
Datum: 26.09.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 63/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0926.4U63.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 17 O 34/01

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29. Januar 2002 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer -Kammer für Handelssachen- des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,-- Euro abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung kann durch unbedingte, unwiderrufliche, unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge anerkannten Kreditinstituts in der Europäischen Union erbracht werden.

Tatbestand:

1

Die Klägerin vertreibt von ihr hergestellte Schneidwaren unter anderem unter der Marke "E".
Jedenfalls in den Jahren 1983 bis 1996 kennzeichnete sie ihre Waren überwiegend

2

zusätzlich mit der Bezeichnung "O", und zwar in unterschiedlichen Gestaltungsweisen. Insoweit wird Bezug genommen auf den Tatbestand des rechtskräftigen Urteils des Senats vom 24. Juni 1997 (4 U 232 / 96) (Bl.13 ff d.A.).

Die Beklagte ist Inhaberin der deutschen Marke "O". Sie hat die Klägerin im Vorprozess wegen Markenrechtsverletzung in Anspruch genommen. In dem schon erwähnten Urteil ist die Klägerin verurteilt worden, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "O" in bestimmter Weise für Haushaltsschneidewaren und dazugehörige Küchengeräte zu verwenden. Im Hinblick auf die festgestellte Schadensersatzverpflichtung der Klägerin aus § 14 Abs. 6 MarkenG ist diese zur Auskunft unter Nennung des erzielten Gewinns verurteilt worden.

3

Die Beklagte hat am 21. September 1999 erstmals beantragt, die Klägerin durch Zwangsmaßnahmen zur Erfüllung der Auskunftspflicht anzuhalten. Das Landgericht Bochum hat diesen Antrag zurückgewiesen, weil es der Auffassung war, dass die Klägerin den Anspruch jedenfalls nach Erteilung verschiedener Zusatzauskünfte erfüllt habe. Auf die Beschwerde der Beklagten hat der Senat den Beschluss teilweise abgeändert. Er hat gegen die Klägerin ein Zwangsgeld von 20.000,- DM festgesetzt. In dem Beschluss vom 19. März 2001 (4 W 60 / 00) hat der Senat ausgeführt, dass die bislang von der Klägerin erteilte Auskunft unvollständig sei. Es seien nämlich keine Angaben zum Gewinn gemacht worden. Derartige Angaben müssten der Klägerin nach der Lebenserfahrung zumindest im Wege einer Schätzung möglich sein.

4

Die Klägerin ließ daraufhin den Gewinn durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft "Q" ermitteln. In einem Schreiben vom 28. Mai 2001 (Bl. 59 ff.) hat die Gesellschaft den erzielten Gewinn aus dem unter Verwendung der Bezeichnung "O" getätigten Gesamtumsatz von 57.563.000,-DM mit insgesamt 1.417.000,-DM beziffert und diesen auch getrennt für die einzelnen Jahre 1983 bis 1996 aufgeführt. In dem Schreiben wurde auch erläutert, dass diese Gewinnermittlung auf der Basis des Schätzverfahrens erfolgen musste, weil bis zum Jahre 2000 bei der Klägerin eine artikelbezogene Kostenträgerrechnung auf Vollkostenbasis nicht durchgeführt worden sei. Die Grundlagen der Schätzung wurden angegeben. Die Klägerin übermittelte diesen Bericht mit Schreiben vom 31. Mai 2001 zum Zwecke der ergänzenden Auskunft an die Beklagte.

5

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass diese Gewinnermittlung keine hinreichende Auskunft über den erzielten Gewinn darstelle. Sie hat am 12. Juli im Verfahren 17 O 95 / 95 LG Bochum die Verhängung eines weiteren Zwangsgeldes beantragt und die Vollstreckung des festgesetzten Zwangsgeldes angedroht.

