SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 14. Dezember 1995 *

Inhaltsverzeichnis

I. Der Sachverhalt und die Vorabentscheidungsfragen ..... I - 3462

1. Verbundene Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 Paranova ..... I - 3463

a) Rechtssache C-427/93: Bristol-Myers Squibb gegen Paranova ..... I - 3464

b) Rechtssache C-429/93: Firma C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG und Boehringer Ingelheim A/S gegen Paranova A/S ..... I - 3467

c) Rechtssache C-436/93: Bayer AG und Bayer Danmark A/S gegen Paranova ..... I - 3468

2. Verbundene Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94: Eurim-Pharm ..... I - 3469

a) Rechtssache C-71/94: Eurim-Pharm gegen Beiersdorf AG ..... I - 3470

b) Rechtssache C-72/94: Eurim-Pharm gegen Boehringer Ingelheim KG ..... I - 3471

c) Rechtssache C-73/94: Eurim-Pharm gegen Farmitalia Carlo Erba GmbH ..... I - 3473

3. Rechtssache C-232/94: MPA Pharma GmbH gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH .. I - 3475

II. Die einschlägige Rechtsprechung und Gesetzgebung ..... I - 3477

1. Die Rechtsprechung zu den Artikeln 30 und 36 des Vertrages ..... I - 3477

2. Die Richtlinie 89/104 des Rates ..... I - 3484

3. Das Verhältnis zwischen den Vertragsvorschriften und der Richtlinie ..... I - 3486

III. Die Erschöpfung der Rechte bei umgepackten Waren ..... I - 3488

1. Das Umpacken im Licht der Vertragsvorschriften ..... I - 3488

a) Die Grundlage der Erschöpfung: Inverkehrbringen in der Gemeinschaft mit Zustimmung des Markeninhabers ..... I - 3488

b) Sind die beiden Arten des Umpackens wirklich verschieden? ..... I - 3489

c) Die wirkliche Grundlage für eine Beschränkung der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei umgepackten Erzeugnissen ..... I - 3491

* Originalsprache: Englisch.

d) Der Begriff der verschleierten Beschränkung ..... I - 3494

e) Die vom Parallelimporteur zu erfüllenden zusätzlichen Voraussetzungen ..... I - 3496

f) Allgemeine Schlußfolgerung ..... I - 3497

2. Das Umpacken im Licht der Richtlinie ..... I - 3497

3. Die Beweislast ..... I - 3500

IV. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Sachverhalt der einzelnen Rechtssachen ..... I - 3502

1. Rechtssache C-427/93 ..... I - 3502

2. Rechtssache C-429/93 ..... I - 3504

3. Rechtssache C-436/93 ..... I - 3504

4. Rechtssache C-71/94 ..... I - 3505

5. Rechtssache C-72/94 ..... I - 3506

6. Rechtssache C-73/94 ..... I - 3506

7. Rechtssache C-232/94 ..... I - 3508

V. Die Antworten auf die gestellten Fragen ..... I - 3508

Ergebnis ..... I - 3508

Verbundene Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 ..... I - 3508

Verbundene Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94 ..... I - 3510

Rechtssache C-232/94 ..... I - 3512

1. Die vorliegenden Schlußanträge betreffen eine Reihe von Fällen, in denen dänische und deutsche Gerichte um Vorabentscheidung ersucht haben, um entscheiden zu können, ob und in welchen Grenzen es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn sich der Inhaber einer Marke der Einfuhr und dem Verkauf von Arzneimitteln in einem Mitgliedstaat widersetzt, die seine Marke tragen und die in einem anderen Mitgliedstaat mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht und später ohne seine Zustimmung von Dritten umgepackt worden sind.

I. Der Sachverhalt und die Vorabentscheidungsfragen

2. Die vorliegenden Rechtssachen machen einen erstaunlichen Mangel an Einheitlichkeit im Gemeinsamen Markt deutlich, zumindest was den Handel mit Arzneimitteln betrifft. Zwei Aspekte dieser fehlenden Einheitlichkeit sind bedeutsam. Zum einen bestehen erhebliche Diskrepanzen bei den Arzneimittelpreisen. Diese sind in einigen

Ländern (z. B. Griechenland, Spanien, Portugal und Vereinigtes Königreich) spürbar niedriger als in anderen (z. B. Dänemark und Deutschland). Die Gründe für diese Diskrepanzen sind streitig, es scheint jedoch klar, daß sie zumindest bis zu einem gewissen Grad auf Preiskontrollen in einigen Ländern und auf verschiedenen Vorschriften über die Höchstbeträge, die Patienten im Rahmen der Krankenversicherungssysteme einiger Mitgliedstaaten erstattet werden können, beruhen [1].

3. Was auch immer der Grund für die Preisdiskrepanzen sein mag, ihr Bestehen führt zu einer Erscheinung, die als „Paralleleinfuhren" bekannt ist: Personen, die außerhalb des offiziellen Vertriebssystems des Herstellers stehen, kaufen Erzeugnisse auf, die sich in Niedrigpreisländern auf dem Markt befinden, und führen sie in Hochpreisländer aus, wo sie sie mit Gewinn verkaufen können und immer noch unter dem offiziellen Verkaufspreis des Herstellers bleiben.

4. Diese Parallelimporteure sehen sich jedoch ernsthaften Hindernissen gegenüber, und zwar infolge des zweiten Aspekts der fehlenden Einheitlichkeit, auf die ich oben hingewiesen habe. Sie sind wegen unterschiedlicher Vorschriften und Praktiken hinsichtlich der Verpackung von Arzneimitteln — z. B. Bestimmungen über die Anzahl von Tabletten pro Packung — häufig gezwungen, die Waren umzupacken. Im Fall von Markenwaren müssen sie die Marke auf dem umgepackten Erzeugnis wieder anbringen oder dafür sorgen, daß sie durch die neue Verpackung sichtbar bleibt, damit das Erzeugnis identifiziert werden kann. Widersetzen sich die Hersteller der fraglichen Erzeugnisse unter Berufung auf ihre Rechte aus der Marke derartigen Parallelimporten umgepackter Waren, so werfen die sich daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten ein Problem auf, das den Gerichtshof bei vielen Gelegenheiten in sehr vielfältiger Form beschäftigt hat, nämlich die Frage, ob und unter welchen Umständen gewerbliche Schutzrechte dem freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt vorgehen.

5. Nach dieser Beschreibung des allgemeinen Hintergrunds möchte ich nunmehr die Besonderheiten der sieben beim Gerichtshof anhängigen Rechtssachen zusammenfassen.

1. *Verbundene Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 Paranova*

6. In diesen drei Rechtssachen sind dem Gerichtshof Fragen von dänischen Gerichten vorgelegt worden. In den ersten beiden Rechtssachen ist das vorlegende Gericht das Sø- og Handelsretten (Handelsgericht) Kopenhagen, in der dritten Rechtssache das Højesteret (Oberstes Gericht). In allen drei Fällen ist die Beklagte (in der Rechtssache C-436/93 die Berufungsbeklagte) die dänische Gesellschaft Paranova A/S (im folgenden: Paranova), die Arzneimittel vertreibt.

1 — Die Existenz nationaler Maßnahmen, die die Preisbildung beeinflussen, wird aus der Richtlinie 89/105/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihrer Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme (ABl. 1989, L 40, S. 8) deutlich.

