SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 27. Februar 1997 *

1. Mit den in dieser Rechtssache vorgelegten Fragen fordert der Hoge Raad der Nederlanden den Gerichtshof auf, im Zusammenhang mit dem Umetikettieren von alkoholhaltigen Getränken durch einen Parallelimporteur die Grundsätze weiterzuentwickeln, die er in seiner Rechtsprechung zu Parallelimporten von umgepackten pharmazeutischen Erzeugnissen aufgestellt hat. Insbesondere stellt sich die Frage, ob ein Markeninhaber unter Berufung auf seine Marke verhindern kann, daß alkoholhaltige Getränke mit der Absicht umetikettiert werden, Identifikationszeichen zu entfernen, die der Markeninhaber angeblich zur Überwachung von Parallelimporten und zur Ermittlung von undichten Stellen in seinem Vertriebsnetz benutzt.

Der Sachverhalt und die Fragen des nationalen Gerichts

2. Das Verfahren vor den niederländischen Gerichten wurde ursprünglich im Jahr 1990 begonnen, und die Parteien dieses Verfahrens haben ihr Klagebegehren mehrmals geändert. Sogar im jetzigen Stadium sind sich die Parteien nicht über den genauen Sachverhalt einig, und während eines großen Teils der Sitzung des Gerichtshofes wurde über den Sachverhalt diskutiert, der nicht vollständig von den nationalen Gerichten festgestellt worden zu sein scheint. Die im Ausgangsverfahren aufgeworfenen Streitfragen scheinen dennoch klar genug zu sein, um dem Gerichtshof eine sachdienliche Beantwortung der Fragen des Hooge Raad zu ermöglichen.

3. Loendersloot, der offenbar zur maßgeblichen Zeit Handel als Einmanngesellschaft betrieb, ist ein in den Niederlanden niedergelassener Transportunternehmer, dessen Tätigkeit zum Teil darin bestehen soll, Flaschen schottischen Whiskys zwecks Parallelhandels zu „dekodieren". Damit ist das Entfernen von Identifikationsnummern gemeint, die von den Herstellern auf den Flaschen angebracht wurden. Es besteht jedoch keine Einigkeit darüber, aus welchen Gründen Loendersloot diese Tätigkeiten ausüben soll und welchen genauen Zwecken diese Identifikationsnummern dienen sollen. Ebensowenig besteht Einigkeit über die Zahl und die Art der auf den Flaschen angebrachten Nummern und darüber, wo genau diese angebracht sein sollen. Zumindest in einigen Fällen scheint Loendersloot Etiketts zu entfernen oder teilweise zu entfernen, auf denen die Marken der Hersteller angebracht sind, und diese Etiketts entweder erneut anzubringen oder sie durch gleichartige zu ersetzen; in einigen Fällen sind die Identifikationsnummern, die Loendersloot zu entfernen versucht, auf den Etiketts selbst angebracht, während in anderen Fällen die Nummern auf den Flaschen angebracht sind und durch das Etikett verdeckt werden.

* Originalsprache: Englisch.

4. Die anderen Parteien des Ausgangsverfahrens sind 15 Gesellschaften schottischen bzw. englischen Rechts. Der Einfachheit halber werde ich sie nachfolgend gemeinsam als „Ballentine u. a." bezeichnen. Sie erzeugen bekannte schottische Whiskys wie Ballentine's, Long John, J & B, Johnnie Walker, White Horse, Old Parr, Glenfiddich und William Grant's. Im Jahr 1990 erhoben Ballentine u. a. vor der Arrondissementsrechtbank Breda Klage gegen Loendersloot mit dem Antrag, Loendersloot im wesentlichen zu verbieten,

a) Identifikationsnummern von durch Ballentine u. a. hergestellten Whiskyflaschen zu entfernen;

b) die Marken von Ballentine u. a. von diesen Flaschen zu entfernen und neu anzubringen, entweder durch erneutes Anbringen der Originaletiketts oder durch ihre Ersetzung durch kopierte Etiketts;

c) den Namen des Importeurs von diesen Flaschen zu entfernen und durch den Namen eines Importeurs zu ersetzen, der keine Vertragsbeziehung mit Ballentine u. a. hat;

d) das Wort „pure" von diesen Flaschen zu entfernen;

e) die so behandelten Flaschen an Händler in Frankreich, Spanien, England, den Vereinigten Staaten und Japan zu versenden.

5. Während des Verfahrens trug Loendersloot vor, diese Handlungen seien — soweit sie vorgenommen worden seien, was in einigen Punkten bestritten werde — nicht rechtswidrig und notwendig, um Parallelimporte durchzuführen. Ballentine u. a. beabsichtigten, die Märkte in der Gemeinschaft und anderenorts abzuschotten, um künstliche Preisunterschiede aufrechtzuerhalten. Ballentine u. a. wollten Importeure schottischen Whiskys in Niedrigpreis-Ländern daran hindern, in Hochpreis-Länder zu liefern. Die Identifikationsnummern auf den Whiskyflaschen ermöglichten eine Überwachung dieser Importeure, da sie Ballentine u. a. in die Lage versetzten, den Weg der auf den „falschen" Märkten auftauchenden Flaschen zurückzuverfolgen.