6

Gegen die drohende weitere Vollstreckung sowohl aus dem Urteil als auch aus dem Zwangsgeldbeschluss des Senats wendet sich die Klägerin mit der Vollstreckungsgegenklage. Sie meint, dass der Auskunftsanspruch durch die Übersendung der Gewinnermittlung erfüllt worden sei. Die Auskunft sei richtig und nachvollziehbar. Zu einer Rechnungslegung sei sie nicht verpflichtet. Das Urteil "Gemeinkostenanteil" des BGH vom 2. November 2000 betreffe einen Fall aus dem Geschmacksmusterrecht, in dem es um eine vollständige Nachahmung gegangen sei. Damit sei der vorliegende Fall nicht vergleichbar, auch weil hier der Verletzergewinn allenfalls einen Bruchteil des unter der Benutzung der Marke "O" erzielten Unternehmensgewinns ausmache und insoweit nur grob geschätzt werden könne. Die Gemeinkosten seien bei der Gewinnermittlung insgesamt in Abzug zu bringen. Ihr sei es weder zumutbar noch möglich, detailliertere Angaben zu ihrer Kostenstruktur zu machen.

7

Die Klägerin hat den aus dem erstinstanzlichen Urteilstenor ersichtlichen Klageantrag gestellt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

9

Die Beklagte hat den Erfüllungseinwand nicht gelten lassen, weil ihrer Ansicht nach die Auskunft immer noch lückenhaft, unrichtig und damit für ihren Zweck nicht geeignet sei.

10

Dazu hat sie sich auf eine Stellungnahme des Wirtschaftsprüfungsunternehmens L vom 5. September 2001 (Bl. 107 ff. d.A.) bezogen, wonach sich die Roherträge der mit der Bezeichnung "O" erwirtschafteten Umsätze der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum auf 40.269.499,-DM belaufen. Das mache deutlich, dass die Klägerin eine falsche Berechnungsgrundlage gewählt habe. Die Beklagte hat ferner gemeint, dass die vom BGH in der genannten Entscheidung aufgestellten Grundsätze auch im vorliegenden Fall gelten müssten. Die Auskunft lasse aber nicht erkennen, ob in den gegen die Umsätze gerechneten Kosten fixe Gemeinkosten enthalten seien oder nicht.

11

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die zulässige Vollstreckungsgegenklage sei begründet, weil sich die Klägerin gegenüber dem ausgeurteilten Auskunftsanspruch zu Recht auf den Erfüllungseinwand berufe. Die erteilte Auskunft genüge, um den Anspruch aus § 14 Abs. 6 MarkenG durchzusetzen. Auch wenn die Beklagte Herausgabe des Verletzergewinns verlange, komme hier nur eine Schadensschätzung in Betracht. Dies gelte auch deshalb, weil der Unternehmergewinn nicht voll auf der Schutzrechtsverletzung beruhe, weil hier kein Fall identischer Nachahmung vorliege. Zur Vorbereitung einer Schadensschätzung reiche es an sich schon aus, dass der Verletzer über die mit der Verletzung zusammenhängenden Umsätze Auskunft erteile. Wenn es um den Gewinn gehe, bedürfe es, auch weil nicht zur Rechnungslegung verurteilt worden sei, folglich keiner näheren Aufschlüsselung der internen Kosten der Klägerin. Dem stehe auch die schon erwähnte neuere Entscheidung des BGH nicht entgegen, weil im vorliegenden Fall der Verletzergewinn mit dem Unternehmergewinn nicht identisch sei. Die Angaben der Klägerin seien, so hat das Landgericht weiter gemeint, auch geeignet, der Beklagten eine Überprüfung der Richtigkeit der Auskunft zu erlauben. Ob der Beklagten darin zu folgen sei, dass eine unzutreffende Methode zur Schätzung des Gewinns angewandt worden und deshalb die Auskunft unzutreffend sei, sei für die Frage der Erfüllung unerheblich.

12

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an. Sie hält die Vollstreckungsgegenklage hinsichtlich der Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des Senats vom 19. März 2001 für unbegründet. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Senats sei nur bezüglich des Auskunftsanspruchs zu Ziffer I. 2 b für unzulässig erklärt worden. Es fehle im Tenor des Landgerichts eine entsprechende Beschränkung. Dem Beschluss sei gerade nicht in vollem Umfang die vollstreckungsrechtliche Grundlage entzogen worden. So sei unstreitig, dass der Auskunftsanspruch zu Ziffer 2 a des Senatsurteils bis heute nicht erfüllt sei.