Die Klägerinnen (in der Rechtssache C-436/93 Berufungsklägerinnen) sind Arzneimittelhersteller.

a) Rechtssache C-427/93: Bristol-Myers Squibb gegen Paranova

7. Die Klägerin, Bristol-Myers Squibb, ist Inhaberin der in Dänemark eingetragenen Marken „Capoten", „Mycostatin", „Vepesid", „Vumon" und „Diclocil". Bei diesen Erzeugnissen handelt es sich um Arzneimittel, die von Bristol-Myers Squibb oder einer mit ihr verbundenen Gesellschaft in verschiedenen Mitgliedstaaten hergestellt und vertrieben werden.

8. Paranova kaufte Partien der fünf Erzeugnisse auf, die von Bristol-Myers Squibb oder einer mit ihr verbundenen Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat als Dänemark in den Verkehr gebracht worden waren. Sie packte die Waren um und vertrieb sie in Dänemark, nachdem sie die fünf Erzeugnisse als Arzneimittelspezialitäten mit denselben Bezeichnungen, wie sie von Bristol-Myers Squibb verwendet wurden, in das dänische Spezialitätenregister hatte eintragen lassen. Die Capoten-Tabletten, die zur Senkung des Blutdrucks dienen, kaufte Paranova in Griechenland in Blisterstreifen und packte diese in von ihr selbst hergestellte äußere Verpakkungen um. Diese Verpackungen hatten gelbe und grüne Streifen in den gleichen Farben wie das von Bristol-Myers Squibb benutzte Werbematerial. Paranova druckte den Namen „Capoten" ohne das Markenzeichen 'R' auf die Verpackungen und gab an, daß die Erzeugnisse von Bristol-Myers Squibb hergestellt und von ihr selbst eingeführt und umgepackt worden seien.

9. Bei Diclocil, einem Antibiotikum zur Behandlung von Infektionen, ging Paranova ähnlich vor. Auch das von ihr umgepackte Diclocil war in Griechenland gekauft worden.

10. Vepesid und Vumon sind Arzneimittel gegen Krebs, die in Ampullen verkauft werden. Paranova kaufte Partien des ersteren im Vereinigten Königreich und Partien des letzteren in Spanien auf. Sie nahm die Ampullen aus ihren Verpackungen und überklebte auf jeder Ampulle das Etikett von Bristol-Myers Squibb mit einem Etikett, auf dem die Marke Bristol-Myers Squibb ohne das Markenzeichen ‚R' aufgedruckt war. Ferner stand auf den Etiketten, die Erzeugnisse seien „Hergestellt von Bristol-Myers Squibb" und „Eingeführt und umgepackt von Paranova". Die Ampullen wurden dann in die Originalverpackungen zurückgelegt und in äußere Verpackungen gepackt, die nicht von Bristol-Myers Squibb stammten. Die äußeren Verpackungen trugen die Markenzeichen und die vorgenannten Angaben darüber, wer die Erzeugnisse hergestellt und wer sie umgepackt hatte. Paranova wählte für die äußeren Verpackungen Farben, die den für die äußeren Verpackungen, in denen Bristol-Myers Squibb die Waren anbot, benutzten Verpackungen entsprachen. Sie nahm die (in englischer oder spanischer Sprache abgefaßten) Beipackzettel, die Bristol-Myers Squibb den Erzeugnissen beigelegt hatte, aus den Verpackungen und legte Beipackzettel auf dänisch ein, die die Marken trugen.

11. Mycostatin wird zur Behandlung von Pilzinfektionen des Mundes verwendet. Es wird in verschiedenen Formen angeboten. Paranova kaufte Partien auf, die in Portugal in Form einer in Flaschen aufgemachten Mischung verkauft wurden. Sie entfernte die äußere Originalverpackung, klebte ihr eigenes Etikett mit der Marke auf die Flaschen und legte die Flaschen in neue äußere Verpackungen, die die Marke „Mycostatin" trugen und die gleichen Farben hatten wie die Originalverpackung. Außerdem legte Paranova den Verpackungen ein Sprühgerät bei, das nicht von Bristol-Myers Squibb hergestellt war.

12. Paranova packt die Erzeugnisse um, um sie in den Packungsgrößen anbieten zu können, die von Bristol-Myers Squibb normalerweise in Dänemark verwendet werden. Die dänischen Apotheker sind grundsätzlich gehalten, Arzneimittel in der verschriebenen Menge abzugeben.

13. Bristol-Myers Squibb erhob Klage gegen Paranova beim Sø- og Handelsretten und beantragte u. a., es Paranova zu untersagen, die Marken von Bristol-Myers Squibb dadurch zu verletzen, daß sie sie ohne deren Zustimmung auf von ihr umgepackten Waren anbrachte. Paranova führte zu ihrer Verteidigung aus, ihr Vorgehen sei gemäß Artikel 7 der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 (Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, im folgenden: Richtlinie) [2] kein Verstoß gegen die Marke. Die genannte Vorschrift lautet:

„1. Die Marke gewährt ihrem 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 [3] der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist."

14. Artikel 7 der Richtlinie wurde in Dänemark durch § 6 des Gesetzes Nr. 341 durchgeführt, der Artikel 7 praktisch wörtlich übernimmt.

2 — ABl. 1989, L 40, S. 1.

3 — [Im Englischen: „commercialization"]. Das Wort „commercialization" scheint eine wörtliche Übersetzung des französischen „commercialisation" zu sein. Es wäre im Englischen normaler, von „further marketing of the goods" zu sprechen.

15. Das Sø- og Handelsretten hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 7 Absatz 1 der Ersten Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) dahin auszulegen, daß sich der Inhaber einer Marke, der eine Ware in einem Mitgliedstaat unter einer Marke in den Verkehr gebracht hat, nicht dagegen zur Wehr setzen kann, daß ein Dritter die Ware in einen anderen Mitgliedstaat einführt, um sie unter derselben Marke in den Verkehr zu bringen, selbst wenn dieser Dritte die innere Verpackung der Ware mit Etiketten versehen hat, auf denen die Marke wieder angebracht ist, und die ursprüngliche äußere Verpackung gegen eine neue ausgetauscht hat, auf der die Marke wieder angebracht ist, es sei denn, daß Artikel 7 Absatz 2 anwendbar ist?

   Es wird darauf hingewiesen, daß mit der Frage nicht eine Stellungnahme zu dem Fall begehrt wird, daß Artikel 36 Satz 2 gemäß den in der Rechtssache 102/77 aufgestellten Grundsätzen das Umpacken und das Wiederanbringen einer Marke möglicherweise rechtfertigt; die Frage geht lediglich dahin, ob Artikel 7 Absatz 1 so zu verstehen ist, daß damit nicht nur der Grundsatz der Erschöpfung des Rechts aus der Marke innerhalb der EG aufgestellt wird, sondern daß er auch eine allgemeine Einschränkung der übrigen Befugnisse enthält, die dem Markeninhaber bei einer Benutzung der Marke ohne seine Zustimmung zustehen.

2. Bei Bejahung der ersten Frage wird um Entscheidung darüber gebeten, ob Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 89/104/EWG nach der Durchführung impliziert, daß die in der Rechtssache 102/77 begründete und in der Folgezeit fortentwickelte Rechtsprechung des Gerichtshofes nur noch subsidiäre Bedeutung hat, da das Recht, die Ware umzupacken, in erster Linie aufgrund der dem Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften zu beurteilen sein wird.

3. Falls durch Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie Parallelimporteuren gestattet werden soll, die Marke wieder anzubringen, wird weiter gefragt, ob der Umstand, daß die Ware umgepackt worden ist, unter die „berechtigten Gründe" im Sinne des Artikel 7 Absatz 2 fällt.

   Besonders wird gefragt, ob es einen Unterschied macht, daß es sich nur um ein Umpacken und Wiederanbringen der Marke auf der äußeren, nicht auf der inneren Verpackung handelt.

