990, 687, 689 = WRP 1991, 16 - Anzeigenpreis II; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 12 UWG Rdn. 2.23; Fezer/Büscher, UWG, § 8 Rdn. 77; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 10 Rdn. 12; vgl. dazu auch Ullmann, WRP 1996, 1007, 1010; a.A. Ahrens/Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Aufl., Kap. 36 Rdn. 90 ff.).

bb) Der Klagegrund, der den Streitgegenstand einer Unterlassungsklage mit bestimmt, wird durch die zu seiner Begründung vorgetragene Verletzungsfälle gebildet. Mehrere mit der Klage vorgetragene gleichartige Verletzungshandlungen, auf die ein Unterlassungsantrag mit einem bestimmten Klageziel gestützt wird, bilden dabei einen einheitlichen Klagegrund (vgl. dazu BGH, Urt. v. 18.4.1985 - I ZR 155/83, GRUR 1985, 980, 982 = WRP 1985, 484 - Tennisschuhe). Es ist jedoch anerkannt, dass mit der späteren Einführung weiterer Verletzungshandlungen in einen Unterlassungsprozess ohne Änderung des Klageantrags eine Änderung des Streitgegenstands, d.h. eine Klageänderung (§ 263 ZPO), verbunden ist, auch wenn sich aus den nachgeschobenen Verletzungsfällen dieselbe Verletzungsform ergibt (vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1998 - I ZR 67/96, Umdruck S. 8 f. [unveröffentlicht]; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 UWG Rdn. 2.29; Teplitzky aaO Kap. 46 Rdn. 17; Ahrens/Jestaedt aaO Kap. 23 Rdn. 4; a.A. KG GRUR 1999, 370, 371; Ahrens/Ahrens aaO Kap. 36 Rdn. 50 f.; wie hier - in st. Rspr. - österr. OGH ÖBl. 1980, 24 f. - Hinterglasbilder - und GRUR Int. 1986, 352, 354 - Baedekers Reiseführer). Damit ist ausgeschlossen, dass ein Kläger bei entsprechend weiter Fassung seines Unterlassungsbegehrens ohne Kostenrisiko einen Unterlassungsprozess durch Vortrag immer neuer gleichartiger (etwa auch neu ermittelter oder durch weitere Testkäufe provoziertes) Verletzungshandlungen verschleppen kann. Der Kläger wird umgekehrt auch nicht gezwungen, alle ihm bekannten Verletzungshandlungen in das Verfahren einzuführen und damit den Verfahrensstoff auszuweiten, nur um zu vermeiden, dass dieses Vorbringen durch die Rechtskraft des Urteils präkludiert wird.

cc) Eine Rechtfertigung, dem Klagegrund eines Unterlassungsantrags ohne weiteres alle Verletzungshandlungen zuzurechnen, die den zur Begründung des Antrags dargelegten Verletzungshandlungen gleichartig sind, folgt auch nicht aus der sog. Kerntheorie. Die Kerntheorie bezieht sich auf den Umfang der Rechtskraft eines Unterlassungsurteils und besagt, dass aus dem Urteil auch wegen solcher Verstöße gegen das Unterlassungsgebot vollstreckt werden kann, die den Kern der Verbotsform unberührt lassen (vgl. BGHZ 5, 189, 193 f. - Zwilling; 126, 287, 296 - Rotes Kreuz; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 322 Rdn. 115). Die nach der Kerntheorie angenommene Rechtskraftwirkung setzt allerdings - schon im Hinblick auf die Bindung des Gerichts an den gestellten Antrag (§ 308 Abs. 1 ZPO) - voraus, dass auch kerngleiche Abweichungen von der konkreten Verletzungsform, wie sie vom materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch mit umfasst sind (vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 29/98, GRUR 2000, 907, 909 = WRP 2000, 1258 - Filialeiterfehler), mit Streitgegenstand gewesen sind und die gerichtliche Entscheidung über den Streitgegenstand daher solche Abweichungen von der konkreten Verletzungsform mit verboten hat (vgl. BGH, Urt. v. 30.3.1989 - I ZR 85/87, WRP 1989, 572, 574 - Bioäquivalenz-Werbung, insoweit nicht in BGHZ 107, 136; Teplitzky aaO Kap. 57 Rdn. 12; Ahrens/Ahrens aaO Kap. 36 Rdn. 71; Rüßmann in Festschrift für Lüke, 1997, S. 675, 684; a.A. OLG Düsseldorf GRUR 1994, 81, 82 = WRP 1993, 487). Die Annahme, dass das Unterlassungsbegehren grundsätzlich auch auf das Verbot kerngleicher Abweichungen von der konkreten Verletzungsform gerichtet ist, bezieht sich jedoch nur auf die mit dem Klageantrag begehrte Rechtsfolge und hat mit der Abgrenzung des Klagegrunds, aus dem diese Rechtsfolge hergeleitet wird, nichts zu tun.

