

---

**Datum:** 17.03.2004  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 134/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2004:0317.6U134.03.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 31 O 679/01  
**Normen:** EGV Art. 28; MarkenG §§ 14 Abs. 2 Ziff. 2, 24 Abs. 1

---

**Tenor:**

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 11.9.2003 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 679/01 - wird zurückgewiesen.

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen:

Bei Vollstreckung des Anspruches auf

a) Unterlassung 250.000 EUR;

b) Kostenerstattung 120 % der zu vollstreckenden Summe.

Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Begründung

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |   |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| I                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 1 |
| Die Parteien sind Pharmaunternehmen. Sie streiten über die Rechtmäßigkeit eines Parallelimports des Arzneimittels "KLACID" durch die Beklagte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 2 |
| Bei KLACID handelt es sich um ein Antibiotikum mit dem Wirkstoff Claritromycin. Dieses in Blisterstreifen zum Durchdrücken verpackte Präparat vertreibt die Klägerin in Deutschland seit mehr als 10 Jahren, und zwar in den Packungsgrößen zu 10 (N1) und zu 20 (N2) Tabletten. In Spanien bietet sie das Arzneimittel als "KLACID 250 Comprimidos" in einer Packungsgröße zu 12 Filmtabletten an. Das auf dem Markt sehr erfolgreiche Präparat wird seit dem Jahre 1995 in steigendem Umfang insbesondere aus Spanien parallel nach Deutschland importiert.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 3 |
| Die Klägerin vertreibt (nur) in Deutschland seit dem Jahre 2001 auch ein Arzneimittel unter der Bezeichnung "KLACID PRO". Dabei handelt es sich von der stofflichen Zusammensetzung her um ein Präparat, das mit KLACID völlig identisch ist. Der einzige Unterschied besteht in der Form der Verpackung, der Anzahl der in der Packung enthaltenen Tabletten und der abweichenden Dosierungsempfehlung: Das - nur in einer Packungsgröße angebotene - Arzneimittel KLACID PRO enthält 12 Filmtabletten. Nach der Dosierungsanweisung soll der Patient (wie bei KLACID) täglich zwei Tabletten nehmen, am ersten Tag jedoch - abweichend von der Einnahme von KLACID - doppelt soviel, nämlich 2 x 2 Tabletten. Dementsprechend ist auf der Rückseite der Blisterverpackungen der Einnahmetag vermerkt ("1., 2., ... Tag") und enthalten die beiden Tablettenkammern für den ersten Anwendungstag nicht - wie die übrigen Kammern - jeweils eine, sondern zwei Tabletten. Diese Blistergestaltung soll nach dem Vortrag der Klägerin die sogenannte "Patienten-Compliance", also die Befolgung der Dosierungsanweisung, gewährleisten. Andere Unterschiede zu dem Präparat KLACID bestehen nicht. Die Klägerin hat bei der Einführung von KLACID PRO in einem Anschreiben formuliert, eine "Substitution durch einen Reimport KLACID 250 mg 12 Tabletten" sei nicht erlaubt. Sie hat für KLACID PRO eine eigene Zulassung beantragt und erlangt und vertreibt es ausschließlich in Deutschland, und zwar zu dem selben Packungspreis wie KLACID in der Größe N1, die nur 10 Tabletten enthält. | 4 |
| Die Beklagte hat zunächst eine Parallelimportzulassung für den Import von KLACID 250 Comprimidos von Spanien nach Deutschland erhalten. Eine spätere Änderungsanzeige dahingehend, dass das Produkt nunmehr unter der Bezeichnung "KLACID PRO" vertrieben werde, lehnte das BfArM mit Schreiben vom 20.11.2001 ab. Die daraufhin beantragte weitere Parallelimportzulassung für den Vertrieb des Präparates nunmehr unter der Bezeichnung KLACID PRO hat die Beklagte dann von dem BfArM erhalten. Den Vertrieb des aus Spanien                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 5 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 6 |

importierten Mittels unter der Bezeichnung KLACID PRO greift die Klägerin im vorliegenden Verfahren an.