4. Im Zusammenhang mit der Ausnahmebestimmung des Artikels 36 Satz 2 EWG-Vertrag und vor dem Hintergrund der Ausführungen des Gerichtshofes in der Rechtssache 102/77 wird gebeten, darzulegen, was bei einem bestimmten Erzeugnis als eine Aufspaltung des Marktes bezeichnet werden kann, insbesondere auf welche Umstände es bei der Beurteilung der Frage ankommt, ob für ein bestimmtes Erzeugnis in Verbindung mit dem vom Markeninhaber angewandten Vertriebssystem angenommen werden kann, daß eine „künstliche Abschottung" der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt.

b) Rechtssache C-429/93: Firma C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG und Boehringer Ingelheim A/S gegen Paranova A/S

16. Die Firmen C. H. Boehringer Sohn und Boehringer Ingelheim KG sind miteinander verbundene deutsche Gesellschaften, die Arzneimittel herstellen. Die Boehringer Ingelheim A/S ist die dänische Tochtergesellschaft der Boehringer Ingelheim KG. Sie vertreibt Boehringer-Erzeugnisse in Dänemark. Ich werde die drei Gesellschaften zusammen als „Boehringer" bezeichnen.

17. Boehringer hat die Marken „Boehringer Ingelheim", „Atrovent", „Berodual", „Berotec" und „Catapresan" in Dänemark eintragen lassen. Die erste Marke wird allgemein auf von Boehringer hergestellten Arzneimitteln angegeben. Die anderen vier werden zur Bezeichnung bestimmter Arzneimittel benutzt. Atrovent, Berodual und Berotec werden zur Behandlung von Bronchialasthma verwendet und werden in Aerosolinhalatoren verkauft. Boehringer stellt die Erzeugnisse in Deutschland her und vertreibt sie in der gesamten Gemeinschaft, jedoch mit unterschiedlichen Wirkstoffmengen. Catapresan wird für die Behandlung von Bluthochdruck benutzt. Es wird in Deutschland unter der Aufsicht von Boehringer in Form von Tabletten hergestellt, die in Blisterstreifen verpackt werden. Paranova kaufte Partien der vier vorgenannten Erzeugnisse in einem anderen Mitgliedstaat als Dänemark. Sie packte die Waren um und legte im Fall von Berodual und Berotec neue Beipackzettel ein, die in einer Sprache gehalten waren, die im Vorabentscheidungsverfahren als „skandinavisch" bezeichnet wird. Auf der neuen Verpackung wird als Hersteller „Boehringer Ingelheim" angegeben. Boehringer hatte es Paranova nicht gestattet, Waren in ihrem Namen herzustellen oder zu verpacken oder ihre Marken anzubringen. Paranova ließ die vier Erzeugnisse in Dänemark mit den von Boehringer verwendeten Spezialitätsbezeichnungen als neue Spezialitäten eintragen.

18. Boehringer erhob Klage beim Sø- og Handelsretten und beantragte u. a., es Paranova zu untersagen, die Marken der Klägerinnen dadurch zu verletzen, daß sie sie auf umgepackten Erzeugnissen anbringt. Das Sø- og Handelsretten hat dem Gerichtshof zwei Fragen vorgelegt, die denselben Wortlaut haben wie die ersten beiden Fragen in der Rechtssache C-427/93.

c) Rechtssache C-436/93: Bayer AG und Bayer Danmark A/S gegen Paranova

19. Die Berufungsklägerinnen in dieser Rechtssache sind die Bayer AG und die Bayer Danmark A/S. Die Bayer AG ist eine deutsche Gesellschaft, die Arzneimittel herstellt. Die Bayer Danmark A/S (im folgenden: Bayer Danmark) ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Bayer AG, die deren Erzeugnisse in Dänemark vertreibt. Die Bayer AG ließ die Marke „Bayer" in Deutschland, Dänemark und anderen Mitgliedstaaten eintragen. Sie ließ auch die Bezeichnung „Adalat" in allen Mitgliedstaaten eintragen. Adalat ist ein Arzneimittel zur Behandlung von Kreislauf- und Herzkrankheiten. Bayer Danmark vertrieb Adalat in Dänemark in Packungen mit 30 oder 100 Tabletten. Diese bestanden aus einer Reihe von Blisterstreifen mit je 10 Tabletten. Seit 1990 wurden in Dänemark nur Packungen mit 100 Tabletten verkauft. Die Bayer AG vertreibt Adalat in anderen Mitgliedstaaten; die Anzahl der in jeder Packung enthaltenen Tabletten variiert jedoch von Land zu Land. In Griechenland wird das Erzeugnis in Packungen mit 30 Tabletten (3 Blisterstreifen mit jeweils 10 Tabletten) verkauft. In Griechenland ist der Preis von Adalat erheblich niedriger als in Dänemark.

20. Am 19. November 1989 teilte Paranova Arzneimittelgroßhändlern in Dänemark mit, sie werde ab 3. Dezember 1990 in der Lage sein, Adalat in Packungen mit 100 Tabletten zu liefern. Paranova teilte Bayer Danmark mit Schreiben vom 3. Dezember 1990 mit, daß sie von nun an Adalat vertreibe. Die von Paranova in Dänemark vertriebenen Adalat-Tabletten werden aus Griechenland (wo sie von der griechischen Tochtergesellschaft der Bayer AG in den Verkehr gebracht worden sind) in Packungen mit 30 Tabletten importiert. Paranova packt sie in Packungen mit 100 Tabletten um und bringt den Namen „Adalat" auf der neuen Verpackung an, zusammen mit dem Hinweis, daß die Erzeugnisse von Bayer hergestellt und von Paranova eingeführt und umgepackt worden sind. Ein Warnhinweis auf der Seite der Pakkung, daß die Erzeugnisse vor Licht zu schützen sind, wurde nach dem Vorbringen der Berufungsklägerinnen erst angebracht, nachdem sie Paranova auf die Lichtempfindlichkeit des Erzeugnisses aufmerksam gemacht hatten. In der mündlichen Verhandlung hat der Rechtsanwalt von Paranova allerdings darauf hingewiesen, daß das von den Berufungsklägerinnen in den Verkehr gebrachte Originalprodukt keinen derartigen Hinweis enthalten habe.

21. Die Berufungsklägerinnen erhoben am 25. September 1991 Klage gegen Paranova beim Sø- og Handelsretten, das diese Klage abwies. Die Berufungsklägerinnen legten sodann ein Rechtsmittel zum Højesteret ein. Dieses hat dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Sind die Möglichkeiten des Inhabers einer Marke, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß ein Parallelimporteur die ursprüngliche Verpackung seiner Ware ganz oder teilweise gegen eine neue Verpackung austauscht, auf der der Parallelimporteur die Marke wieder anbringt, nach dem nationalen Markenrecht nur in Verbindung mit Artikel 7 Absätze 1 und 2 der

Ersten Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) oder auch in Verbindung mit Artikel 36 Sätze 1 und 2 EWG-Vertrag zu beurteilen?

2. Ist es für die Beurteilung der rechtlichen Schritte, die der Markeninhaber unternehmen kann, von Bedeutung, ob angenommen werden kann, daß im Zusammenhang mit dem Vertrieb der betreffenden Ware eine „künstliche Aufspaltung des Marktes" vorliegt?

Der Gerichtshof wird ersucht, gegebenenfalls darzulegen, welche Bedeutung eine solche Feststellung für die genannten rechtlichen Schritte hat.

3. Ist es bei Bejahung von Frage 2 für die Rechte des Markeninhabers von Bedeutung, ob er beabsichtigt hat, eine solche künstliche Aufspaltung des Marktes vorzunehmen oder auszunutzen?