dd) Der Klagegrund als der Lebenssachverhalt, auf den der Antrag gestützt ist, bleibt dementsprechend unverändert, wenn der Kläger seinen Antrag (und damit die aus dem Klagegrund hergeleitete Rechtsfolge) ausdrücklich weiter fasst, indem er die angegriffene Verletzungsform im Antrag stärker abstrahierend umschreibt (a.A. Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl., Rdn. 553a). Die Reichweite des

Verbotsbegehrens ändert nichts daran, dass der Streitgegenstand und später die Reichweite der Rechtskraft des Unterlassungsurteils auf den Klagegrund bezogen bleibt.

c) Da der Urteilsgegenstand eines Unterlassungsurteils - wie (unter 2.a)) dargelegt - grundsätzlich maßgeblich durch den Streitgegenstand bestimmt wird, ist der Umstand, dass der Unterlassungsantrag auf einen bestimmten Klagegrund - die konkret benannte(n) Verletzungshandlung(en) - gestützt ist, auch für den Umfang der materiellen Rechtskraft des Unterlassungsurteils entscheidend. In Rechtskraft erwächst danach der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch nicht als solcher, sondern nur in seinem Bezug auf die vom Gericht festgestellte(n) Verletzungshandlung(en) (vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1963 - Ib ZR 76/61, GRUR 1963, 378, 381 = WRP 1963, 211 - Deutsche Zeitung; BGH, Urt. v. 11.11.1994 - V ZR 46/93, NJW 1995, 967; vgl. auch BGHZ 82, 299, 304 - Kunststoffhohlprofil II; BGH, Urt. v. 6.10.2005 - I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Tz. 19 = WRP 2006, 274 - Pressefotos; vgl. weiter Stein/Jonas/Leipold aaO § 322 Rdn. 104 f.; Schilken, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Rdn. 1019; Musielak, NJW 2000, 3593, 3596).

d) Die Rechtskraft des Urteils des Berufungsgerichts im Parallelverfahren (2 U 78/01) steht danach der Zulässigkeit des Unterlassungsantrags im vorliegenden Verfahren nicht entgegen. Beide Verfahren haben schon deshalb verschiedene Streitgegenstände, weil die später erhobene Unterlassungsklage des vorliegenden Verfahrens auf eine neue Verletzungshandlung gestützt worden ist.

3. Die Abweisung des Unterlassungsantrags als unzulässig stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Unterlassungsklage fehlt nicht (auch nicht teilweise) deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil die Klägerin bereits im Parallelverfahren einen Unterlassungstitel erwirkt hat. Diese Frage ist auch im Revisionsverfahren ohne Rüge zu prüfen, weil das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses ein von Amts wegen zu berücksichtigender Verfahrensmangel ist (vgl. BGH, Urt. v. 18.2.1998 - VIII ZR 376/96, NJW 1998, 1636, 1637).

Für eine Unterlassungsklage kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn der Kläger bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt (vgl. BGH, Urt. v. 3.12.1957 - I ZR 157/56, GRUR 1958, 359, 361 = WRP 1958, 318 - Sarex). Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, dass Klagebegehren in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, die ersichtlich des Rechtsschutzes durch eine solche Prüfung nicht bedürfen (vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2005 - I ZR 101/02, GRUR 2005, 519 = WRP 2005, 735 - Vitamin-Zell-Komplex, für BGHZ vorgesehen). Das Unterlassungsurteil im Parallelverfahren ist hier jedoch erst während des vorliegenden Revisionsverfahrens rechtskräftig geworden.

B. Hinsichtlich der Begründetheit der Klage hat die Revision teilweise Erfolg. Die Anschlussrevision ist dagegen zurückzuweisen. Der Senat kann aufgrund der getroffenen Feststellungen gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 29. 9.1993 - VIII ZR 107/93, WM 1994, 76, 77).

