

Packungsgestaltung beim co-branding

Eigener Leitsatz:

Die Gestaltung der Verpackung von Arzneimitteln im Rahmen des co-brandings ist streitig. Wird ein Logo im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Angabe "Pharmazeutischer Unternehmer" angebracht, so bringt es zum Ausdruck, dass dieser der Parallelimporteure ist. Dabei ist unerheblich, dass die Tätigkeit nicht mit "Import, Umpackung und Vertrieb" bezeichnet wird. Wird die vom Hersteller selbst gewählte Packungsgestaltung unverändert übernommen, gleicht sie somit der Originalverpackung aus dem Exportland. Ist die Packung daher sauber und ordentlich gestaltet, entspricht dies dem vom Publikum gewohnten Standard des Herstellers.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 11.06.2009

Az.: 3 U 16/09

Tenor:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 6.1.2009 (Az.: 312 0 494/08) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin gehört zum S-Konzern. Sie vertreibt auf dem deutschen Markt das Arzneimittel Ferrlecit 62,5 mg. Das Arzneimittel ist verschreibungspflichtig, es handelt sich um eine Injektionslösung bzw. um ein Konzentrat zur Herstellung

einer Infusionslösung zur Therapie von Eisenmangelzuständen. Die Marke Ferrlecit ist für die A. GmbH u. a. für Arzneimittel in das deutsche Markenregister eingetragen. Die Bezeichnung s ist für die s, Paris, als Gemeinschaftsmarke registriert. Die Antragstellerin ist berechtigt, beide Marken als Lizenznehmerin zu benutzen. Sie ist von beiden Markeninhabern gemäß § 30 Abs. 3 MarkenG ermächtigt, gegen Markenverletzungen im eigenen Namen vorzugehen.

Die Antragsgegnerin importiert Ferrlecit 62,5 mg aus der tschechischen Republik und beabsichtigt, dieses in eigens hergestellten Umkartons auf dem deutschen Markt zu vertreiben. Sie ist zum Umpacken der Ware unstreitig berechtigt.

Die Antragstellerin wendet sich allein gegen die Gestaltung der für den Vertrieb in Deutschland hergestellten Packung und zwar unter den Gesichtspunkt des sog. co-brandings.

Die auf der Schauseite der Packung hervorgehoben angebrachte Marke Ferrlecit ist mit einem Sternchen versehen, dessen Auflösung „Marke der A. GmbH“ sich in kleiner Schrift zwischen Wirkstoff- und Indikationsangabe findet. In der rechten unteren Ecke der Schauseite der Packung findet sich in roten Großbuchstaben und wegen der Hervorhebung ins Auge fallend das im Schriftzug gestaltete Logo „EMRA-MED“ der Antragsgegnerin. Dies ist überschrieben mit der kleiner gehaltenen Angabe „Pharmazeutischer Unternehmer: “. Links davon findet sich der Vermerk: „Umverpackt: M... GmbH, ein herstellerunabhängiges Unternehmen“. Unter den Angaben zum pharmazeutischen Unternehmer in dem Umpackhinweis ist weiter angegeben, dass Hersteller des Produkts die A. Pharma in Großbritannien ist. Auf der Schauseite der Packung ist schließlich die Schriftzugmarke „sanofi-aventis“ aufgedruckt. Ergänzend wird zum Erscheinungsbild der Packung auf die unten im Zusammenhang mit der Wiedergabe der angefochtenen einstweiligen Verfügung eingerückte Abbildung Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin hatte den beabsichtigten Parallelimport

mit Schreiben vom 1. Februar 2008 bei der Markeninhaberin in Frankreich angezeigt (Anlage AS 4) und auf entsprechende Bitte mit Schreiben vom 9. Juni 2008 ein Packungsmuster dorthin übersandt. Mit Schreiben vom 21. Juli 2008 ließ das französische Konzernunternehmen wegen des in prominenter Weise erfolgenden „co-brandings“ abmahnen (Anlage AS 6). Das Unterlassungsverlangen wurde mit Schreiben vom 29. Juli 2008 zurückgewiesen (Anlage AS 7). Der Verfügungsantrag wurde am 14. August 2008 bei Gericht eingereicht.