Der Gerichtshof wird ersucht, gegebenenfalls darzulegen, welche Bedeutung eine solche Feststellung für die genannten Rechte hat.

4. Muß der Parallelimporteur im Zusammenhang mit Frage 3 beweisen oder wenigstens glaubhaft machen, daß eine solche Absicht bestanden hat, oder muß der Markeninhaber beweisen oder wenigstens glaubhaft machen, daß keine solche Absicht bestanden hat?

5. Ist schon das Wiederanbringen der Marke auf die in Frage 1 beschriebene Art und Weise als solches ein hinreichend berechtigter Grund im Sinne des Artikels 7 der Richtlinie, oder muß der Markeninhaber darüber hinaus weitere Umstände beweisen wie etwa den, daß der Zustand der Waren verändert oder verschlechtert ist, wenn sie vom Parallelimporteur in den Verkehr gebracht werden?

2. *Verbundene Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94: Eurim-Pharm*

22. Diese drei Rechtssachen sind dem Gerichtshof vom Bundesgerichtshof vorgelegt worden. In allen drei Fällen ist die Berufungsklägerin (und Beklagte in erster Instanz) die Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH (im folgenden: Eurim-Pharm). Eurim-Pharm ist eine deutsche Gesellschaft, die Arzneimittel vertreibt. In allen drei Fällen ist die Berufungsbeklagte eine deutsche Gesellschaft, die diese Erzeugnisse herstellt und verkauft.

a) Rechtssache C-71/94: Eurim-Pharm gegen Beiersdorf AG

23. Die Beiersdorf AG (im folgenden: Beiersdorf) stellt Tabletten her, die als Betablokker zur Behandlung von Bluthochdruck bekannt sind, und vertreibt sie in Deutschland unter dem Namen „Kerlone" aufgrund einer Lizenz des Unternehmens Laboratoires Synthelabo France (im folgenden: Synthelabo), das Inhaber der Marke „Kerlone" in Deutschland und anderen Ländern ist. Beiersdorf vertreibt Kerlone in Packungen von 50 oder 100 Tabletten entsprechend den Normgrößen nach einer Empfehlung verschiedener Fach- und Berufsverbände und von Krankenversicherungsinstitutionen in Deutschland. In Frankreich vertreibt Synthelabo Kerlone in Packungen mit 28 Tabletten entsprechend einer gesetzlichen Regelung, nach der nur Packungen zugelassen sind, die höchstens einen Monatsbedarf decken. Jede Packung enthält zwei Blisterstreifen mit je 14 Tabletten. Auf der Rückseite der Blisterstreifen sind die Wochentage in französischer Sprache so angegeben, daß je eine Tablette einem bestimmten Wochentag zugeordnet ist.

24. Seit Ende 1988 vertreibt Eurim-Pharm in Deutschland Kerlone-Tabletten, die sie aus Frankreich importiert, wo sie von Synthelabo in den Handel gebracht worden sind. Um die in Deutschland empfohlenen Normgrößen zu erreichen, muß sie die Waren umpacken. Da vierzehn kein Faktor von 50 oder 100 ist, kann dies nur dadurch geschehen ist, daß einige Blisterstreifen durchgeschnitten werden. Eurim-Pharm legt eine Anzahl von Blisterstreifen (einige vollständig und in ihren Originalverpackungen, andere durchgeschnitten und aus ihren Originalverpackungen entnommen) in einen von ihr gestalteten Umkarton, in den eine kleine Öffnung geschnitten worden ist, durch die das auf der Originalverpackung von Synthelabo aufgedruckte Zeichen „Kerlone" sichtbar wird. Der Umkarton enthält Informationen über die aktiven Stoffe sowie die Angabe, daß die Erzeugnisse von Eurim-Pharm importiert, abgepackt und vertrieben worden sind. Weiter ist darauf hinzuweisen, daß, soweit Blisterstreifen zerschnitten worden sind, die Zuordnung der einzelnen Tabletten zu bestimmten Wochentagen unvollständig wird.

25. Beiersdorf, die von Synthelabo ermächtigt worden ist, Ansprüche aus einer Verletzung der Marke „Kerlone" im eigenen Namen geltend zu machen, erhob vor den deutschen Gerichten eine Klage, mit der sie Schadensersatz und die Verurteilung von Eurim-Pharm zur Unterlassung der Verwendung der Marke „Kerlone" in der beschriebenen Art und Weise beantragte. Der Rechtsstreit kam schließlich vor den Bundesgerichtshof, der dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt hat:

1. Ist der Inhaber einer mit Wirkung für den Mitgliedstaat A international registrierten Marke (IR-Marke) gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf das Markenrecht zu verhindern, daß ein Importeur von der Markeninhaberin in dem Mitgliedstaat B mit der IR-Marke versehene und dort unter der IR-Marke in den Verkehr gebrachte, im Mitgliedstaat A verschreibungspflichtige Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den —

in dem Mitgliedstaat A herrschenden, auf einer Empfehlung von Spitzenverbänden (u. a. der pharmazeutischen Industrie) über therapiegerechte Packungsgrößen beruhenden, von den im Mitgliedstaat B auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Packungsgrößen abweichenden — Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur gestalteten äußeren Verpackung in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn in dieser Verpackung eine Originalverpackung mit Originalblistern aus dem Mitgliedstaat B sowie einzelne weitere beschnittene Originalblister enthalten sind und die Umverpackung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das die auf der Originalverpackung enthaltene IR-Marke sichtbar wird, wobei die Umverpackung zwar einen Hinweis auf die Abpackung und den Vertrieb durch den Importeur, jedoch keinen Hinweis auf den Hersteller aufweist? Ist es für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, daß die Originalblister auf ihrer Rückseite die (im Mitgliedstaat A fremdsprachige) Angabe der Tage zweier Wochen in ihrer Reihenfolge enthält, die durch das Beschneiden der Blister unvollständig wird?

2. Genügt es für die Annahme einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 36 EWG-Vertrag, daß die Geltendmachung des nationalen Zeichenrechts im Zusammenhang mit dem von dem IR-Markeninhaber angewandten Vermarktungssystem objektiv zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führt, oder ist hierfür der Nachweis erforderlich, daß der IR-Markeninhaber sein Markenrecht mit dem von ihm angewandten Vermarktungssystem mit dem Ziel einsetzt, eine künstliche Abschottung der Märkte zu bewirken?

b) Rechtssache C-72/94: Eurim-Pharm gegen Boehringer Ingelheim KG

26. Die Boehringer Ingelheim KG (im folgenden: Boehringer Ingelheim) ist Inhaberin der eingetragenen Marke „Mexitil" in Deutschland und Frankreich. Mexitil wird zur Behandlung von Herzrhythmusstörungen verwendet. Boehringer Ingelheim verkauft das Arzneimittel in Deutschland in Packungen von 20, 50 oder 100 entsprechend den in Deutschland empfohlenen Normgrößen. In Frankreich wird das gleiche Präparat in Lizenz von der Boehringer Ingelheim France SARL (im folgenden: Boehringer France) hergestellt, die zu demselben Konzern gehört wie Boehringer Ingelheim. Es wird dort in Packungen mit 30 Kapseln verkauft. Jede Packung enthält drei Blisterstreifen mit jeweils 10 Kapseln. Jeder Blisterstreifen soll den Bedarf des Patienten für 10 Tage decken und entspricht den französischen Rechtsvorschriften, wonach derartige Medikamente den 10-Tages- oder den Monatsbedarf decken müssen.