I. Der Unterlassungsantrag der Klägerin ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch hinsichtlich des Parfüms "Boudoir" zu, das nicht Gegenstand des Urteils in der Parallelsache 2 U 78/01 sei. Bereits die Herkunft des Parfüms aus dem Hause Vivienne Westwood begründe eine gewisse Exklusivität. Darüber hinaus werde die Marke "Boudoir" durch die Preise der unter ihr vertriebenen Waren (für das Parfüm 128,30 €, für das 50 ml-Gebinde Eau de Parfum 59,30 € und für den entsprechenden Badezusatz 32,20 €) von den für den Massenkonsum bestimmten Marken abgehoben. Die Marke "Boudoir" sei mithin den anderen im Klageantrag genannten Marken vergleichbar. Wegen der hinsichtlich eines Luxusparfüms ("Chopard") begangenen Markenrechtsverletzung habe die Klägerin grundsätzlich Anspruch auf einen Unterlassungstitel für alle gleichartigen Duftwässer, für die sie aktivlegitimiert sei und für die sie noch keinen Unterlassungstitel in einem Hauptsacheverfahren erwirkt habe.

2. Aus den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass der Unterlassungsanspruch, den die Klägerin wegen Verletzungen der Marke "Chopard" geltend machen kann (§ 14 Abs. 5 MarkenG),

abweichend von der Ansicht des Berufungsgerichts nicht auf Verletzungen der Marke "Boudoir" beschränkt ist.

a) Das Berufungsgericht hat, von der Revisionserwiderung nicht angegriffen, festgestellt, dass die Beklagte durch die Belieferung der Import-Parfümerie "B." das Recht an der Marke "Chopard" verletzt hat, da das Markenrecht hinsichtlich dieser Ware noch nicht erschöpft war (§ 24 Abs. 1 MarkenG). Das Berufungsgericht ist zutreffend (stillschweigend) davon ausgegangen, dass sich die Beklagte nicht damit begnügen konnte zu bestreiten, dass die Klägerin das Parfüm nach Istanbul geliefert hatte. Die Beklagte hätte vielmehr darlegen und beweisen müssen, dass das Parfüm zuvor vom Markeninhaber oder mit dessen Zustimmung erstmals im Inland oder sonst in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2003 - I ZR 193/97, GRUR 2004, 156, 157 = WRP 2004, 243 - stüssy II).

b) Der sich aus der Verletzung der Marke "Chopard" ergebende Unterlassungsanspruch bezieht sich nicht nur auf Verletzungen dieser Marke.

Bei der Fassung eines Unterlassungsantrags sind im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes gewisse Verallgemeinerungen zulässig, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. Dies hat seinen Grund darin, dass eine Verletzungshandlung die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur für die identische Verletzungsform begründet, sondern auch für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen (vgl. BGHZ 126, 287, 295 - Rotes Kreuz; BGH, Urt. v. 9.9.2004 - I ZR 93/02, GRUR 2005, 443, 446 = WRP 2005, 485 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II, m.w.N.). Für Parfüms der Marke "Boudoir" hat das Berufungsgericht dementsprechend - entgegen der Ansicht der Anschlussrevision - rechtsfehlerfrei eine Begehungsgefahr angenommen. Das Berufungsgericht hat im Einzelnen dargelegt, dass ein Parfüm der Marke "Boudoir" als Luxusparfüm mit den Parfüms der anderen im Klageantrag genannten Marken gleichartig ist und die begangene Markenrechtsverletzung deshalb die Gefahr begründet, dass auch dieses Parfüm von der Beklagten unter Verletzung des Markenrechts vertrieben wird. Daraus folgt unter den Umständen des vorliegenden Falles zugleich, dass diese Gefahr auch für alle im Klageantrag genannten Marken besteht, da nach den getroffenen Feststellungen unter allen diesen Marken Luxusparfüms vertrieben werden.