Sie stützt sich auf die für ihre Muttergesellschaft eingetragene Wortmarke Klacid und meint, die besonderen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Veränderung der Marke im Rahmen des Parallelimports, wie die Beklagte sie durch Überkleben der spanischen Bezeichnung mit der neuen Bezeichnung "KLACID PRO" vornehme, lägen nicht vor. Insbesondere stehe es der Beklagten frei, das Arzneimittel auch unter der spanischen Bezeichnung in Deutschland zu vertreiben. 7

Die Beklagte hat sich im Wesentlichen darauf berufen, dass sie im Sinne der Rechtsprechung zur Berechtigung des Parallelimports praktisch gezwungen sei, die Marke wie geschehen zu verändern. Denn mit einem Packungsinhalt von 12 Tabletten sei das aus Spanien importierte Präparat in Deutschland nicht oder praktisch nicht absetzbar: Beide Packungsgrößen, also zu 10 und zu 12 Tabletten, fielen unter die Zuzahlungsstufe N1. Wenn der Arzt indes - wie üblich - die Packungsgröße N1 verordne, sei der Apotheker auf Grund des mit der Anlage B 7 vorgelegten Rahmenvertrages für die Arzneimittelversorgung verpflichtet, dasjenige Präparat abzugeben, das die kleinste Packungsgröße aufweise. 8

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung des Vertriebs des Arzneimittels KLACID 250 Comprimidos unter der Bezeichnung KLACID PRO verurteilt, weil die europarechtlichen Voraussetzungen für eine Umetikettierung nicht vorlägen. 9

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung, mit der sie das Ziel der Klageabweisung weiter verfolgt, vor, die Klägerin habe durch die Einführung von KLACID PRO den Markt gespalten und für die Anwendung des Arzneimittels in doppelter Anfangsdosierung einen eigenen Teilmarkt geschaffen. Von diesem werde sie zu Unrecht abgeschottet. Insbesondere werde sie daran gehindert, die ihr erteilte arzneimittelrechtliche Genehmigung zum Vertrieb des parallelimportierten Medikaments zu benutzen. Es liege dieselbe Fallgestaltung vor wie diejenige, dass der Markeninhaber dasselbe Arzneimittel in verschiedenen Mitgliedsstaaten in unterschiedlichen Packungen in Verkehr bringe und das Arzneimittel in dem Zustand, in dem es vom Markeninhaber in einem Mitgliedsstaat vertrieben werde, in einem anderen nicht verkehrsfähig sei. In diesen Fällen dürfe sich nach der Rechtsprechung des EuGH der Parallelimporteur auch nicht auf diejenige(n) Größe(n) verweisen lassen, die in beiden Ländern von dem Markeninhaber in Verkehr gebracht würden. 10

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und verweist insbesondere darauf, dass es der Beklagten möglich sei, das eingeführte Arzneimittel unter seiner spanischen Bezeichnung auch in Deutschland für den Anwendungsbereich von KLACID zu vertreiben. 11

II 12

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Die Klage ist begründet, weil die von der Beklagten für das Antibiotikum benutzte Bezeichnung KLACID PRO im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG mit der Marke KLACID verwechslungsfähig ist und die Durchsetzung der sich hieraus gem. § 14 Abs.2 Ziff.2, Abs.3 Ziff.1 und 2, Abs.5 MarkenG ergebenden Verbotensrechte nicht gegen das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen aus Art. 28 EGV verstößt. 13

Bei KLACID PRO handelt es sich - wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - um eine eigenständige Kennzeichnung und nicht die Benutzung der Marke KLACID mit einem 14

nicht markenmäßig verwendeten Zusatz. Dies hat auch das OLG Hamburg, das in einem Eilverfahren bereits mit dem Streit der Parteien befasst war (MD 03,470,472), so entschieden und stellt die Beklagte im Berufungsverfahren selbst nicht mehr in Abrede. Der Zusatz "Pro" ist nicht beschreibend und wird daher vom Verkehr als Unterscheidungsmerkmal für ein eigenständiges Präparat und damit herkunftshinweisend verstanden. Die Bezeichnung KLACID PRO ist auch mit der Marke KLACID, an der der Klägerin die Nutzungsrechte zustehen, im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG verwechslungsfähig. Ausgehend von einer mittleren Kennzeichnungskraft von KLACID und bestehender Warenidentität stellt sie sich als Bestandteil einer Serie von KLACID-Marken dar, weswegen aus den ebenfalls von dem OLG Hamburg a.a.O. näher dargelegten Gründen die Gefahr mittelbarer Verwechslungen besteht. Dies bedarf keiner näheren Begründung, weil die Parteien hierüber nicht streiten.