27. Eurim-Pharm importiert und vertreibt in Deutschland Mexitil, das in Frankreich von Boehringer France in den Verkehr gebracht wurde. Sie packt die Erzeugnisse so um, daß

sie Mexitil in Packungen mit 50 und 100 Kapseln verkaufen und sich so nach den empfohlenen Normgrößen richten kann. Um eine 50er-Packung herzustellen, legt sie in eine von ihr gestaltete Faltschachtel die französische Originalverpackung mit 30 Kapseln und zwei Originalblisterstreifen mit 10 Kapseln zusammen mit einem deutschsprachigen Beipackzettel und einem zusätzlichen Hinweisblatt. Die Faltschachtel weist eine rechteckige Öffnung auf, die gerade so groß ist, daß das auf der französischen 30er-Packung aufgebrachte Zeichen „Mexitil" sichtbar wird. Entsprechend verfährt sie bei der Herstellung von 100er-Packungen, außer daß sie in den Umkarton drei französische Originalverpackungen mit 30 Kapseln und einen Blisterstreifen mit 10 Kapseln legt. In beiden Fällen bringt sie Aufkleber auf den Originalverpackungen mit 30 Kapseln an. Auf diesen wird Eurim-Pharm als Importeur und Verkäufer genannt; als Wirkstoff wird Mexiletinhydrochlorid angegeben. Nach dem bisher Ausgeführten ist klar, daß Eurim-Pharm die Normgrößen von 50 und 100 erreichen kann, ohne die Originalblisterstreifen zu zerschneiden.

28. Boehringer Ingelheim ist der Auffassung, daß der Vertrieb der umgepackten Waren durch Eurim-Pharm einen Verstoß gegen ihre Marke darstelle und begehrt Schadensersatz und die Verurteilung zur Unterlassung. Der Bundesgerichtshof hat dem Gerichtshof mit Beschluß vom 27. Januar 1994 zwei Fragen vorgelegt. Die zweite Frage ist mit Frage 2 in der Rechtssache C-71/94 identisch. Die erste Frage lautet wie folgt:

1. Ist der Inhaber einer mit Wirkung für den Mitgliedstaat A international registrierten Marke (IR-Marke) gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf das Markenrecht zu verhindern, daß ein Importeur von der Markeninhaberin in dem Mitgliedstaat B mit der IR-Marke versehene und dort unter der IR-Marke in den Verkehr gebrachte, im Mitgliedstaat A verschreibungspflichtige Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den — in dem Mitgliedstaat A herrschenden, auf einer Empfehlung von Spitzenverbänden (u. a. der pharmazeutischen Industrie) beruhenden, von den im Mitgliedstaat B auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Packungsgrößen abweichenden — Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur gestalteten äußeren Verpackung in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn in dieser Verpakkung eine Originalverpackung mit Originalblistern aus dem Mitgliedstaat B sowie einzelne weitere beschnittene Originalblister enthalten sind und die Umverpakkung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das die auf der Originalverpackung enthaltene IR-Marke sichtbar wird, wobei die Umverpackung zwar einen Hinweis auf die Abpackung und den Vertrieb durch den Importeur, jedoch keinen Hinweis auf den Hersteller aufweist?

29. Diese Frage ist mit der ersten Frage in der Rechtssache C-71/94 fast identisch. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der letzte Satz, der sich auf die mögliche Erheblichkeit des Zerschneidens der Blisterstreifen bezieht, aus einleuchtenden Gründen wegfällt und daß die Worte „über therapiege-

rechte Packungsgrößen" gestrichen sind. Diese letztere Auslassung kann auf einem Schreibfehler beruhen. Eigenartigerweise wird in Frage 1 in der Rechtssache C-72/94 immer noch auf die Hinzufügung zerschnittener Blisterstreifen Bezug genommen, obwohl in diesem Fall keine Blisterstreifen zerschnitten worden sind. Auch dies mag auf einem Schreibfehler beruhen.

c) Rechtssache C-73/94: Eurim-Pharm gegen Farmitalia Carlo Erba GmbH

30. Die Farmitalia Carlo Erba GmbH (im folgenden: Farmitalia) ist die deutsche Tochtergesellschaft der italienischen Farmitalia Carlo Erba SRL. Diese ist Inhaberin des eingetragenen Warenzeichens „Sermion" in Deutschland, Spanien und Portugal. Farmitalia vertreibt in Deutschland in Lizenz ihrer Muttergesellschaft die Fertigarzneimittel „Sermion" (Wirkstoff: Nicergolin 5 mg) und „Sermion forte" (Wirkstoff: Nicergolin 10 mg), die zur Behandlung von Hirnleistungsstörungen verwendet werden. In Deutschland werden diese Erzeugnisse entsprechend den empfohlenen Normgrößen in Packungen mit 50 oder 100 Dragées verkauft.

31. In Portugal bringt die portugiesische Schwesterfirma von Farmitalia die 10-mg-Dosierung des Erzeugnisses unter der Bezeichnung „Sermion" (d. h. ohne den Zusatz des Wortes „forte") auf den Markt. Das Präparat wird in einer 60er-Packung vertrieben, die sechs Blisterstreifen mit je 10 Dragées enthält. Die Packungsgröße ist auf eine Behandlungsdauer von 20 Tagen bei einer Dosis von dreimal täglich einem Dragée zugeschnitten. Nach dem Vorlagebeschluß erreicht die Packungsgröße damit die Obergrenze dessen, was portugiesische Krankenkassen erstatten. In Spanien wird „Sermion" in der 5-mg-Dosierung in Packungen zu 45 Dragées in einem Blisterstreifen von der spanischen Schwestergesellschaft von Farmitalia vertrieben. Eurim-Pharm kauft Mengen von Sermion und Sermion forte auf, die in Spanien und Portugal von mit Farmitalia verbundenen Firmen in den Verkehr gebracht worden sind. Sie führt diese Erzeugnisse nach Deutschland ein und vertreibt sie in diesem Land, nachdem sie sie zunächst in Packungen mit 50 oder 100 Kapseln umgepackt hat. Bei den portugiesischen Packungen versieht sie die Blisterstreifen auf deren Rückseite mit einem Klebestreifen mit dem Aufdruck „Forte" und überdeckt die vordere sowie eine seitliche Schauseite der 60er-Originalverpackung mit Aufklebern. Die im übrigen unveränderte Originalverpackung bringt sie unter Hinzufügen von vier losen Blisterstreifen zu 10 Dragées in einen von ihr gestalteten Umkarton ein. In diesem befindet sich eine rechteckige Öffnung, die gerade so groß ist, daß in ihr das auf der portugiesischen Originalverpackung angebrachte Zeichen „Sermion" erscheint. Unterhalb dieser Öffnung ist das Wort „Forte" aufgedruckt. Der Umkarton enthält weiter die Angabe, daß die Waren von Eurim-Pharm eingeführt, abgepackt und vertrieben werden.

32. Die spanischen 45er-Originalverpackungen ergänzt Eurim-Pharm mit einem von einem spanischen Originalblister abgeschnittenen Streifen mit 5 Kapseln und legt einen deutschsprachigen Beipackzettel bei. Sie bringt einen Aufkleber mit ihrem Firmennamen nebst Adresse und weiteren

Angaben (Chargennummer, Haltbarkeitsdatum, Registriernummer u. a.) auf den ursprünglichen spanischen Packungen mit 45 Kapseln an. Die Rückseite der Packungen versieht sie mit einem Aufkleber mit den Angaben „Import und Vertrieb: Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH, 8235 Piding".