Nachdem das Landgericht den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 1.9.2008 zurückgewiesen hatte, erließ der Senat auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin die einstweilige Verfügung antragsgemäß wie folgt:

Im Wege der einstweiligen Verfügung – der Dringlichkeit wegen ohne vorherige mündliche Verhandlung – wird der Antragsgegnerin 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 zwei Jahre) verboten,

das Arzneimittel „Ferrlecit 62,5 mg“ in einer Packungsgröße á 5 Ampullen zu 5 ml aus Tschechien zu importieren und zum Vertrieb in einer Packungsgröße á 6 Ampullen zu 5 ml eigene Umverpackungen zu erstellen und in Deutschland zu vertreiben, wenn diese Umverpackungen in der nachfolgenden Form gestaltet sind:

Auf den Widerspruch der Antragsgegnerin hob das Landgericht mit Urteil vom 6.1.2009 die einstweilige Verfügung des Senats auf und wies den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurück.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Antragstellerin.

Sie beantragt, der Antragsgegnerin unter Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Hamburg vom 01.09.2008, Az.: 312 0 494/08 aufzugeben, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen,

das Arzneimittel „Ferrlecit 62,5 mg“ in einer Packungsgröße á 5 Ampullen zu 5 ml aus Tschechien zu importieren und zum Vertrieb in einer Packungsgröße á 6 Ampullen zu 6 ml eigene Umverpackungen zu erstellen und in Deutschland zu vertreiben, wenn diese Umverpackungen in der nachfolgenden Form gestaltet sind: (es folgt die farbige Abbildung der Packung wie oben wiedergegeben).

Die Antragsgegnerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

1. Streitgegenstand ist nach Fassung des Antrags und dem als Klaggrund vorgetragenen Lebenssachverhalt allein die Gestaltung der Packung unter dem Aspekt des co-branding. Die Antragstellerin bestreitet der Antragsgegnerin nicht das Recht, das im Wege des Parallelimports bezogene Arzneimittel wie geschehen umzupacken. Soweit der Tatbestand des Umpackens in seinen Merkmalen Eingang in den Verfügungsantrag gefunden hat, dient dies lediglich der Beschreibung des Verletzungsfalles, aber nicht dessen Charakterisierung.

2. Zum Klaggrund hat die Antragstellerin vorgetragen, dass durch die Art der Packungsgestaltung mit dem hervorgehoben erfolgenden co-branding für den Patienten der Eindruck unvermeidbar sei, dass bei dem Vertrieb der Packung auf dem deutschen Markt eine Kooperation zwischen s und EMRA-MED.

bestehe. Dieser Eindruck der Kooperation sei bereits für sich genommen nicht hinzunehmen. Hinzukomme, dass die gedankliche Assoziation einer Zusammenarbeit des Parallelimporteurs und des Originalherstellers bei dem Patienten den Eindruck hervorrufen könne, dass der Originalhersteller ein sozusagen „doppeltes Spiel“ treibe und sowohl an dem teuren Originalprodukt als auch noch an dem Parallelimport gewinnbringend partizipiere.

3. Die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs in Ansehung des Zeichens sanofi-aventis sind weder aus Artikel 9 GMV noch aus der in Deutschland geführten Firma gemäß § 15 Abs. 2 und 5 MarkenG gegeben. Die Markenrechte der Antragstellerin sind gem. Art. 13 GMV bzw. § 24 I MarkenG erschöpft, denn die Antragstellerin kann sich nicht aus berechtigten Gründen der Wiederanbringung ihrer Zeichen auf der Ware widersetzen. Im Einzelnen:

a) Eine Erschöpfung des Markenrechts der Antragstellerin wäre nach der vierten Voraussetzung der Grundsätze der verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 des EuGH aus dem Jahre 1996 dann nicht gegeben, wenn das umgepackte Arzneimittel so aufgemacht ist, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann (EuGH, GRURInt 1996, 1144 ff., 1150 – Bristol-Myers Squibb). Nicht relevant ist dagegen die erste Voraussetzung der Erforderlichkeit des Umpackens durch den Importeur, denn dieser Umstand betrifft allein den Umstand des Umpackens als solchen und nicht die Art der Gestaltung der Ware (EuGH GRUR 2009, 154, 155 Rn. 25 f., Rn. 29 f. – Wellcom/Paranova im Anschluss an EuGH GRUR 2007, 586, 590 f. – Boehringer Ingelheim/Swingward II; dem folgend auch der BGH GRUR 2008, 1087, 1088-Lefaxin m.w.N.). Mithin ist die Art der Gestaltung der Packung auch nicht an dem Kriterium des geringstmöglichen Eingriffs in das Markenrecht zu messen (EuGH GRUR 2009, 154, 155 Rn. 27 – Wellcom/Paranova; BGH GRUR 2008, 1087, 1088 – Lefaxin gegen die anderslautende Argumentation des Senats in der dortigen Vorinstanz).

b) Nach der Rechtsprechung des EuGH kann es grundsätzlich den Ruf der Marke schädigen, wenn der Parallelimporteur die Marke nicht auf dem neuen äußeren Karton anbringt („de-branding“) oder entweder sein eigenes Logo oder Firmenmarkenzeichen, eine Firmenaufmachung oder eine für eine Reihe verschiedener Waren verwendete Aufmachung für den neuen äußeren Karton verwendet („co-branding“); dies gilt ebenso, wenn er entweder einen zusätzlichen Aufkleber so anbringt, dass die Marke des Inhabers ganz oder teilweise überklebt wird oder auf dem zusätzlichen Aufkleber nicht den Inhaber der Marke angibt oder den Namen des Parallelimporteurs in Großbuchstaben schreibt (EuGH GRUR 2007, 586, 590 f. – Boehringer Ingelheim/Swingward II). Wie die Frage, ob eine Werbung den Eindruck erwecken kann, dass eine Geschäftsbeziehung zwischen dem Wiederverkäufer und dem Markeninhaber besteht, und folglich einen berechtigten Grund i.S. von Art. 7 II der Richtlinie 89/104 darstellen kann, ist es ebenso eine Sachfrage, über die nach dem jeweiligen Sachverhalt zu entscheiden Sache des nationalen Gerichts ist, ob diese Umstände so sind, dass sie den Ruf der Marke schädigen können (EuGH GRUR 2007, 586, 590 – Boehringer Ingelheim/Swingward II). Dem ist der BGH gefolgt (GRUR 2008, 1087, 1088 – Lefaxin).

c) Nach diesen Grundsätzen liegt eine Rufschädigung durch die konkrete Gestaltung der Packung, insbesondere das „co-branding“ durch Anbringen des Logos „EMRA-MED“ hier nicht vor. Dabei ist – wie der Senat im Beschluss vom 14.10.2008 festgestellt hat – auf die Sichtweise eines normal informierten, durchschnittlich verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers, dem das konkrete Arzneimittel nach Verordnung durch den Arzt vom Apotheker ausgehändigt wird, abzustellen.

aa) Eine Rufschädigung folgt nicht aus dem Umstand, dass die angegriffene Packungsgestaltung dem Patienten den unzutreffenden Eindruck einer irgendwie gearteten Kooperation der Parteien vermittelt.