6. Während des Verfahrens bestritten Ballentine u. a. diese Behauptungen mit Nachdruck. Nach ihrer Ansicht dienen die Identifikationsnummern vollkommen legitimen Zwecken, wie zum Beispiel dem Rückruf fehlerhafter Erzeugnisse und der Bekämpfung von Nachahmungen. Sie bestreiten, das

Ziel einer Abschottung der Märkte innerhalb der Gemeinschaft zu verfolgen.

7. Mit Urteil vom 21. Juli 1992 verbot die Arrondissementsrechtbank Loendersloot, die Identifikationszeichen von den Flaschen und den Verpackungen zu entfernen und die Erzeugnisse ohne ihre Identifikationszeichen auszuführen (wie unter den Punkten a und e beantragt) [1]. Des weiteren forderte sie Ballantine u. a. auf, Beweis für die von ihnen behaupteten Markenrechte zu erbringen (oben, Punkt b) und erlaubte ihnen, ihr Rechtsschutzinteresse bezüglich der Punkte c und d genauer vorzutragen (Entfernen und Ersetzen des Namens des Importeurs und Entfernen des Wortes „pure").

8. Loendersloot legte gegen dieses Urteil Berufung beim Gerechtshof 's-Hertogenbosch ein. Er ersuchte den Gerechtshof, das Urteil aufzuheben, selbst in der Sache zu entscheiden und alle Anträge von Ballentine u. a. abzuweisen. Ballentine u. a. legten Anschlußberufung ein und stellten die gleichen Anträge wie in der ersten Instanz.

9. Mit Urteil vom 28. März 1994 hob der Gerechtshof 's-Hertogenbosch das Urteil der Arrondissementsrechtbank teilweise auf und wies die Anträge von Ballentine u. a. auf Erlaß eines Verbotes zurück, die Identifikationsnummern zu entfernen und die Erzeugnisse ohne ihre Identifikationszeichen auszuführen. Zur behaupteten Markenverletzung entschied der Gerechtshof jedoch, daß die Arrondissementsrechtbank zu Recht gefolgert habe, daß das Entfernen und erneute Anbringen einer Marke durch einen Dritten einen verbotenen Gebrauch dieser Marke darstelle, und daß sie daher Ballentine u. a. zu Recht aufgefordert habe, Beweis hinsichtlich der von ihnen behaupteten Markenrechte zu erbringen. Der Gerechtshof verwarf Loendersloots Argument, die Artikel 30 und 36 des Vertrages schlössen den Erlaß des im Zusammenhang mit der Marke geforderten Verbotes aus. Er war der Ansicht, daß das ausschließliche Recht des Markeninhabers, diese Marke anzubringen, zum spezifischen Gegenstand des Markenrechts gehöre und daß die von Ballentine u. a. geforderten Verbote nicht gegen Artikel 30 und 36 verstießen, da Loendersloot nicht behauptet habe, daß die Marken selbst (im Gegensatz zu den Identifikationsnummern) für eine künstliche Abschottung von Märkten benutzt würden.

10. Loendersloot legte gegen das Urteil des Gerechtshof Kassationsbeschwerde beim Hoge Raad ein. Ballentine u. a. legten Anschlußkassationsbeschwerde ein. Mit Urteil vom 3. November 1995 hat der Hoge Raad die Entscheidungen der Untergerichte bestätigt, daß das Entfernen und erneute Anbringen einer Marke durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers nach nationalem Recht verboten ist, nämlich nach der Benelux Merkenwet (Benelux-Markengesetz). Er hat weiterhin die Ansicht vertreten, daß er nicht über die Vorträge zu Artikel 30 und 36 des Vertrages entscheiden könne, ohne zunächst den Gerichtshof um

1 — Vgl. oben, Nr. 4.

eine Vorabentscheidung zu ersuchen. Deswegen hat er dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Auslegung von Artikel 36 des Vertrages vorgelegt:

1. Gehört es zum spezifischen Gegenstand des Markenrechts, daß der Markeninhaber bezüglich der von ihm hergestellten alkoholhaltigen Getränke die aus seinem nationalen Recht hergeleitete Befugnis besitzt, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß die von ihm auf den Flaschen und Flaschenverpackungen angebrachten und mit seiner Marke versehenen Etiketts, nachdem die so verpackten Getränke von ihm in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind, von einem Dritten entfernt und dann — jeweils ohne Beeinträchtigung des ursprünglichen Zustands des Erzeugnisses — erneut angebracht oder durch gleichartige Etiketts ersetzt werden?

2. Macht es — soweit es um den Ersatz von Etiketts durch gleichartige Etiketts geht — dabei einen Unterschied, ob der Dritte die auf den ursprünglichen Etiketts angebrachte Bezeichnung „pure" und/oder den Namen des Importeurs wegläßt und diesen Namen gegebenenfalls durch den einer anderen Person ersetzt?