33. Farmitalia, die von ihrer Muttergesellschaft zum Vorgehen gegen Verletzungen ihres Markenrechts ermächtigt worden ist, sieht in den beschriebenen Praktiken eine Verletzung der Warenzeichen „Sermion" und „Sermion forte". Sie macht Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche geltend. Der Bundesgerichtshof hat dem Gerichtshof mit Beschluß vom 27. Januar 1994 zwei Fragen vorgelegt. Die zweite Frage stimmt mit der Frage 2 in den Rechtssachen C-71/94 und C-72/94 überein. Die erste Frage lautet wie folgt:

1. Ist der Inhaber eines im Mitgliedstaat A geltenden Warenzeichens gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf das Zeichenrecht zu verhindern, daß ein Importeur von einem mit dem Zeicheninhaber konzernverbundenen Unternehmen in dem Mitgliedstaat B mit dem Warenzeichen versehene und so dort in den Verkehr gebrachte, im Mitgliedstaat A verschreibungspflichtige Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den — in dem Mitgliedstaat A herrschenden, auf einer Empfehlung von Spitzenverbänden (u. a. der pharmazeutischen Industrie) über therapiegerechte Packungsgrößen beruhenden, von den im Mitgliedstaat B maßgebenden Packungsgrößen abweichenden — Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und

a) in einer vom Importeur gestalteten äußeren Verpackung in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn in dieser Verpackung eine Originalverpackung mit Originalblistern aus dem Mitgliedstaat B sowie einzelne weitere Originalblister enthalten sind und die Umverpackung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das das auf der Originalverpackung enthaltene Warenzeichen sichtbar wird, wobei die Umverpackung zwar einen Hinweis auf die Abpackung und den Vertrieb durch den Importeur, jedoch keinen Hinweis auf den Hersteller aufweist, oder

b) in der das Warenzeichen aufweisenden Originalverpackung aus dem Mitgliedstaat B im Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn diese vom Importeur durch Aufkleber mit dessen Firmennamen und weiteren Angaben

(Chargennummer, Haltbarkeitsdatum, Registriernummer u. a.) und die Beifügung eines von einem Originalblister abgeschnittenen Streifens mit fünf Dragees ergänzt worden ist?

3. *Rechtssache C-232/94: MPA Pharma GmbH gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*

34. Die Rhône-Poulenc Pharma GmbH (im folgenden: Rhône-Poulenc) ist eine deutsche Tochtergesellschaft der französischen Gesellschaft Rhône-Poulenc Rover SA, die Inhaberin des Warenzeichens „Orudis" für Arzneimittel in Deutschland und anderen Ländern ist. Sie vertreibt in Lizenz ihrer französischen Muttergesellschaft in Deutschland das Fertigarzneimittel „Orudis retard", ein verschreibungspflichtiges Antirheumatikum und ein Analgetikum, in Packungen mit 20, 50 und 100 Tabletten, die den empfohlenen deutschen Normgrößen entsprechen. Das Arzneimittel „Orudis retard" wird auch in Spanien vertrieben, wo es nur in Packungen mit 20 Tabletten (2 Blisterstreifen mit jeweils 10 Tabletten) von einer anderen Tochtergesellschaft der Rhône-Poulenc Rover SA vertrieben wird.

35. Die MPA Pharma GmbH (im folgenden: MPA) kauft Orudis retard, das von dem spanischen Mitglied des Rhône-Poulenc-Konzerns in Spanien auf den Markt gebracht worden ist, auf und vertreibt es in Deutschland in Packungen mit 50 Tabletten. Hierzu nimmt MPA die Blisterstreifen aus ihren ursprünglichen Verpackungen und legt fünf Blisterstreifen in eine neue, von ihr selbst gestaltete Verpackung. Auf jeder sichtbaren Seite der Packung befindet sich ein Aufkleber, der in deutscher Sprache folgende Angaben enthält:

„MPA Importarzneimittel

50 Retard-Tabletten des

Arzneimittels Orudis Retard

zum Einnehmen"

Auf einem Aufkleber auf einer Seite finden sich die Vermerke:

„Hersteller:

Rhône-Poulenc S. A. E.,

Spanien"

und

„Importeur und verantwortlicher

pharmazeutischer Unternehmer:

MPA Pharma GmbH, D-22946 Trittau".

Auf einer Seite der Packung steht der Hinweis:

„Der Inhalt der vorliegenden Packung Orudis retard wurde von Rhône-Poulenc Farma S. A. E., Alcorcón (Madrid) in Spanien produziert und von MPA Pharma GmbH, D-22946 Trittau, nach den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes der Bundesrepublik Deutschland nach Deutschland importiert und dort verpackt."

MPA fügt der Packung eine von ihr selbst gestaltete Gebrauchsinformation bei.

36. Rhône-Poulenc erhob vor dem Landgericht gegen MPA Klage auf Unterlassung des Vertriebs von umgepacktem Orudis retard mit der Begründung, das Verhalten von MPA stelle eine Verletzung des Warenzeichens dar. Das Landgericht gab der Klage statt. MPA legte Berufung beim Oberlandesgericht Köln ein, das dem Gerichtshof mit Beschluß vom 11. August 1994 zwei Fragen vorgelegt hat. Die erste Frage ist wortgleich mit der Frage 2 in der Rechtssache C-71/94 (mit dem einzigen — unerheblichen — Unterschied, daß sie nicht auf den Inhaber einer international eingetragenen Marke, sondern nur auf den Inhaber eines Warenzeichens Bezug nimmt).

Die zweite Frage des Oberlandesgerichts lautet wie folgt:

Ist von einer „verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" im Sinne von Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag auszugehen, wenn sich der Inhaber eines in den Mitgliedstaaten A und B geschützten Warenzeichens auf sein nationales Zeichenrecht beruft, um zu verhindern, daß ein Importeur von einem mit dem Zeicheninhaberkonzern verbundenen Unternehmen in dem Mitgliedstaat B mit dem Warenzeichen versehene und dort so in den Verkehr gebrachte — im Mitgliedstaat A verschreibungspflichtige — Arzneimittel aufkauft, diese neukonfektioniert und in einer von ihm gestalteten Verpackung, die er ohne Zustimmung des Zeicheninhabers mit dessen Warenzeichen versieht, im Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn zwar die Geltendmachung dieses Zeichenrechts zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führt (siehe Frage 1), wenn dargetan ist, daß das Umpacken den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen kann und der Inhaber des Warenzeichens auch vorher von dem Feilhalten des umgepackten Erzeugnisses unterrichtet worden ist und wenn weiterhin auf der neuen Packung nicht nur der Hersteller und Importeur, sondern auch angegeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde, wenn aber

a) der Hinweis, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde, nicht ausreichend deutlich auf der äußeren Verpackung angebracht ist, so daß er von den Verkehrskreisen übersehen werden kann,

und bzw. oder

b) weder aus der Angabe zum Umpackvorgang selbst noch aus der sonstigen Gestaltung der äußeren Verpackung hervorgeht, daß das Umpacken vom Importeur nicht mit Einverständnis des Warenzeicheninhabers bzw. dessen konzernverbundenen Unternehmen vorgenommen worden ist?

II. Die einschlägige Rechtsprechung und Gesetzgebung

37. Die vorliegenden Rechtssachen werfen das grundlegende Problem auf, ob und unter welchen Voraussetzungen der Inhaber einer Marke, der es gestattet hat, daß mit der Marke versehene Erzeugnisse in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden, unter Berufung auf die Marke unterbinden kann, daß die Erzeugnisse in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt und dort verkauft werden, nachdem sie von Dritten ohne seine Zustimmung umgepackt worden sind.

38. Vor einer Prüfung dieser Frage ist festzustellen, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften einschlägig sind. In einigen der Rechtssachen ergibt sich klar aus dem Wortlaut der vorgelegten Fragen, daß das vorlegende Gericht davon ausgeht, daß die Rechtsstreitigkeiten nach den Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr (Artikel 30 und 36) zu entscheiden sind. In anderen Fällen setzen die vorgelegten Fragen die Anwendbarkeit der Richtlinie voraus.