(1) So ist hier unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtsprechung des BGH nicht überwiegend wahrscheinlich, dass überhaupt der Eindruck einer Kooperation erweckt wird. Zu beachten ist zunächst, dass das Logo der Antragsgegnerin in unmittelbarem räumlichem Zusammenhang mit der Angabe „Pharmazeutischer Unternehmer“ angebracht ist. Aus einer solchen Anordnung des Logos wird der Verkehr, dem der Vertrieb von parallelimportierten Arzneimitteln und die dabei seit langem verwendeten Angaben grundsätzlich bekannt sind, erfahrungsgemäß nur einen Bestandteil des nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur zulässigen, sondern sogar erforderlichen Hinweises sehen, dass das angegriffene Unternehmen das Arzneimittel importiert und umgepackt hat und als Parallelimporteure im Inland vertreibt (BGH GRUR 2008, 1087, 1088 f. – Lefaxin). So liegt der Fall auch hier: Das Logo „EMRA-MED“ ist nicht nur in unmittelbarer Nähe zur vollständigen Firma angebracht, sondern sogar ein gestalteter Teil der Firma selbst, die durch den Doppelpunkt als „Pharmazeutischer Unternehmer“ bezeichnet wird. Unerheblich ist, dass die Antragsgegnerin insoweit – anders als im Lefaxin-Fall – ihre Tätigkeit nicht mit „Import, Verpackung und Vertrieb“ beschreibt, sondern sich als „Pharmazeutischer Unternehmer“ bezeichnet. Das Landgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Bezeichnung § 9 I AMG entspricht (S. 9 Urteilsumdruck). Es ist nicht ersichtlich, dass der Verkehr, dem nach der Lefaxin-Entscheidung des BGH schließlich „der Vertrieb von parallelimportierten Arzneimitteln und die dabei seit langem verwendeten Angaben grundsätzlich bekannt“ ist, dem inhaltlich etwas anderes als einen Parallelimporthinweis entnehmen wird. Dies behauptet auch die Antragstellerin nicht.

(2) Hinzukommt, dass selbst dann, wenn der Verkehr der Fehlvorstellung einer Kooperation zwischen den Parteien unterliegen sollte, dies allein noch keine Rufschädigung darstellen würde. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 14.10.2008 dargelegt hat, führt eine Vorstellung einer Kooperation allein noch nicht zugleich zu einer Rufschädigung

bei dem Hersteller. Auch der EuGH geht gerade nicht davon aus, dass der fälschlich durch die verschiedenen Formen des co-branding vermittelte Eindruck der Kooperation zu einer Rufschädigung bei dem Markeninhaber führen muss, sondern nur, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, über diese Sachfrage in dem jeweiligen Sachverhalt zu entscheiden (EuGH GRUR 2007, 586, 590 – Boehringer Ingelheim/Swingward II, Rn. 47). Die Möglichkeit einer Rufschädigung soll nach den bisher vom EuGH angeführten Beispielen vielmehr insbesondere dann gegeben sein, wenn das Markenprodukt von dem Parallelimporteur in unangemessener Aufmachung weiter vertrieben wird (siehe die Zusammenfassung der Beispiele bei EuGH GRUR 2007, 586, 590 – Boehringer Ingelheim/Swingward II, Rdnr. 42 bis 44). Dahinter kann nur der Erfahrungssatz stehen, dass es stets auch auf den Hersteller des markierten Produkts zurückfallen kann, wenn dessen Ware in einer Aufmachung daher kommt, die aus Sicht des Publikums nicht dem bei diesem Hersteller gewohnten Standard entspricht. Darum kann es hier nicht gehen, denn die Packung ist unstreitig sauber und ordentlich gestaltet.

bb) Auch aus den sonstigen Umständen ist hier keine Rufschädigung zu entnehmen.