Die sich aus der bestehenden Verwechslungsgefahr ergebenden Rechte der Klägerin sind nicht gem. § 24 Abs.1 MarkenG erschöpft. Die Erschöpfung und damit der Verlust markenrechtlicher Ansprüche setzt voraus, dass die betreffende Ware nicht unter einer anderen, sondern gerade unter der beanstandeten Bezeichnung mit Zustimmung des Markeninhabers bzw. -nutzungsberechtigten in dem in der Bestimmung näher beschriebenen EG-Wirtschaftsraum bereits in Verkehr gebracht worden ist (vgl. EUGH WRP 99,1264,1267 RN 27 - "Pharmacia & Upjohn"; BGH WRP 02, 1163 - "Zantac/Zantic"). Das ist indes nicht der Fall. Während die Beklagte die Tabletten in Deutschland unter der Bezeichnung KLACID PRO vertreibt, deren beide Teile KLACID und PRO zusammen aus den dargelegten Gründen das von ihr benutzte Zeichen bilden, sind sie vorher in Spanien von der Klägerin selbst oder mit ihrer Zustimmung nicht als KLACID PRO, sondern als KLACID, bzw. einschließlich des beschreibenden Zusatzes als KLACID 250 Comprimidos, in Verkehr gebracht worden. 15

Die Durchsetzung der Markenrechte stellt auch keine Maßnahme dar, die sich wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung auswirkt und deswegen zwischen den Mitgliedsländern Spanien und Deutschland gem. Art.28 EGV unzulässig wäre. Eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EGV könnte allerdings möglicherweise dann vorliegen, wenn das in Spanien in den Verkehr gebrachte Arzneimittel in Deutschland anders als unter der Bezeichnung KLACID PRO nicht verkehrsfähig wäre, weil das Verbot dann der künstlichen Abschottung der Märkte dienen könnte (EUGH a.a.O. Rn 22; GRUR Int 79,99 RN 22 f - "American Home Products"). Diese Voraussetzung liegt indes nicht vor, vielmehr ist das Arzneimittel KLACID in der in Spanien in den Verkehr gebrachten Version KLACID 250 Comprimidos auch in Deutschland absetzbar. 16

Die Fallgestaltung weist die Besonderheit auf, dass die Klägerin in Deutschland ein mit KLACID stofflich identisches Arzneimittel unter der Bezeichnung KLACID PRO auf den Markt bringt, das sich - von der Anzahl der Filmtabletten in der einzelnen Packung und der Art der Verblisterung abgesehen - von dem Mittel KLACID nur dadurch unterscheidet, dass ihm eine abweichende Dosierungsempfehlung beigegeben ist, die gegenüber KLACID die Verdoppelung der Initialdosis vorsieht. Aufgrund dieser von derjenigen für KLACID - wenn auch nur geringfügig - abweichenden Dosierungsempfehlung handelt es sich bei KLACID PRO um ein gegenüber KLACID eigenständiges Arzneimittel, das deswegen auch ein eigenes Zulassungsverfahren durchlaufen musste (vgl. näher OLG Hamburg a.a.O., S.474 f). Dies beruht auf dem Umstand, dass die Dosierung gem. § 22 Abs.1 Ziff.10 AMG notwendiger Bestandteil der bei Antragstellung einzureichenden Zulassungsunterlagen ist und daher auch Bestandteil der späteren Zulassung wird. Die Bestimmung des § 22 AMG setzt Art. 4 der Ersten pharmazeutischen EG-Richtlinie in nationales Recht um und stellt - wie diejenige des § 21 AMG - harmonisiertes Recht dar. Diesem harmonisierten Recht entspricht es daher, stofflich identische Präparate schon dann als eigenständige Arzneimittel anzusehen, wenn für 17