3. Wenn die Frage 1 zu bejahen ist, der Markeninhaber von der in dieser Frage genannten Befugnis jedoch Gebrauch macht, um zu verhindern, daß der Dritte die von dem Markeninhaber angebrachten, sich auf oder unter den Etiketts befindenden Identifikationszeichen entfernt, die den Markeninhaber in die Lage versetzten, undichte Stellen in seiner Verkaufsorganisation zu ermitteln und so den Parallelhandel mit seinen Erzeugnissen zu bekämpfen, ist dann eine solche Ausübung des Markenrechts als eine „verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" anzusehen, die auf eine künstliche Abschottung der Märkte gerichtet ist?

4. Inwieweit macht es für die Beantwortung der Frage 3 einen Unterschied, ob der Markeninhaber diese Identifikationszeichen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder ohne Verpflichtung, jedoch mit dem Ziel, einen Warenrückruf zu ermöglichen und/oder seine Produkthaftung zu begrenzen und/oder Nachahmungen zu bekämpfen, oder ausschließlich zur Bekämpfung des Parallelhandels angebracht hat?

11. Beim Gerichtshof wurden schriftliche Erklärungen von Loendersloot, Ballantine u. a., dem Vereinigten Königreich und der Kommission eingereicht.

Einschlägige Vertragsbestimmungen und Rechtsprechung

12. Vor der Behandlung der Fragen des Hoge Raad mag es hilfreich sein, auf die in diesem Bereich anzuwendenden Grundsätze

einzugehen, wie sie aus dem Vertrag und der Rechtsprechung des Gerichtshofes hervorgehen.

13. Wenn einem Markeninhaber nach nationalem Recht erlaubt ist, seine Marke zum Verhindern der Einfuhr und des Verkaufs von Waren zu benutzen, die sich rechtmäßig auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats befinden, dann stellt dies eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 dar. Gleichermaßen stellt die Erlaubnis, ein Markenrecht zum Verhindern der Ausfuhr solcher Waren in andere Mitgliedstaaten zu benutzen, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung dar, die gegen Artikel 34 des Vertrages verstößt.

14. Gemäß Artikel 36 Satz 1 stehen die Artikel 30 und 34 Verboten oder Beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Nach Artikel 36 Satz 2 dürfen solche Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

15. Artikel 36 erlaubt Ausnahmen vom freien Warenverkehr aus solchen Gründen nur, soweit sie zum Schutz der Rechte erforderlich sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen. Zum spezifischen Gegenstand des Markenrechts gehört u. a. die Garantie für den Markeninhaber, daß er die Marke für das erstmalige Inverkehrbringen eines Erzeugnisses benutzen darf und daß er so gegen Konkurrenten geschützt wird, die die Position und den guten Ruf der Marke ausnutzen wollen, indem sie Erzeugnisse verkaufen, die widerrechtlich mit der Marke versehen sind. Daher kann sich ein Markeninhaber grundsätzlich nicht auf sein Markenrecht berufen, um ein rechtmäßig von ihm oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebrachtes Erzeugnis am freien Verkehr zu hindern; unter solchen Umständen ist sein ausschließliches Recht zur Benutzung der Marke als erschöpft anzusehen. Andernfalls könnte er die nationalen Märkte abschotten und dadurch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränken, ohne daß eine derartige Beschränkung für eine Sicherstellung des Kerns des sich aus dem Markenrecht ergebenden ausschließlichen Rechts erforderlich wäre [2].

16. Gleichwohl hat der Markeninhaber das Recht, die weitere Vermarktung unter bestimmten Umständen zu verhindern. Die Reichweite dieses Rechts ergibt sich aus der Hauptfunktion einer Marke, nämlich dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, dieses Erzeugnis ohne Verwechslungsgefahr von Erzeugnissen anderer Herkunft zu unterscheiden [3]. Außerdem ermöglichen Markenrechte dem Inhaber, Kunden durch die Qualität seiner Erzeugnisse und Dienste an sich zu binden,

2 — Urteile vom 8. Juni 1971 in der Rechtssache 78/70 (Deutsche Grammophon, Slg. 1971, 487), vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74 (Centrafarm, Slg. 1974, 1183), vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 19/84 (Pharmon, Slg. 1985, 2281) und vom 17. Oktober 1990 in der Rechtssache C-10/89 (HAG GF, nachfolgend: „HAG II", Slg. 1990, I-3711).

3 — Urteile vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1978, 1139, Randnr. 7) und vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78 (Centrafarm, Slg. 1978, 1823, Randnrn. 11 und 12) sowie Urteil „HAG II", Randnr. 14.

was durch Unterscheidungsmerkmale ermöglicht wird, anhand deren die Erzeugnisse und Dienste identifiziert werden können [4].

17. Demnach kann sich der Markeninhaber ungeachtet der Tatsache, daß ein mit einer Marke versehenes Erzeugnis rechtmäßig von dem Inhaber oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist, gegen jeden Gebrauch der Marke zur Wehr setzen, der die so verstandene Ursprungsgarantie beeinträchtigen kann.