(1) Soweit die Antragstellerin erstinstanzlich beanstandet hat, dass die Antragsgegnerin ihr Logo im räumlichen Zusammenhang mit der Gemeinschaftsmarke „sanofi-aventis“ benutzt und diese Gemeinschaftsmarke zudem noch dachmarkenartig verwendet habe, nämlich unter dem durchgehenden Strich auf der Schauseite, ist wiederum der Gesichtspunkt der Fehlvorstellung über eine Kooperation an sich angesprochen, die nach den dargelegten Grundsätzen dem Verkehr aufgrund des räumlichen Bezugs des co-branding mit der Angabe „Pharmazeutischer Unternehmer“ nach den Wahrscheinlichkeitsmaßstäben des Verfügungsverfahrens nicht unterlaufen wird. Jedenfalls greift wieder der vom Senat ausgeführte Grundsatz, dass ein solcher Irrtum für sich genommen noch keine Rufschädigung bedeutet. Im Übrigen hat die

Antragsgegnerin unbestritten vorgetragen und durch Anlage AG 4 belegt, dass die dachmarkenartige Verwendung der Gemeinschaftsmarke „sanofi aventis“ der Originalpackung aus dem Exportland entspricht, sie also insoweit lediglich die von der Antragstellerin selbst gewählte Packungsgestaltung unverändert übernommen hat.

(2) Soweit der Senat im Beschluss vom 14.10.2008 davon ausgegangen ist, dass eine Fehlvorstellung über eine Zusammenarbeit vorliegt, welche deswegen geeignet ist, den Ruf des Markeninhabers zu beeinträchtigen, weil die Gefahr besteht, dass das Publikum diesem ein doppeltes Gewinnstreben (Verkauf originär für den deutschen Markt konfektionierter Ware zum hohen Preis und zudem Beteiligung am Verkauf ausländischer, parallelimportierte Ware zum geringeren Preis, beides auf den deutschen Markt) anlasten könnte, wird daran nicht festgehalten. Zwar kann dieser Gedanke entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht bereits deswegen verworfen werden, weil der Verkehr einen solchen Verdacht deswegen nicht hegen würde, weil eine solche Kooperation wirtschaftlich wenig sinnvoll, weil regelrecht selbstschädigend sei (S. 10 des Urteilsumdrucks). Gegen dieses Argument wendet die Antragstellerin zu Recht ein, dass ein Parallelimport ohnehin stattfindet, mit oder ohne Beteiligung der Hersteller des Originalpräparats. Es ist deshalb nicht fernliegend, wenn die Originatoren an diesem ohnehin stattfindenden Geschäft partizipieren und dieses nicht kampflos den Parallelimporteuren überlassen wollen. Vergleichbare Sachverhalte sind im Wirtschaftsleben nicht unbekannt, wie im Arzneimittelmarkt die Kapitalbeteiligungen von Originatoren an Generikaherstellern zeigen. Bekannt ist auch der Vertrieb von ein und derselben Ware zum einen unter der bekannten Marke des Herstellers, zum anderen unter Dritt- oder Eigenmarken von Einzelhandelsketten, um mit dem (nahezu) identischen Produkt nicht nur die Kunden der eingeführten Marke, sondern auch die Kunden von günstigen Marktketten anzusprechen.

Allerdings mag man bezweifeln, ob der Gesichtspunkt des doppelten Gewinnstrebens an sich geeignet ist, eine Rufbeeinträchtigung zu begründen. Die eben genannten Beispiele zeigen, dass es in unserer auf Gewinnstreben aufbauenden Wirtschaftsordnung nicht unüblich ist, bei gespaltener Preispolitik „zweifach“ zu verdienen. Im Arzneimittelmarkt kommt hinzu, dass eine gespaltene Preispolitik infolge des Einkommensgefälles in der EU im Interesse erkrankter Bürger in ärmeren Mitgliedsstaaten notwendig sein kann, indem etwa billige Abgabepreise in bestimmten Mitgliedsstaaten durch höhere Preise in anderen Mitgliedstaaten subventioniert werden. Wenn aber eine solche Subventionsnotwendigkeit besteht, dann wird der Bürger möglicherweise eher den Parallelimport als anrühlich ansehen, denn dieser kann ggf. das austarierte Subventionsmodell der Originatoren zum Wohle der Kranken in den wirtschaftlich unterentwickelten EU-Ländern untergraben. Das Partizipieren der Originatoren am Parallelimport erschiene dann eher als eine Notwehrmaßnahme, die in den Augen des Durchschnittspatienten nicht zu missbilligen wäre.