13

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Senats vom 24. Juni 1997 sei zu Unrecht hinsichtlich des Auskunftsanspruchs zu 2 b für unzulässig erklärt worden. Ihr Auskunftsanspruch sei nämlich nicht erfüllt worden. Das Landgericht habe den Anspruch mit der Höhe des Zahlungsanspruches vermengt. Die Gewinnermittlung sei dergestalt erfolgt, dass vom Umsatz sämtliche Gemeinkosten in Abzug gebracht worden seien. Das sei nach den Grundsätzen des BGH in der Entscheidung Gemeinkostenanteil nicht zutreffend. Mit dem Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns sei eine vollständige Abschöpfung des aus der Rechtsverletzung stammenden Gewinns gewollt. Genau dieses Ziel würde bei einer Berücksichtigung auch der fixen Gemeinkosten verfehlt. Dieser Gemeinkostenanteil müsse

14

beziffert werden, wozu die Klägerin auch in der Lage sei. Erst dann sei die Auskunft vollständig erteilt.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt mit ergänzenden und vertiefenden Ausführungen das angefochtene Urteil. Sie meint, der titulierte Auskunftsanspruch über den Gewinn sei mit der Bekanntgabe der mit erheblichem Aufwand ermittelten Gewinnzahlen erfüllt worden. Die Beklagte könne aufgrund der Tenorierung und der Entscheidungsgründe des rechtskräftigen Urteils des Senats nicht die Aufschlüsselung der Kosten verlangen. Auch die Gemeinkostenanteil-Entscheidung des BGH rechtfertige eine solche Ausweitung der ausgeurteilten Auskunftspflicht nicht, wie sie der Beklagten im Sinne einer Rechnungslegung vorschwebe. Dem stehe bereits das Geheimhaltungsinteresse der Klägerin entgegen. Zudem sei die Entscheidung des BGH erst nach dem Urteil des Senats ergangen. Im Jahre 1997 sei noch die BGH- Entscheidung "Dia-Rähmchen II" maßgeblich gewesen. Darüber hinaus setze die Gemeinkostenanteil-Entscheidung einen Rechnungslegungsanspruch voraus, der hier nicht ausgeurteilt worden sei und zudem im Markenrecht unverhältnismäßig wäre. Jegliches Begehren, die Verpflichtung zur Auskunft auszudehnen, sei auch schon deshalb rechtsmißbräuchlich, weil die Beklagte überhaupt nicht in der Lage sei, einen bezifferbaren Schadenersatzanspruch in Form der Gewinnherausgabe durchzusetzen. Aus der BGH-Entscheidung sei nicht der allgemeine Grundsatz abzuleiten, dass stets die Produktbezogenheit der Gemeinkosten von der Klägerin nachgewiesen werden müsse und im Fall der Nichtbeweisbarkeit zu Gunsten des Geschädigten vermutet werde, dass die Kosten fix und nicht produktbezogen seien.

Die Klägerin legt ferner in Einzelheiten dar, warum sie die Kritik der Beklagten an ihrer Gewinnberechnung für unzutreffend hält.

Sie hält die Argumentation der Beklagten zur angeblich fehlerhaften Tenorierung durch das Landgericht hinsichtlich des Beschlusses des Senats vom 19. März 2001 für rechtsirrig. Die Vollstreckung daraus sei nämlich nicht mehr zulässig. Zur Auslegung des Tenors seien die Gründe heranzuziehen, die sich ausschließlich mit der Frage der bis dahin noch nicht erfolgten Auskunft über den Gewinn verhielten. Die Frage der Auskunfterteilung über die gewerblichen Abnehmer sei nicht streitgegenständlich gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Die angedrohte Zwangsvollstreckung aus den beiden streitgegenständlichen Titeln ist unzulässig, weil der im Senatsurteil vom 24. Juni 1997 titulierte Auskunftsanspruch zu Ziffer 2 b, um den es auch bei der Zwangsgeldfestsetzung im Beschluss des Senats vom 19. März 2001 ausschließlich ging, erfüllt worden ist.