sie nur unterschiedliche Dosierungen vorgesehen sind. Ausgehend von diesem auch die Dosierung als maßgeblich ansehenden Arzneimittelbegriff war die Klägerin in dem Bestreben, ihr Arzneimittel KLACID den von ihr vorgetragenen Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte in Deutschland anzupassen und nunmehr eine Verdoppelung der Initialdosis, also der Dosis am ersten Einnahmetag, vorzusehen, darauf angewiesen, eine neue Zulassung zu erwirken, was wiederum die Angabe einer gegenüber KLACID eigenständigen Bezeichnung notwendig machte. Vor diesem Hintergrund kann die Verfahrensweise der Klägerin trotz ihres - zutreffenden - Hinweises, eine Substitution von KLACID PRO durch einen Reimport KLACID 250 mg 12 Tabletten sei nicht erlaubt, entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als eine solche angesehen werden, durch die allein zum Zwecke der Verhinderung des Parallelimportes eine Abspaltung eines Teilmarktes erfolge, von dem sie auf diese Weise ausgeschlossen werde. Allerdings setzt die künstliche Abschottung auch nicht voraus, dass der Markeninhaber bewusst versucht, die Märkte zwischen den Mitgliedsstaaten abzuschotten (EUGH a.a.O. "Pharmacia & Upjohn", Rn 18; WRP 96,867,872, Rn 17 - "Eurim Pharm"). Indes liegt auch objektiv eine Abschottung der Märkte nicht vor. Das Begehren der Beklagten stellt sich so dar, dass sie das Ziel verfolgt, KLACID aus Spanien zu importieren und es hier als KLACID PRO also als ein anderes Arzneimittel zu vertreiben. Ob die Bestimmungen der Art. 28, 30 EGV überhaupt Grundlage einer so weitreichenden Folge sein können, erscheint dem Senat - selbst den Fall unterstellt, das importierte Arzneimittel KLACID sei in Deutschland nicht absetzbar - zweifelhaft. Die Frage kann im vorliegenden Verfahren indes offen bleiben, weil feststeht, dass die Beklagte das importierte Arzneimittel auch in Deutschland unter der Bezeichnung KLACID vertreiben kann, und jedenfalls angesichts dessen eine Notwendigkeit, die Bezeichnung KLACID PRO zu verwenden, nicht besteht.

Die Beklagte ist nicht nur in der Lage, aus Spanien importiertes KLACID in Deutschland unter der Bezeichnung KLACID zu vertreiben, sondern tut dies tatsächlich auch. Das ist im Berufungsrechtszug unstreitig geworden. Nachdem die Klägerin in der Berufungserwiderung vorgetragen hatte, die Beklagte vertreibe "unstreitig das spanische Importpräparat ‚KLACID 250 comprimidos‘ in Deutschland", hat die Beklagte dem in ihrer Replik vom 26.1.2004 schon nicht ausdrücklich widersprochen. Sie hat sich vielmehr - wenn auch in anderem Zusammenhang - auf einen als Anlage B 20 vorgelegten Auszug aus dem ifap-Index bezogen. Aus diesem Auszug geht indes hervor, dass auch die Beklagte KLACID in Deutschland vertreibt. Nachdem daraufhin die Klägerin in der mündlichen Verhandlung betont hatte, aus der Replik der Beklagten ergebe sich, dass diese auch 10-er Packungen KLACID vertreibe, hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten dem wiederum nicht widersprochen, sondern lediglich die Vermutung geäußert, dass jenes KLACID nicht aus Spanien stamme. Dies habe er indes bei der Beklagten nicht nachgefragt. Damit gilt die Behauptung der Klägerin, es handle sich bei dem von der Beklagten unter der Bezeichnung KLACID in Deutschland vertriebenen Arzneimittel um Tabletten, die in Spanien unter der Bezeichnung KLACID 250 vertrieben würden und von dort importiert worden seien, gem. § 138 Abs.3 ZPO als zugestanden. Dabei kann dahinstehen, ob Anlass bestanden haben könnte, der Beklagten, deren Prozessbevollmächtigter dies indes auch nicht beantragt hat, Gelegenheit zu ergänzender Stellungnahme zu geben. Denn tatsächlich hat die Beklagte in dem ihr allerdings nicht gem. §§ 283, 525 ZPO nachgelassenen Schriftsatz vom 9.3.2004 nunmehr ausdrücklich bestätigt, aus Spanien importiertes KLACID in Deutschland in 10-er Packungen zu vertreiben. Vor diesem Hintergrund kann die Berufung auch nicht mit der Begründung Erfolg haben, die unterschiedliche Verpackungsgröße von 12-er Packungen in Spanien und u.a. 10-er Packungen in Deutschland mache ein Beschneiden der Blisterpackungen erforderlich. Denn die tatsächliche Übung durch die Beklagte zeigt, dass dies nicht unzumutbar ist, und das Beschneiden von Blistern ist - wie das OLG Hamburg a.a.O. S.474