Hat ein Beklagter ein bestimmtes Schutzrecht des Klägers verletzt, begründet dies allerdings nicht ohne weiteres die Vermutung, dass er auch andere dem Kläger zustehende oder von ihm berechtigt wahrgenommene Schutzrechte verletzen wird (vgl. - zum Patentrecht - BGHZ 117, 264, 272 f. - Nicola u.a.). Für die Annahme einer solchen Begehungsgefahr spricht hier aber die Lebenserfahrung: Wie das Berufungsgericht im Urteil des Parallelverfahrens 2 U 78/01 ausgeführt hat, ist es für die Beklagte als Außenseiter-Händler attraktiv, Duftwässer der Klägerin, die diese über ihr selektives Vertriebssystem absetzt, auf dem Graumarkt zu beschaffen, um so ihre Kunden auch mit solchen hochpreisigen, exklusiven Produkten beliefern zu können. Dabei wird sie versuchen, durch ein Angebot der verschiedenen Luxusparfüms die unterschiedlichen Kundenpräferenzen möglichst weitgehend abzudecken.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung widerspricht diese Beurteilung nicht dem Senatsurteil "Entfernung der Herstellungsnummer III" (Urt. v. 21.2.2002 - I ZR 140/99, GRUR 2002, 709, 711 = WRP 2002, 947). Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass aufgrund der Verletzung einer bestimmten Marke nicht zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs Auskunft darüber verlangt werden kann, ob auch bestimmte andere Marken verletzt worden sind. Dies hat seinen Grund darin, dass der Nachweis bestimmter Verletzungshandlungen nicht genügt, um einen Anspruch auf Auskunft über alle möglichen anderen Verletzungshandlungen zu begründen. Denn dies liefe darauf hinaus, einen rechtlich nicht bestehenden allgemeinen Auskunftsanspruch anzuerkennen und der Ausforschung unter Vernachlässigung allgemein gültiger Beweislastregeln Tür und Tor zu öffnen (vgl. BGHZ 148, 26, 35 - Entfernung der Herstellungsnummer II). Für einen Unterlassungsanspruch gelten diese Erwägungen nicht.

c) Mit Recht hat das Berufungsgericht den Unterlassungsausspruch gegen die Beklagte auch auf die Ausfuhr von Duftwasser der Marke Boudoir erstreckt. Auch hinsichtlich der anderen Marken (Davidoff, Jil Sander,

JOOP!, Lancaster, Monteil, Nikos und Chopard) schließt der der Klägerin zustehende Unterlassungsanspruch die Ausfuhr als Benutzungsart ein. Aus der Feststellung, dass die Beklagte rechtsverletzende, nicht erschöpfte Markenware in Besitz hat und die geschützte Marke damit i. S. des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG rechtswidrig benutzt, folgt das Verbot, diese Waren unter dem Zeichen der Klägerin im geschäftlichen Verkehr zu verwerten, was den Ausspruch des Verbots aller gemäß § 14 Abs. 3 MarkenG geltend gemachten Verwertungshandlungen zur Folge hat. Die Anschlussrevision zeigt keine durchgreifenden rechtlichen Erwägungen auf, den nach § 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG verbotenen Export der Markenwaren hiervon auszunehmen.

II. Der Klägerin steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wegen der Verletzung der Marke "Chopard" ein Anspruch auf Schadensersatz zu (§ 14 Abs. 6 MarkenG). Den gestellten Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht hat das Berufungsgericht jedoch im Ergebnis zu Recht überwiegend abgewiesen.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten sei unbegründet, weil die Klägerin die Möglichkeit, dass ihr durch die festgestellte Markenrechtsverletzung ein Schaden entstanden sei, nicht dargetan habe. Die Klägerin habe den Erlös für das Testkaufprodukt bereits beim erstmaligen Inverkehrbringen erhalten. Sie lege nicht dar, dass sie aufgrund der festgestellten Markenrechtsverletzung Nachforschungen zur Ermittlung von Lücken ihres Vertriebssystems angestellt und hierfür Aufwendungen getätigt habe oder ihr durch die Markenrechtsverletzung ein sonstiger Vermögensschaden entstanden sei.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht insgesamt unbegründet sei, weil es an der erforderlichen gewissen Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts fehle, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Eintritt eines Schadens durch die festgestellte Verletzung ihrer Marke "Chopard" steht hier schon deshalb fest, weil die Klägerin den Eingriff in ihr Markenrecht als ein vermögenswertes Recht nicht ohne Entgeltzahlung hinnehmen muss und insoweit jedenfalls Schadensersatz nach der Lizenzanalogie verlangen kann. Dafür ist unerheblich, ob eine Lizenz einräumung in Betracht gekommen wäre (vgl. BGHZ 119, 20, 26 - Tchibo/Rolex II).