18. Der Gerichtshof hat diese Grundsätze auf das Umpacken von pharmazeutischen Erzeugnissen zum Zweck des Parallelhandels angewandt und im Urteil Hoffmann-La Roche entschieden, daß Artikel 36 so auszulegen ist, daß ein Markeninhaber unter Berufung auf sein Markenrecht einen Importeur daran hindern kann, ein vom Inhaber oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebrachtes Erzeugnis auf den Markt zu bringen, wenn dieser Importeur das Erzeugnis in neue Verpackungen umgepackt hat, auf denen die Marke erneut angebracht wurde; der Markeninhaber kann sich jedoch nicht in dieser Weise auf seine Rechte berufen, wenn

— erwiesen ist, daß die Geltendmachung des Markenrechts durch den Inhaber unter Berücksichtigung des von ihm angewandten Vermarktungssystems zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen würde;

— dargetan ist, daß das Umpacken den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen kann;

— der Markeninhaber unterrichtet wird, bevor das umgepackte Erzeugnis in den Verkauf gegeben wird, und

— auf der neuen Packung angegeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde [5].

19. Im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a., das nach Eingang des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens erlassen wurde, präzisierte der Gerichtshof diese Voraussetzungen. An anderer Stelle in diesen Schlußanträgen werde ich genauer auf die erste Voraussetzung eingehen, nämlich die künstliche Abschottung der Märkte, die im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz ist.

20. Zunächst ist es jedoch angebracht, auch auf die Feststellungen des Gerichtshofes zu

4 — Urteile vom 11. Juli 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 (Bristol-Myers Squibb u. a., Slg. 1996, I-3457), in den verbundenen Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94 (Eurim-Pharm, Slg. 1996, I-3603) und in der Rechtssache C-232/94 (MPA Pharma, Slg. 1996, I-3671).

5 — Urteil Hoffmann-La Roche, zitiert in Fußnote 3, Randnr. 14.

den anderen im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. entwickelten Voraussetzungen hinzuweisen, die vom Parallelimporteur bei einem solchen Umpacken beachtet werden müssen [6]. Ich möchte insbesondere anmerken, daß der Gerichtshof trotz der Tatsache, daß sich die Voraussetzung, daß der Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigt werden darf, auf das Erzeugnis in der Verpackung bezieht, betont hat, daß eine ungeeignete Aufmachung des umgepackten Erzeugnisses, insbesondere eine schadhafte, minderwertige oder unordentliche Verpakkung, den Ruf der Marke schädigen kann [7].

Zwei Vorfragen

21. Vor diesem Hintergrund müssen die dem Gerichtshof im vorliegenden Fall vom Hoge Raad vorgelegten Fragen untersucht werden. Vorher möchte ich jedoch kurz auf zwei Vorfragen eingehen. Erstens sei angemerkt, daß die Fragen des Hoge Raad die Auslegung des Vertrages betreffen, insbesondere des Artikels 36, und daß er keine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 89/104/EWG des Rates [8] vorgelegt hat. Diese Richtlinie gleicht bestimmte nationale Vorschriften des Markenrechts an und sollte von den Mitgliedstaaten bis zum 31. Dezember 1992 ausgeführt werden. Von besonderer Relevanz ist Artikel 7 der Richtlinie („Erschöpfung des Rechts aus der Marke"), der folgenden Wortlaut hat:

„(1) Die Marke gewährt dem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, daß der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist."

22. In der Sitzung wurde erörtert, ob der Gerichtshof die Anwendung der Richtlinie auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles in Betracht ziehen sollte. Wie ich in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Bristol-Myers Squibb u. a. [9] angemerkt habe, ist ein Verbot ein Mittel, um eine Rechtsverletzung oder deren Wiederholung in der Zukunft zu verhindern; demnach wird sich jedes nach einer Vorabentscheidung im vorliegenden Fall von den nationalen Gerichten verhängte Verbot zwangsläufig auf den Zeitraum nach Inkrafttreten der Richtlinie beziehen. Gleichwohl hat der Gerichtshof im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. klargestellt, daß Artikel 7 der Richtlinie und insbesondere dessen

6 — Randnrn. 67 ff. Vgl. auch Randnrn. 58 ff. des Urteils Eurim-Pharm und Randnrn. 39 ff. des Urteils MPA Pharma, beide zitiert in Fußnote 4.

7 — Randnrn. 75 und 76 des Urteils.

8 — Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988, Erste Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

9 — Zitiert in Fußnote 4, Nr. 58 der Schlußanträge.

Absatz 2 ebenso auszulegen ist, wie der Gerichtshof Artikel 30 und 36 des Vertrages auslegt. In Randnummer 50 des Urteils führt der Gerichtshof aus:

„Nach dieser Rechtsprechung ist Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie also dahin auszulegen, daß sich ein Markeninhaber dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels widersetzen kann, wenn der Importeur es umgepackt und die Marke wieder darauf angebracht hat, es sei denn, die vier im Urteil Hoffmann-La Roche ... genannten Voraussetzungen sind erfüllt."

23. Deswegen wird, auch wenn ich der Meinung bin, daß der Gerichtshof die Fragen wie vom Hoge Raad formuliert beantworten sollte, das Ergebnis meines Erachtens bei Anwendung der Richtlinie nicht anders ausfallen.