39. Ich möchte nunmehr die einschlägige Rechtsprechung zu den Artikeln 30 und 36 zusammenfassen und sodann die anwendbaren Vorschriften der Richtlinie prüfen.

1. *Die Rechtsprechung zu den Artikeln 30 und 36 des Vertrages*

40. Artikel 30 des Vertrages verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Nach Artikel 36 Satz 1 des Vertrages steht Artikel 30 Verboten oder Beschränkungen nicht entgegen, die zum Schutz des gewerblichen oder kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Nach Artikel 36 Satz 2 dürfen diese Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

41. Es ist klar, daß es eine mengenmäßige Beschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Artikels 30 darstellt, wenn einem Markeninhaber gestattet wird, seine Marke dazu zu benutzen, die Einfuhr und den Verkauf von Erzeugnissen, die sich

in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig im Verkehr befinden, zu unterbinden. Somit ist — wenn man davon ausgeht, daß die Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr anwendbar sind — zu prüfen, ob ein solches Vorgehen zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt ist.

42. Natürlich gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung zur Anwendung des Artikels 36 im Zusammenhang mit gewerblichen Schutzrechten. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß der Inhaber eines solchen Rechts (einschließlich des Markenrechts) sich nicht auf dieses berufen kann, um die Einfuhr und den Verkauf von Erzeugnissen zu verhindern, die mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht worden sind. Dieser Grundsatz, der als „Erschöpfung des Rechts aus der Marke" bezeichnet wird, wurde zuerst im Urteil Deutsche Grammophon [4] aufgestellt und seither bei zahlreichen Gelegenheiten bestätigt, zuletzt in der Rechtssache IHT Internationale Heiztechnik [5].

43. In zwei Urteilen hat der Gerichtshof die Anwendung dieses Grundsatzes auf Arzneimittel untersucht, die ohne Zustimmung des Markeninhabers umgepackt worden waren. Der Rechtssache Hoffmann-La Roche [6] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Hoffmann-La Roche vertrieb ein Arzneimittel unter der Marke „Valium" in Deutschland in für Einzelabnehmer bestimmten Packungen zu 20 oder 50 Tabletten sowie in 5er-Packungen zu 100 oder 250 Tabletten für Krankenhäuser. Ihre Tochtergesellschaft im Vereinigten Königreich vertrieb das gleiche Erzeugnis im Vereinigten Königreich in Packungen zu 100 oder 500 Tabletten zu erheblich niedrigeren Preisen. Centrafarm vertrieb in Deutschland Valium, das sie im Vereinigten Königreich in Originalverpackungen aufgekauft und in neue Packungen mit 1000 Tabletten umgefüllt hatte, die mit der Marke von Hoffmann-La Roche und dem Hinweis versehen wurden, daß das Erzeugnis durch Centrafarm in den Verkehr gebracht worden sei. Centrafarm bekundete außerdem die Absicht, die Tabletten in kleinere, für den Verkauf an Einzelabnehmer bestimmte Packungen umzufüllen.

44. Hoffmann-La Roche versuchte, diese „Parallelimporte" unter Berufung auf ihre Marke zu verhindern. Das Landgericht Freiburg war der Auffassung, daß das Verhalten von Centrafarm nach deutschem Recht eine Verletzung der Marke von Hoffmann-La Roche darstelle. Es ersuchte um Vorabentscheidung über die Frage, ob ein Markeninhaber unter derartigen Umständen nach Artikel 36 des Vertrages befugt ist, unter Berufung auf die Marke Parallelimporte zu verhindern. Der Gerichtshof führte in seinem Urteil aus, daß der Vertrag zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaats eingeräumten gewerblichen Schutzrechte nicht berühre, die Ausübung dieser Rechte aber sehr wohl je nach den Umständen durch die Verbotsnormen des Vertrages beschränkt werden könne. Denn als Ausnahme von einem der grundlegenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes erlaube Artikel 36 Beschränkungen des freien Warenverkehrs nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt seien, die

4 — Rechtssache 78/70 (Slg. 1971, 487, Randnr. 13).
5 — Rechtssache C-9/93 (Slg. 1994, I-2789, Randnr. 34).
6 — Rechtssache 102/77 (Slg. 1978, 1139).

den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachten (Randnr. 6). Der Gerichtshof führte weiter aus:

„7 Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts läßt sich namentlich dahin kennzeichnen, daß der Inhaber durch das ausschließliche Recht, ein Erzeugnis in den Verkehr zu bringen und dabei das Warenzeichen zu benutzen, Schutz vor Konkurrenten erlangt, die unter Mißbrauch der aufgrund des Warenzeichens erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit diesem Zeichen versehene Erzeugnisse veräußern. Für die Beantwortung der Frage, ob dieses ausschließliche Recht die Befugnis umfaßt, sich der Anbringung des Warenzeichens durch einen Dritten nach Umpacken des Erzeugnisses zu widersetzen, ist die Hauptfunktion des Warenzeichens zu berücksichtigen, die darin besteht, 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. Diese Herkunftsgarantie schließt ein, daß der Verbraucher oder Endabnehmer sicher sein darf, daß an einem ihm angebotenen gekennzeichneten Erzeugnis nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Warenzeicheninhabers ein Eingriff vorgenommen wurde, der den Originalzustand des Erzeugnisses berührt hat. Das dem Zeicheninhaber eingeräumte Recht, sich jeder Benutzung des Warenzeichens zu widersetzen, welche die so verstandene Herkunftsgarantie verfälschen könnte, gehört somit zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts.

8 Es ist daher nach Artikel 36 Satz 1 gerechtfertigt, daß dem Zeicheninhaber das Recht eingeräumt wird, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß der Importeur eines Markenerzeugnisses nach dem Umpacken der Ware das Warenzeichen ohne Zustimmung des Zeicheninhabers auf der neuen Verpackung anbringt.

9 Es ist jedoch noch zu prüfen, ob die Ausübung dieses Rechts eine ‚verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten' im Sinne von Artikel 36 Satz 2 darstellen kann. Eine derartige Beschränkung könnte sich u. a. daraus ergeben, daß der Inhaber des Warenzeichens das gleiche Erzeugnis in verschiedenen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Verpackung auf den Markt bringt und sich dabei auf die aus dem Warenzeichen fließenden Rechte beruft, um das Umpacken durch einen Dritten zu verhindern, selbst wenn dieses unter solchen Bedingungen vorgenommen wird, daß die Ursprungsidentität der gekennzeichneten

Ware und deren Originalzustand dadurch nicht beeinträchtigt werden können. Es geht also um die Frage, ob das Umpacken eines Markenerzeugnisses — wie Centrafarm es im vorliegenden Fall vorgenommen hat — geeignet ist, den Originalzustand des Erzeugnisses zu beeinträchtigen.

10 Die Antwort hierauf muß je nach den Umständen, insbesondere nach der Art des Erzeugnisses und dem beim Umpacken angewandten Verfahren, verschieden ausfallen. In vielen Fällen beeinträchtigt das Umpacken schon wegen der Art der Ware unvermeidlich deren Zustand, während es in anderen Fällen die mehr oder weniger offenkundige Gefahr mit sich bringt, daß die Ware Manipulationen oder Einflüssen ausgesetzt wird, die ihren Originalzustand berühren. Es ist jedoch auch denkbar, daß das Umpacken unter Bedingungen erfolgt, die den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen können. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Inhaber des Warenzeichens das Erzeugnis in einer doppelten Verpackung in den Verkehr gebracht hat und sich das Umpacken nur auf die äußere Verpackung bezieht, während die innere Hülle unberührt bleibt, oder wenn das Umpacken von einer Behörde überwacht wird, um die einwandfreie Beschaffenheit der Ware zu gewährleisten. Wird die Herkunftsgarantie als Hauptfunktion des Warenzeichens auf diese Weise gewahrt, könnte der Umstand, daß der Inhaber sein Warenzeichenrecht ausübt, um den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, eine verschleierte Beschränkung im Sinne von Artikel 36 Satz 2 des Vertrages darstellen, wenn erwiesen ist, daß die Geltendmachung des Warenzeichenrechts durch den Inhaber unter Berücksichtigung des von ihm angewandten Vermarktungssystems zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen würde.