1) Die Klage ist als Zwangsvollstreckungsgegenklage nach § 767 Abs. 1 ZPO zulässig.

a) Soweit sich die Klägerin gegen die weitere Vollstreckung der Beklagten aus dem Senatsurteil im Hinblick auf den Urteilsausspruch zu Ziffer I 2 b wendet, liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen vor. Insoweit ist die Klägerin verurteilt worden, Auskunft über den mit den mit "O" gekennzeichneten Produkten erzielten Gewinn zu erteilen. Die Beklagte hat wegen dieses Anspruchs schon einmal die Vollstreckung eingeleitet, den Zwangsgeldbeschluss des Senats vom 19. März 2001 erwirkt, die Vollstreckung wegen des Zwangsgeldes ernsthaft angekündigt und die Verhängung eines weiteren Zwangsgeldes beantragt. Zudem wendet sich die Klägerin mit der materiellrechtlichen Einwendung der Erfüllung gegen den titulierten Anspruch.

b) Soweit sich die Klägerin gegen die Vollstreckung aus dem Zwangsgeldbeschluss des Senats wendet, ist die Klage aus den genannten Gründen ebenfalls zulässig. Das Landgericht ist außerdem zutreffend davon ausgegangen, dass die Vollstreckbarkeit eines Beschlusses nach § 788 ZPO mit der Vollstreckungsgegenklage angegriffen werden kann (vgl. BayObLG ZMR 2000, 189, 190). Es fehlt auch nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis für die prozessuale Gestaltungsklage; denn allein der Ausspruch zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil besagt nicht zwangsläufig, dass auch aus dem Beschluss nicht mehr vollstreckt werden darf. 27

2) Die Klage ist auch begründet, soweit es um die Vollstreckung aus dem im Senatsurteil titulierten Auskunftsanspruch zu Ziffer 2 b geht. Insoweit hat die Klägerin den berechtigten materiellrechtlichen Einwand erhoben, dass sie den Anspruch erfüllt hat. Dieser auch nicht präkludierte Einwand bringt den Anspruch zu Fall, mit der Folge, dass die weitere Zwangsvollstreckung daraus unzulässig ist. Die Erfüllung des Auskunftsanspruchs über den erzielten Gewinn ist durch die Übermittlung des Berichts der "Q" mit Schreiben vom 31. Mai 2001 an die Beklagte bewirkt worden. 28

a) Soweit die Beklagte meint, die Auskunft sei unrichtig, kann sie damit im vorliegenden Verfahren nicht gehört werden. Eine etwaige unrichtige Auskunft steht dem Erfüllungseinwand nicht entgegen. Die Richtigkeit ist vielmehr im Offenbarungsverfahren zu prüfen. 29

b) Der Erfüllung steht auch kein berechtigtes Ergänzungsverlangen der Beklagten entgegen. Ein solches Verlangen weiterer Auskunft würde voraussetzen, dass die bislang erteilte Auskunft unvollständig ist und der Klägerin weitere Angaben möglich sind (BGH GRUR 1982, 723 –Dampffrisierstab). Schon die erste Voraussetzung liegt hier nicht vor. Die Auskunft über den geschätzten Gewinn für die einzelnen betroffenen Jahre reicht aus. 30

aa) In welcher Weise und in welchem Umfang eine Auskunft zu erteilen ist, hängt davon ab, welchen Schadenersatzanspruch der Auskunftsanspruch vorbereiten soll. Hier geht es um einen eventuellen Anspruch der Beklagten nach § 14 Abs. 6 MarkenG auf Herausgabe des im maßgeblichen Zeitraum erzielten Verletzergewinns. Eine detaillierte Berechnung des Verletzergewinns als Schadensgrundlage ist aber nicht die Regel, sondern auf wenige Fallgestaltungen beschränkt. Sie kommt nur in Betracht, wo die Umstände eine Stücklizenz rechtfertigen oder wo der Verletzergewinn in vollem Umfang und ausschließlich Folge der Rechtsverletzung ist. Das hat die Rechtsprechung zum Beispiel im Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht angenommen, wo es inzwischen entsprechende gesetzliche Regelungen gibt, und darüber hinaus nur in Einzelfällen von sklavischer Nachahmung und Verletzung von Betriebsgeheimnissen (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Auflage, Kap. 38 Rdn.14). Dem entsprechend richtet sich ein solcher Anspruch im Kennzeichenrecht im Regelfall nicht auf die Auszahlung des insgesamt mit den beanstandeten Umsatzgeschäften erzielten Unternehmergewinns, sondern erfordert eine 31