24. Zweitens tragen Ballantine u. a. vor, Artikel 30 sei auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles nicht anwendbar, so daß die Fragen des Hoge Raad zur Auslegung von Artikel 36 irrelevant seien. Soweit Loendersloot umetikettierte Flaschen in Drittländer ausführe, gehe es nicht um den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Weiterhin stehe ihr Recht, sich gegen das erneute Anbringen ihrer Marken zur Wehr zu setzen, nicht im Widerspruch zu den Vorschriften über den freien Warenverkehr: Loendersloot sei in keiner Weise daran gehindert, Originalflaschen schottischen Whiskys in andere Mitgliedstaaten auszuführen, und es sei nicht ersichtlich, warum umetikettierte Flaschen einfacher zu exportieren sein sollten als Originalflaschen.

25. Diese Argumente überzeugen mich nicht. In Verfahren nach Artikel 177 des Vertrages ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, die ihm von einem nationalen Gericht vorgelegten Fragen zu beantworten. Falls behauptet wird, daß die vorgelegten Fragen nicht beantwortet zu werden brauchten, wird der Gerichtshof die Fragen nur unbeantwortet lassen, wenn sie offensichtlich irrelevant für den beim nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit sind [10]. Im vorliegenden Fall hat der Hoge Raad festgestellt, oder er ist zumindest davon ausgegangen, daß der Erlaß der von Ballentine u. a. wegen einer Verletzung des Markenrechts geforderten Verbote den freien Warenverkehr beschränken würde und daher nach Artikel 36 des Vertrages gerechtfertigt werden müßte. Ich sehe keinen Grund, wieso der Gerichtshof diese Prämisse ablehnen sollte. Selbst wenn nicht vollkommen deutlich sein sollte, ob die von Ballentine u. a. geforderten Verbote Loendersloot an der Einfuhr schottischen Whiskys in die Niederlande hindern, sollte nicht vergessen werden, daß eines dieser Verbote darauf abzielt, Loendersloot die Ausfuhr von umetikettierten Flaschen in eine Reihe von Mitgliedstaaten (nämlich Frankreich, Spanien, Italien und das Vereinigte Königreich) zu verbieten. Der Erlaß dieses Verbots würde eindeutig eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 34 des Vertrages darstellen. Daher hat der

10 — Vgl. z. B. Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-368/89 (Crispoltoni, Slg. 1991, I-3695, Randnr. 11).

Hoge Raad dem Gerichtshof zu Recht die Frage nach der Rechtfertigung gemäß Artikel 36 des Vertrages vorgelegt.

26. Was das Argument betrifft, Loendersloot sei ohne Einschränkung befugt, nicht umetikettierte Flaschen auszuführen, muß bei der Prüfung der Fragen des Hoge Raad von der Hypothese ausgegangen werden, daß Parallelhandel mit den betroffenen Erzeugnissen ohne das Umetikettieren nicht möglich wäre. Wenn diese Hypothese zutrifft (was von den nationalen Gerichten festzustellen ist), dann stellt die Berufung von Ballentine u. a. auf ihre Markenrechte zur Verhinderung einer Umtikettierung eindeutig ein Hindernis des Handels dar, das gemäß Artikel 36 des Vertrages gerechtfertigt sein muß.

Die Fragen des Hoge Raad

27. Ich komme demnach zu den vom Hoge Raad vorgelegten Fragen. Sie betreffen im wesentlichen die folgenden Streitfragen:

a) Ist der Markeninhaber, nachdem Waren von ihm oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind, berechtigt, sich gegen das Entfernen von mit der Marke versehenen Etiketts und die Ersetzung mit gleichartigen Etiketts zur Wehr zu setzen, wenn der Zustand der Ware nicht beeinträchtigt wird? Macht es für die Antwort auf diese Frage einen Unterschied, wenn das Wort „pure" auf dem Etikett weggelassen wird und der Name des Importeurs durch einen anderen Namen ersetzt wird?

b) Wenn dem Markeninhaber dieses Recht zusteht, stellt die Ausübung dieses Rechts dann eine verschleierte Beschränkung des Handels dar, die auf die künstliche Abschottung des Marktes gerichtet ist, wenn sie dazu dient, die Entfernung von für die Überwachung des Parallelhandels benutzten Identifikationszeichen zu verhindern? Welche Bedeutung ist der Tatsache beizumessen, daß die Identifikationsnummern entweder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder ohne Verpflichtung, jedoch mit dem Ziel, einen Warenrückruf zu ermöglichen, die Produkthaftung des Markeninhabers zu begrenzen oder Nachahmungen zu bekämpfen, oder ausschließlich zur Bekämpfung des Parallelhandels angebracht wurden?

28. Meines Erachtens folgen die Antworten auf diese Fragen zum Teil aus den oben genannten Grundsätzen, die der Gerichtshof in seinen früheren Entscheidungen festgelegt hat, insbesondere in den Urteilen Hoffmann-La Roche [11] und Bristol-Myers Squibb u. a. [12]. Aus diesen Urteilen scheint sich der folgende wesentliche Grundsatz zu ergeben: Ein Markeninhaber kann aufgrund seiner Markenrechte einem Parallelimporteur nicht verbieten, mit der Marke versehene Waren umzupacken und Marken erneut auf den umgepackten Waren anzubringen, wenn feststeht, daß die Ausübung des Markenrechts

11 — Zitiert in Fußnote 3.
12 — Zitiert in Fußnote 4.

durch den Inhaber zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen wird, und sofern bei diesem Umpacken

(i) die Herkunftsgarantie gewahrt bleibt,

(ii) der Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigt wird und

(iii) der Ruf der Marke nicht geschädigt wird.