Die Beklagte hat diese Verletzungshandlung auch schuldhaft begangen. Sollte sie nicht vorsätzlich gehandelt haben, hat sie sich zumindest fahrlässig verhalten, indem sie die Prüfungspflichten, die sie nach den Umständen traf, verletzt hat. Als gewerblicher Einkäufer von Markenparfüms war die Beklagte bei dem Bezug der vertriebsgebundenen Ware außerhalb des von der Klägerin organisierten Vertriebsweges gehalten zu prüfen, ob das ihr angebotene Markenparfüm bereits mit Zustimmung des Markeninhabers im Inland oder in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden ist. Dem Vorbringen der Klägerin, sie unternehme bei einem Bezug von Händlern, die nicht inländische Depositäre der Klägerin seien, keine ernsthaften Anstrengungen, einen markenrechtsverletzenden Vertrieb zu vermeiden, hat die Beklagte nicht widersprochen.

3. Die Klägerin kann jedoch aufgrund der festgestellten Verletzung der Marke "Chopard" nicht verlangen, dass auch die Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen möglicher anderer Handlungen, die in das Recht an der Marke "Chopard" eingegriffen haben, festgestellt wird. Die Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung eines Markenrechts durch gleichliegende Handlungen kann allerdings in der Regel bereits dann festgestellt werden, wenn mindestens ein Verletzungsfall nachgewiesen wird (vgl. - zum Patentrecht - BGH, Urt. v. 30.4.1964 - Ia ZR 224/63, GRUR 1964, 496, 497 - Formsand II, m.w.N.; Benkard/Rogge, Patentgesetz, 9. Aufl., § 139 Rdn. 80). Erforderlich ist allerdings, dass die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung durch weitere rechtlich gleich zu beurteilende Handlungen gegeben ist (vgl. - zu einem wettbewerbsrechtlichen Anspruch - BGH, Urt. v. 14.11.2002 - I ZR 137/00, GRUR 2003, 446, 447 = WRP 2003, 509 - Preisempfehlung für Sondermodelle). Die Feststellung der Schadensersatzpflicht besagt in diesen Fällen nur, dass der Verletzer dem Rechtsinhaber den durch die schuldhaft rechtswidrige Verletzung seines Rechts entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen hat (vgl. - zum Patentrecht - BGHZ 117, 264, 278 f. - Nicola u.a.). Die Feststellung der weiteren zum Schadensersatz verpflichtenden Verletzungshandlungen ist dann dem Betragsverfahren überlassen. Voraussetzung dafür, dass die Schadensersatzpflicht auch

hinsichtlich anderer Handlungen als der konkret festgestellten Verletzungshandlung festgestellt wird, ist jedoch, dass dabei über alle Einwendungen, die den Bestand des Klageanspruchs oder seine Durchsetzbarkeit berühren, abschließend entschieden werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 14.6.1988 - VI ZR 279/87, NJW 1989, 105, 106; Urt. v. 30.5.1995 - X ZR 54/93, GRUR 1995, 578, 581 - Steuereinrichtung II; Urt. v. 28.6.2005 - VI ZR 108/04, VersR 2005, 1159, 1160). Es muss deshalb feststehen, dass auch noch nicht festgestellte, aber vom Urteilsausspruch mit erfasste Verletzungshandlungen nicht anders als schuldhaft begangen worden sind (vgl. dazu auch - zum Patentrecht - BGH, Urt. v. 16.3.1956 - I ZR 62/55, GRUR 1956, 265, 269 - Rheinmetall-Borsig I). Davon kann in Fällen der vorliegenden Art nicht ausgegangen werden, weil die Umstände, unter denen Originalware, bei der das Markenrecht nicht erschöpft ist, erworben und weitervertrieben wird, durchaus unterschiedlich sein können. Auch bei dem beanstandeten Weitervertrieb vertriebsgebundener Markenparfüms der Klägerin bei nicht erschöpftem Markenrecht kann es dementsprechend Fallgestaltungen geben, in denen ein schuldhaftes Verhalten nicht vorliegt.

4. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Klägerin auch nicht verlangen kann, dass die Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen einer Verletzung der anderen im Klageantrag zu 1 aufgeführten Marken festgestellt wird, da hinsichtlich dieser Marken keine Verletzungshandlung vorgetragen ist und das ausgesprochene Unterlassungsgebot allein darauf beruht, dass der Unterlassungsanspruch zulässig auf im Kern gleichartige Handlungen verallgemeinert worden ist.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91a, § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

(Unterschriften)