Berechnung des Gewinnanteils, der gerade auf die rechtswidrige Kennzeichenbenutzung und nicht auf andere Absatzfaktoren zurückgeht (vgl. z.B. BGH GRUR 1995, 50, 54 –Indorektal / Indoheaxal). Danach ist im vorliegenden Fall der Schaden durch eine Schätzung des herauszugebenden Anteils des Verletzergewinns zu ermitteln. Angesichts der bekannten Marke "E" entfällt nur ein Bruchteil des Unternehmergewinns auf die Benutzung der zusätzlichen Kennzeichnung "O". Erforderlich ist somit eine Auskunft, die eine solche Schätzung ermöglicht.

bb) Dies leistet die durch das eingeschaltete Wirtschaftsinstitut erteilte Auskunft. 32

aaa) Vorauszuschicken ist, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, Rechnung über getätigte Umsätze und aufgewandte Kosten zu legen. Das rechtskräftige Urteil des Senats geht eindeutig auf Auskunft. Diese geht nicht so weit wie eine Rechnungslegung. Als Auskunft ist in erster Linie die Angabe der Verletzerumsätze erforderlich (BGH GRUR 1991, 153, 155 –Pizza und Pasta). Einer Gewinnangabe unter Aufschlüsselung der auf die Umsätze entfallenden Gemeinkosten bedarf es dagegen nicht. Deshalb sind auch die in den Gemeinkosten enthaltenen Fixkosten, um deren Angabe es der Beklagten jetzt noch geht, schon aus Rechtsgründen nicht mitzuteilen. Mit dieser Rechtsauffassung zum Umfang des Auskunftsanspruches schließt der Senat an die Ausführungen im Zwangsgeldbeschluss vom 19. März 2001 an, in dem der Klägerin aufgegeben worden ist, den Gewinn aufgrund ihrer Daten und Geschäftserfahrung zu schätzen. 33

bbb) Diesen Anforderungen genügt die Auskunft. Sie gibt die erzielten Gewinne aufgeschlüsselt für die maßgeblichen Zeiträume wieder. Zusätzlich ist mitgeteilt worden, wie die Gewinne ermittelt worden sind. Dass es sich gerade nicht um ein Gefälligkeitsgutachten handelt, machen die eidesstattlichen Versicherungen der Mitarbeiter M und C der Q AG deutlich. Diese haben bestätigt, dass sie die ihnen von der Klägerin offengelegten Zahlen nach berufsmäßigen Grundsätzen geprüft und erforderlichenfalls auch korrigiert hätten. Damit hat die Klägerin unter Ausschöpfung des ihr zur Verfügung stehenden Materials und angemessener Mittel das ihr Mögliche getan, um Gewinnzahlen zu benennen. Dass die Beklagte die Zahlen für falsch hält und dagegen die Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers L vorlegt, ändert nichts; denn eventuelle Abweichungen betreffen allein die Frage der Richtigkeit der Angaben. 34

cc) Dieser Rechtsauffassung des Senats steht auch nicht die schon mehrfach erwähnte Entscheidung BGH GRUR 2001, 329 –Gemeinkostenanteil entgegen; denn die Frage, ob und wie Gemeinkosten vom Umsatz in Abzug zu bringen ist, betrifft die Frage der Richtigkeit der Auskunft, um die es hier geht. Selbst wenn man das anders sehen wollte, ist die Entscheidung des BGH nicht einschlägig. 35

aaa) Bei dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um Rechnungslegung, nicht um Auskunft. Die dortige Rechnungslegung bezog sich auf die Kriterien, die für die genaue Errechnung des Gewinns maßgebend waren. Die hier geschuldete Auskunft ist nicht von solcher Detailliertheit. In welchem Maße sich ein Auskunftsanspruch und ein Rechnungslegungsanspruch in diesem Zusammenhang unterscheiden, verdeutlicht insbesondere auch die Entscheidung Nebelscheinwerfer (BGH GRUR 1974, 53, 54). 36

bbb) Noch wichtiger ist es, dass es der BGH mit dem besonderen und wie ausgeführt gerade eine Ausnahme bildenden Anspruch aus § 14 a Abs. 1 Satz 2 GeschmMG zu tun hatte und ausdrücklich nur für diesen Anspruch von seiner früheren Rechtsprechung abgewichen ist. 37