Es sei angemerkt, daß auch die letzte Voraussetzung bezüglich des Rufes der Marke in gewissem Grade als mit der Herkunftsgarantie verbunden angesehen werden kann, die die wesentliche Funktion der Marke darstellt, da eine ungeeignete Aufmachung des umgepackten Erzeugnisses mit Sicherheit Verwirrung über die Herkunft des Erzeugnisses bei den Verbrauchern hervorrufen könnte.

29. Die dritte und die vierte im Urteil Hoffmann-La Roche aufgestellte Voraussetzung, daß der Markeninhaber vor dem Inverkehrbringen des umgepackten Erzeugnisses unterrichtet werden soll und daß auf der neuen Verpackung anzugeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde, scheinen mir schlicht besondere und genauere Voraussetzungen zu sein, die zumindest im Fall von Arzneimitteln bezwecken, die Einhaltung des oben formulierten wesentlichen Grundsatzes sicherzustellen.

30. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Umpacken wurde in bezug auf Arzneimittel entwickelt, während es im vorliegenden Fall um das Umetikettieren von alkoholhaltigen Getränken geht, insbesondere von Whisky. Ich sehe keinen Grund, zwischen verschiedenen Kategorien von Erzeugnissen zu unterscheiden, soweit der wesentliche Grundsatz betroffen ist. Der zugrundeliegende Gedanke bleibt der gleiche: Das Recht des Markeninhabers, die Art der Aufmachung seiner Waren zu bestimmen, muß unter bestimmten Umständen den Erfordernissen des freien Warenverkehrs weichen, jeweils unter Vorbehalt der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, die zum Erhalt der wesentlichen Funktion der Marke erforderlich sind.

31. Die Art der Anwendung des Grundsatzes kann jedoch je nach den Umständen unterschiedlich sein. Für verschiedene Erzeugnisse können verschiedene Erwägungen gelten. In der Rechtssache Bristol-Myers Squibb u. a. war z. B. von Belang, daß der Originalzustand oder die Originalfunktion der betreffenden Arzneimittel durch das Fehlen bestimmter wichtiger Information zu Art, Zusammensetzung, Wirkung, Verwendung oder Lagerung des Erzeugnisses beeinträchigt werden konnte; derartige Erwägungen sind im vorliegenden Fall von geringerer Bedeutung.

32. Ebenso ist es wohl nicht richtig, davon auszugehen, daß die dritte und die vierte im Urteil Hoffmann-La Roche aufgestellte Voraussetzung, die bei Arzneimitteln durchaus von primärem Belang sein mögen, in der gleichen Weise auf alle Erzeugnisse und ungeachtet des Ausmaßes der Umetikettierung der betreffenden Erzeugnisse — wie gering sie auch sein mag — anzuwenden sind. Im vorliegenden Fall braucht darauf nicht eingegangen zu werden, da der Hoge Raad zu diesen Voraussetzungen keine Fragen vorgelegt hat.

33. Jedenfalls würde der Gerichtshof meines Erachtens den Bereich seiner Aufgaben nach Artikel 177 des Vertrages überschreiten, wenn er über alle Aspekte des Umpackens und Umetikettierens verschiedener Arten von Erzeugnissen durch Parallelimporteure entscheiden würde. Wenn der Gerichtshof einmal den wesentlichen Grundsatz oder die wesentlichen Grundsätze formuliert hat, ist es den nationalen Gerichten zu überlassen, diese Grundsätze in den ihnen vorliegenden Fällen anzuwenden.

34. Was den Ruf der Marke betrifft, hat der Gerichtshof nun die erforderlichen Leitlinien im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. aufgestellt, in dem er die Wichtigkeit der Aufmachung von Arzneimitteln dafür betont hat, in der Öffentlichkeit Vertrauen in die Qualität und Integrität der Erzeugnisse hervorzurufen, und darauf hingewiesen hat, daß eine schadhafte, minderwertige oder unordentliche Verpackung dem Ruf der Marke schaden kann. Gewiß könnte im Fall von berühmtem schottischen Whisky jede Form einer minderwertigen Verpackung (einschließlich Etikettierung) dem Ruf der Marke schaden. Aber es darf nicht vergessen werden, daß das Umetikettieren auf jeden Fall nur erlaubt ist, soweit dies zur Erleichterung von Parallelimporten erforderlich ist; zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Images des Erzeugnisses darf es daher nicht kommen. Ich möchte hinzufügen, daß das Umetikettieren, um das es im vorliegenden Fall geht, jedenfalls die Aufmachung des Erzeugnisses wesentlich weniger zu beeinträchtigen scheint als das Umpacken, um das es in der Rechtssache Bristol-Myers Squibb u. a. ging. Wenn das Problem sich stellen sollte, dann hat sich das nationale Gericht meines Erachtens vor einem Verbot einer Umetikettierung zu vergewissern, daß die Aufmachung des Erzeugnisses wesentlich beeinträchtigt ist, so daß dem Ruf der Marke geschadet werden kann.