Letztlich können diese Gesichtspunkte aber auf sich beruhen. Denn unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH in der Lefaxin-Entscheidung wird der Verkehr – wie dargelegt – vorliegend schon nicht von einer Kooperation der Parteien ausgehen und damit auch der Antragstellerin kein doppeltes Gewinnstreben anlasten.

(3) Der Antragstellerin ist allerdings zuzugestehen, dass der EuGH eine Rufschädigung bei Fällen des co-branding und sogar dann grundsätzlich möglich hält, wenn der Parallelimporteuer seinen Namen in Großbuchstaben schreibt (vgl. EuGH GRUR 2007, 586, 590 f. – Boehringer Ingelheim/Swingward II), so dass in der Tat Fälle denkbar sein müssen, in denen keine Erschöpfung mehr angenommen werden kann. Der Senat ist der Auffassung, dass die rechtliche Grenze dort verläuft, wo das co-branding nicht mehr – erlaubte – Kennzeichnung einer – erlaubten –

Dienstleistung, nämlich diejenige des Parallelimports, ist, sondern die Kennzeichen des Originators derart dominiert, dass beim Verkehr der irreführende Eindruck entsteht, der Parallelimporteure garantiere mit seinem Zeichen nicht nur für seine Dienstleistung „Parallelimport“, sondern für die Herkunft, also die Entwicklung, Herstellung und Qualität des Produktes selbst. Denn jedenfalls dann greift das co-branding in die Funktion der Marke des Originators ein und beeinträchtigt diese.

Für eine solche Grenzziehung spricht, dass sie auf der einen Seite das Recht des Parallelimporteurs anerkennt, seine Dienstleistung zu kennzeichnen (Art. 2, 12, 14 GG), auf der anderen Seite aber – basierend auf dem Sinn und Zweck des Markenrechts – eine Beeinträchtigung des Hauptzwecks der Marke des Herstellers des Arzneimittels verhindert. Konkret dürfte die Grenze überschritten sein, wenn das co-branding die Originalmarke nach dem Gesamteindruck nicht nur unerheblich dominiert oder aber das Logo des Parallelimporteurs derart gebraucht wird, dass dem Verkehr nicht klar wird, dass damit (nur) die Dienstleistung des Parallelimports gekennzeichnet wird und nicht (auch) das Produkt an sich bzw. die Herstellung und der originären Vertrieb des Produkts. Maßgebend dafür sind – nach der Rechtsprechung des EuGH und BGH – die Umstände des Einzelfalls. Dabei liegt es nahe, die Grundsätze der irreführenden Werbung heranzuziehen. Der EuGH selbst legt diese Parallele nahe (vgl. EuGH GRUR 2007, 586, 590 f. – Boehringer Ingelheim/Swingward II Rz. 46).

Auch nach diesen Grundsätzen liegt hier keine Rufschädigung vor. Weder werden die Kennzeichen der Antragstellerin durch das angegriffene co-branding im maßgebenden Gesamteindruck nicht nur unerheblich dominiert noch wird das Logo der Antragsgegnerin derart gebraucht, dass dem Verkehr nicht klar wird, dass damit (nur) die Dienstleistung des Parallelimports gekennzeichnet wird und nicht (auch) das Produkt an sich bzw. die Herstellung und der originären Vertrieb des Produkts. Es

wurde bereits ausgeführt, dass das Logo in die Angabe des „Pharmazeutischen Unternehmers“ eingebunden verwendet wird und der Verkehr darin erfahrungsgemäß nur einen Bestandteil des nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur zulässigen, sondern sogar erforderlichen Hinweises sehen wird, dass das angegriffene Unternehmen das Arzneimittel importiert und umgepackt hat und als Parallelimporteureur im Inland vertreibt (vgl. BGH GRUR 2008, 1087, 1088 f. – Lefaxin).

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.