ccc) Die in der Gemeinkostenanteil-Entscheidung entwickelten Grundsätze können auf diesen Fall auch deshalb nicht übertragen werden, weil die zu regelnden Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Beim BGH ging es um die Herausgabe des Verletzergewinns im Fall einer identischen Nachbildung und Verbreitung eines geschützten Geschmacksmusters. Deshalb setzte der BGH den erzielten Verletzergewinn mit dem Unternehmergewinn gleich. Aus Sanktionsgründen sollte dieser einheitliche Gewinn in vollem Umfang abgeschöpft werden. Eine solche Vereinheitlichung kommt hier nicht in Betracht, weil die Beklagte vom Gewinn der Klägerin ohnehin nur den Bruchteil abschöpfen könnte, der auf der Verletzungshandlung beruht. Wie schon erwähnt, dürfte die Mehrzahl der Kunden insbesondere wegen der bekannten Marke der Klägerin gekauft haben und lediglich auch wegen der Kennzeichnung mit "O". Die Klägerin kann also ihren Gewinn wie üblich ermitteln, indem sie von den Umsatzergebnissen neben den variablen auch die fixen Kosten abzieht. Es ist weder praktikabel noch zumutbar, dass die Klägerin für ihren auch so erzielten Gewinn die fixen Gemeinkosten abzieht, für den zu schätzenden Anteil der Beklagten dagegen nicht. Ihre interne Berechnung brauchte sie nicht anzugeben, weil sie nicht zur Rechnungslegung verpflichtet ist.

ddd) Unabhängig davon verbietet es auch der bereits angesprochene Gedanke der Zumutbarkeit, der Beklagten als Wettbewerberin der Klägerin aus dem selben Ort einen Einblick in die innerbetrieblichen Verhältnisse und Kalkulationsgrundlagen zu verschaffen, obwohl anschließend sowieso nur eine recht grobe Schätzung vorgenommen werden kann. 39

eee) Die Beklagte kann der ihr erteilten Auskunft die Erfüllungswirkung auch nicht deshalb absprechen, weil sie die Angaben nicht nachprüfen könne. Die auf die einzelnen Jahre aufgeschlüsselten Gewinnangaben sind mit Erläuterungen übermittelt worden. Relativ ausführlich wird sogar dargelegt, auf welche Weise der Gewinn geschätzt worden ist. 40

Immerhin hat die Beklagte diese Angaben zum Anlass nehmen können, sie von Fachleuten prüfen zu lassen. Der Streit über die richtige Berechnungsmethode kann dabei –wie schon ausgeführt- nicht in das Auskunftsverfahren oder ein sich daraus ergebendes Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Die Klärung der jetzt noch offenen Fragen muss vielmehr einem Offenbarungsverfahren oder einem Hauptprozess über die Höhe des Schadensersatzanspruchs vorbehalten bleiben. 41

3) Die Vollstreckungsgegenklage ist schließlich auch begründet, soweit es um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des Senats vom 19. März 2001 geht. Der Beschluss bezieht sich, wie die Gründe zeigen, allein auf den Auskunftsanspruch hinsichtlich des Gewinns. Es ging bei der Entscheidung gerade nicht um unerledigte Teile der Auskunft, über die nicht gestritten worden war. Deshalb ist die Vollstreckung aus dem Beschluss davon betroffen, dass aus dem Urteil wegen des auf den Gewinn bezogenen Auskunftsanspruchs nicht mehr vollstreckt werden kann. Auch diesem Titel steht entgegen, dass der Auskunftsanspruch erfüllt worden ist. Mit der Erteilung der geschuldeten Auskunft wird die Festsetzung des Zwangsgeldes, soweit es wie hier noch nicht vollstreckt worden ist, gegenstandslos. 42

Die Revision war nicht zuzulassen. Es liegt keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO bezeichneten Revisionsgründe vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Über den Umfang der Auskunft zur Durchsetzung eines markenrechtlichen Schadenersatzanspruchs, auch wenn er die Herausgabe des Verletzergewinns zum Gegenstand hat, besteht in Rechtsprechung und Literatur eine einheitliche Auffassung. Warum es gleichfalls keinem Zweifel unterliegen kann, dass die Gemeinkosten-Entscheidung des BGH hier nicht einschlägig ist, ist bereits ausgeführt worden. 43

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO.

44

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO.

45