35. Die Fragen des Hoge Raad haben spezifischen Bezug zu drei Punkten:

a) das Weglassen des Wortes „pure" auf den umetikettierten Erzeugnissen;

b) das Ersetzen des Namens des Importeurs durch einen anderen Namen und

c) das Entfernen von Identifikationszeichen.

36. Alle drei Punkte müssen unter Beachtung der ersten im Urteil Hoffmann-La Roche aufgestellten Voraussetzung beurteilt werden, nämlich der künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten. Was das Weglassen des Wortes „pure" betrifft, behauptet Loendersloot, daß das Wort nach den gesetzlichen Bestimmungen einiger Länder (welcher wird nicht gesagt), in die das Unternehmen ausführt, nicht gebraucht werden dürfe.

37. Meines Erachtens gibt das Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. des Gerichtshofes, das während des vorliegenden Verfahrens erlassen wurde, hierzu ausreichende Anhaltspunkte. In diesem Urteil führte der Gerichtshof aus:

„Die Geltendmachung einer Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der umgepackten Ware unter der Marke durch den Dritten zu widersetzen, würde insbesondere dann zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen, wenn der Inhaber das gleiche Arzneimittel in unterschiedlichen Packungen in verschiedenen Mitgliedstaaten in den Verkehr gebracht hat und das Arzneimittel in dem Zustand, in dem es vom Markeninhaber in einem Mitgliedstaat vertrieben worden ist, von einem Parallelimporteur nicht in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt und dort in den Verkehr gebracht werden kann.

Daraus folgt, daß sich ein Markeninhaber dem Umpacken der Ware in eine neue äußere Verpackung nicht widersetzen kann, wenn Packungen der Größe, die er in dem Mitgliedstaat, in dem der Importeur die Ware gekauft hat, verwendet, im Einfuhrmitgliedstaat nicht vertrieben werden können, insbesondere weil dort nur Packungen einer bestimmten Größe zulässig sind oder eine entsprechende nationale Praxis besteht, weil Krankenversicherungsvorschriften die Erstattung der Krankheitskosten von der Packungsgröße abhängig machen oder weil feste ärztliche Verschreibungsgewohnheiten bestehen, die u. a. auf durch Berufsverbände und Krankenversicherungsträger empfohlenen Normgrößen beruhen.

...

[D]er Markeninhaber [kann sich] dem Umpacken der Ware in eine neue äußere Verpackung widersetzen, wenn es dem Importeur möglich ist, eine im Einfuhrmitgliedstaat vertriebsfähige Packung zu schaffen, indem er z. B. auf der äußeren oder inneren Originalverpackung neue Etiketts in der Sprache des Einfuhrmitgliedstaats anbringt, neue Beipack- oder Informationszettel in der Sprache des Einfuhrmitgliedstaats beilegt oder einen zusätzlichen Artikel, der im Einfuhrmitgliedstaat nicht zugelassen werden kann, gegen einen vergleichbaren, zugelassenen Artikel austauscht." [13]

38. Anschließend erläuterte der Gerichtshof den Grundsatz, der bei der Anwendung der

13 — Randnrn. 52 bis 55 des Urteils.

Voraussetzung der künstlichen Abschottung der Märkte zu beachten ist, wie folgt:

„Die Befugnis des Inhabers einer in einem Mitgliedstaat geschützten Marke, sich dem Vertrieb umgepackter Waren unter dieser Marke zu widersetzen, darf nämlich nur insoweit beschränkt werden, als das Umpacken durch den Importeur erforderlich ist, um die Ware im Einfuhrmitgliedstaat vertreiben zu können." [14]

39. Demnach haben im vorliegenden Fall die nationalen Gerichte zu entscheiden, ob das Entfernen des Wortes „pure" erforderlich ist, um die Beschränkungen einzuhalten, die in bestimmten Mitgliedstaaten gelten, in die Loendersloot die Waren einführen möchte. Es könnte vorgebracht werden, daß das Weglassen des Wortes „pure" den Ruf der Marke beeinträchtigen könne. Das erscheint jedoch unwahrscheinlich, wenn das Entfernen dieses Wortes von bestimmten Mitgliedstaaten verlangt wird.

40. Die anderen beiden vom Hoge Raad angesprochenen Punkte erfordern dagegen, daß der Gerichtshof die im Urteil Hoffmann-La Roche aufgestellten Grundsätze weiter präzisiert. Loendersloot behauptet, der Name des Importeurs werde ersetzt und die Identifikationszahlen würden entfernt, um Ballentine u. a. daran zu hindern, durch Ausübung von Druck auf ihre Händler den Parallelhandel zu bekämpfen. Diese Behauptung wird von Ballentine u. a. unter Berufung darauf zurückgewiesen, daß das Nennen des Namens des Importeurs und der Gebrauch der Identifikationsnummern anderen, rechtmäßigen Zwecken diene.

41. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall von früheren Fällen insofern, als sich das Erfordernis, die Erzeugnisse umzuetikettieren, nicht aus dem Erfordernis der Erfüllung von Vermarktungsvoraussetzungen im Einfuhrstaat ergibt, sondern aus dem behaupteten Erfordernis, den Markeninhaber daran zu hindern, den Weg der Waren verfolgen und Druck auf Händler ausüben zu können, um Parallelhandel zu verhindern. Betrachtet man jedoch den dem Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. zugrunde liegenden, oben in Nummer 38 genannten Grundsatz, dann ist klar, daß ein Importeur, soweit die dem Schutz von Herkunft, Qualität und Ruf des Erzeugnisses dienenden Voraussetzungen erfüllt sind, dazu in der Lage sein muß, Erzeugnisse umzuetikettieren, wenn das zur Ausübung des Parallelhandels erforderlich ist; ansonsten könnte der Markeninhaber unter Berufung auf sein Markenrecht die Märkte der Mitgliedstaaten künstlich abschotten. Die Feststellung, ob diese Voraussetzung in der vorliegenden Rechtssache erfüllt ist, ist Sache der nationalen Gerichte.

42. Hier ist auch auf die folgenden Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. hinzuweisen:

„[D]ie Verwendung des Begriffes ‚künstliche Abschottung der Märkte' durch den Gerichtshof ... bedeutet [nicht], daß der

14 — Randnr. 56 des Urteils.

Importeur nachweisen muß, daß der Markeninhaber durch das Inverkehrbringen einer identischen Ware in verschiedenen Packungen bewußt versucht hat, die Märkte zwischen Mitgliedstaaten abzuschotten. Der Gerichtshof wollte durch die Feststellung, daß es sich um eine künstliche Abschottung handeln muß, hervorheben, daß sich der Inhaber stets auf seine Marke berufen kann, um sich dem Vertrieb umgepackter Waren zu widersetzen, wenn dies durch die Notwendigkeit, die Hauptfunktion der Marke zu wahren, gerechtfertigt ist; denn die sich daraus ergebende Abschottung kann in diesem Fall nicht als künstlich angesehen werden." [15]

43. Schließlich stellt der Hoge Raad die Frage, welche Bedeutung der Tatsache beizumessen ist, daß die Identifikationsnummern auf den Erzeugnissen möglicherweise aufgrund von gesetzlichen Verpflichtungen angebracht sind oder ohne Verpflichtung zwecks Rückruf der Ware, Begrenzung der Produkthaftung und Verhinderung von Nachahmungen. Es ist offensichtlich, daß Nummern zur Feststellung des Loses, dem ein Erzeugnis angehört, legitimen öffentlichen Belangen dienen können, insbesondere dem des Verbraucherschutzes. So darf zum Beispiel nach Artikel 2 der Richtlinie 89/396/EWG des Rates [16] ein Lebensmittel nur in den Handel gebracht werden, wenn es mit einer Angabe versehen ist, mit der sich das Los, zu dem es gehört, feststellen läßt. Inwieweit ein Parallelimporteur zu Recht eine entweder ohne Verpflichtung oder aufgrund einer gemeinschaftlichen oder nationalen Vorschrift angebrachte Identifikationsnummer aus dem Grund entfernen darf, daß sie zum Aufspüren von Parallelimporten benutzt wird, ist jedoch eine davon unabhängige Frage, die über den Rahmen der Fragen des Hoge Raad hinausgeht, die nur die Ausübung von Markenrechten betreffen. Zweifelsohne kann das Entfernen solcher Identifikationsnummern nicht allein aufgrund der Markenrechte verhindert werden.

Antrag

44. Demnach sollten die vom Hoge Raad vorgelegten Fragen meines Erachtens wie folgt beantwortet werden:

1. Der Inhaber einer Marke kann seine Markenrechte nicht ausüben, um sich bezüglich der von ihm hergestellten alkoholhaltigen Getränke dagegen zur Wehr zu

15 — Randnr. 57.

16 — Richtlinie 89/396/EWG des Rates vom 14. Juni 1989 über Angaben oder Marken, mit denen sich das Los, zu dem ein Lebensmittel gehört, feststellen läßt (ABl. L 186, S. 21).

setzen, daß die von ihm auf den Flaschen und Flaschenverpackungen angebrachten und mit seiner Marke versehenen Etiketts, nachdem die so verpackten Getränke von ihm in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind, von einen Dritten entfernt und dann erneut angebracht werden, wenn feststeht, daß die Ausübung des Markenrechts durch den Inhaber zur künstlichen Abschottung des Marktes zwischen den Mitgliedstaaten beitragen wird, und sofern bei einem solchen Umetikettieren

i) die Herkunftsgarantie gewahrt bleibt;

ii) der Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigt wird und

iii) der Ruf der Marke nicht geschädigt wird.

2. Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Markeninhaber seine Markenrechte nicht ausüben, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß die auf den Originaletiketts angebrachten Hinweise „pure" weggelassen werden und/oder der Name des Importeurs durch einen anderen Namen ersetzt wird.

3. Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Markeninhaber seine Markenrechte nicht ausüben, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß die von ihm angebrachten, auf oder unter den Etiketts befindlichen Identifikationszeichen entfernt werden.