18

zutreffend ausgeführt hat - "auch sonst beim Parallelimport ein gangbares Mittel, unterschiedliche Packungsgrößen anzupassen (vgl. auch z.B. EUGH a.a.O. "Eurim Pharm" Rn 10, 13, 54).

Der Fortsetzung des Imports von KLACID 250 comprimidos aus Spanien und ihres Vertriebs in Deutschland unter der Bezeichnung KLACID stehen auch nicht etwa rechtliche Hindernisse entgegen. Die Beklagte ist im Besitz einer Parallelzulassung für KLACID und etwaige markenrechtliche Ansprüche sind ersichtlich gem. § 24 Abs. 1 MarkenG erschöpft. Steht damit der deutsche Markt für parallel aus Spanien importiertes KLACID offen, so liegt eine künstliche Marktabstottung, die die Beklagte berechtigen könnte, das Mittel unter der hier für ein anderes Präparat verwendeten Bezeichnung KLACID PRO zu vertreiben, nicht vor. Ihr wird es lediglich verwehrt, ein aus Spanien importiertes Arzneimittel zusätzlich der geänderten Dosierungsvorgabe als ein zweites, weiteres Arzneimittel vertreiben zu können. 19

Der Senat sieht davon ab, die Frage, ob in der vorliegenden Fallgestaltung eine künstliche Marktabstottung im Sinne der Art. 28,30 EGV liegt, gem. Art. 234 EGV dem EUGH zu Vorabentscheidung vorzulegen. Nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des EUGH (z.B. a.a.O. "Pharmacia & Upjohn" Rn 43,45) haben die nationalen Gerichte selbst "zu untersuchen, ob im Zeitpunkt des Vertriebs bestehende Umstände den Parallelimporteur objektiv dazu zwingen, die ursprüngliche Marke durch die des Einfuhrmitgliedsstaats zu ersetzen, um die betreffende Ware in diesem Mitgliedsstaat in den Verkehr bringen zu können". Dabei ist "von den nationalen Gerichten in jedem Einzelfall zu bestimmen, ob der Parallelimporteur objektiv gezwungen war, die im Einfuhrmitgliedsstaat benutzte Marke anzubringen, um die importierten Waren in den Verkehr bringen zu können." Über diesen den nationalen Gerichten vorbehaltenen Prüfungsrahmen geht die vorliegende Entscheidung in europarechtlicher Hinsicht nicht hinaus. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 21

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 22

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO, vielmehr sind lediglich europarechtlich geklärte Fragen auf den Einzelfall anzuwenden. Eine Entscheidung des BGH ist auch nicht gem. § 543 Abs.2 Ziff.2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, nachdem das OLG Hamburg in seiner erwähnten Entscheidung (vgl. MD 03, 470 ff) ebenfalls zu Gunsten der Klägerin entschieden hat. 23

Streitwert für das Berufungsverfahren: 250.000 EUR. 24