11 Diese Feststellung ist zwar im Interesse des freien Handelsverkehrs geboten, sie bedeutet aber auch, daß dem Kaufmann, der das eingeführte Erzeugnis mit dem auf der neuen Verpackung ohne Zustimmung des Zeicheninhabers angebrachten Warenzeichen verkauft, eine Befugnis eingeräumt wird, die unter normalen Umständen dem Zeicheninhaber selbst vorbehalten ist. Im Interesse des Zeicheninhabers als des Eigentümers der Marke und um ihn gegen jeden Mißbrauch zu schützen, darf diese Befugnis daher nur zugestanden werden, sofern dargetan ist, daß das Umpacken den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen kann.

12 Im Hinblick auf das Interesse des Zeicheninhabers daran, daß der Verbraucher nicht über die Herkunft der Ware irregeführt wird, darf dem Kaufmann die Befugnis, die eingeführte Ware mit dem auf der neuen Verpackung angebrachten Warenzeichen zu verkaufen, darüber hinaus nur zuerkannt werden, sofern er den Zeicheninhaber vorher unterrichtet und auf der Packung deutlich darauf hinweist, daß die Ware von ihm umgepackt wurde.

13 Aus den vorstehenen Erwägungen folgt, daß es — vorbehaltlich der Beurteilung der sich im Einzelfall ergebenden tatsächlichen Fragen — für die Beantwortung der in Rede stehenden zeichenrechtlichen Frage unerheblich ist, daß sich die von dem innerstaatlichen Gericht vorgelegte Frage ausschließlich auf Arzneimittel bezieht."

Dementsprechend hat der Gerichtshof wie folgt entschieden:

„a) Es ist im Sinne von Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag gerechtfertigt, wenn sich der Inhaber eines in zwei Mitgliedstaaten gleichzeitig geschützten Warenzeichenrechts dagegen zur Wehr setzt, daß ein in einem dieser Staaten rechtmäßig mit dem Warenzeichen versehenes Erzeugnis nach dem Umfüllen in eine neue Packung, auf der das Warenzeichen durch einen Dritten angebracht wurde, in dem anderen Mitgliedstaat auf den Markt gebracht wird.

b) Diese Abwehr stellt jedoch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 36 Satz 2 des Vertrages dar,

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

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

— wenn der Inhaber des Warenzeichens vorher von dem Feilhalten des umgepackten Erzeugnisses unterrichtet wird und

— wenn auf der neuen Packung angegeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde."

45. Die zweite Rechtssache, in der sich der Gerichtshof mit der Rechtmäßigkeit der Benutzung einer Marke zur Verhinderung

von Parallelimporten von umgepackten Arzneimitteln beschäftigte, war die Rechtssache Pfizer [7]. Dieser Rechtssache lag folgender Sachverhalt zugrunde: Pfizer vertrieb ein Antibiotikum unter der Marke „Vibramycin" durch ihre Tochtergesellschaften in Deutschland und im Vereinigten Königreich. Die von ihr in diesen beiden Ländern benutzten Verpackungen waren unterschiedlich, und die angewandten Preise waren im Vereinigten Königreich erheblich niedriger. Eurim-Pharm importierte Vibramycin, das im Vereinigten Königreich von Pfizer in Verpackungen, die eine bestimmte Anzahl von Blisterstreifen enthielten, in den Verkehr gebracht worden war, nach Deutschland und verkaufte es dort. Jeder Blisterstreifen enthielt fünf Kapseln. Auf der Folie, die auf jedem Blisterstreifen aufgeschweißt war, waren die Worte „Vibramycin Pfizer" sichtbar. Eurim-Pharm entnahm die Blisterstreifen aus der äußeren Originalverpackung des Herstellers und verpackte die einzelnen Blisterstreifen in neue, von ihr entworfene Faltschachteln, ohne die Streifen oder ihren Inhalt zu verändern. Die Vorderseite dieser Schachtel hatte ein Klarsichtfenster, durch das die auf der Folie des Originalstreifens enthaltene Bezeichnung „Vibramycin Pfizer" sichtbar war. Auf der Rückseite der Schachteln stand ein Hinweis darauf, daß die Erzeugnisse von der Tochtergesellschaft von Pfizer im Vereinigten Königreich hergestellt und von Eurim-Pharm eingeführt und umgepackt worden waren. In die Schachtel wurde ein den deutschen Vorschriften entsprechender Beipackzettel eingelegt. Pfizer erhob vor einem deutschen Gericht Unterlassungsklage, um Eurim-Pharm daran zu hindern, das umgepackte Vibramycin in den Verkehr zu bringen, da ein solches Verhalten eine Verletzung ihrer Marke darstelle. Das Landgericht Hamburg ersuchte den Gerichtshof um Vorabentscheidung.

7 — Rechtssache 1/81 (Slg. 1981, 2913).

46. In seinem Urteil wiederholte der Gerichtshof die Ausführungen, die er in der Rechtssache Hoffmann-La Roche über den spezifischen Gegenstand und die Hauptfunktion der Marke und über ihre Rolle als Ursprungsgarantie gemacht hatte. Weiter führte er aus:

„10 Eine solche Benutzung des Warenzeichens, welche die Herkunftsgarantie verfälschen könnte, liegt jedoch dann nicht vor, wenn, wie es hier nach den Feststellungen des nationalen Gerichts und dem Wortlaut seiner Vorlagefrage der Fall ist, ein Parallelimporteur ein pharmazeutisches Erzeugnis in der Weise umpackt, daß er lediglich die äußere Verpackung ersetzt, ohne die innere Verpackung zu berühren, und daß er das vom Hersteller auf der inneren Verpackung angebrachte Warenzeichen durch die neue äußere Verpackung sichtbar macht.

11 Unter diesen Umständen bringt das Umpacken nämlich keine Gefahr mit sich, daß die Ware Manipulationen oder Einflüssen ausgesetzt wird, die ihren Originalzustand berühren, und der Verbraucher oder Endabnehmer kann über deren Herkunft nicht irregeführt werden; dies gilt insbesondere dann, wenn wie im vorliegenden Fall der Parallelimporteur auf der äußeren Verpackung deutlich darauf hinweist, daß das Erzeugnis von einer Tochtergesellschaft des Warenzeicheninhabers hergestellt worden und von ihm neu verpackt worden ist.

12 Der Umstand, daß der Parallelimporteur in die äußere Verpackung einen Beipackzet-

tel eingelegt hat, führt zu keiner anderen Beurteilung."

47. Eine andere Rechtssache, die indirekt von Bedeutung ist, ist die Rechtssache Centrafarm/American Home Products Corporation [8], in der der Standpunkt des Gerichtshofes dem in der Rechtssache Hoffmann-La Roche/Centrafarm stark ähnelte. Die American Home Products Corporation verkaufte das gleiche Arzneimittel unter der Bezeichnung „Serenid" im Vereinigten Königreich und unter der Bezeichnung „Seresta" in den Niederlanden. Centrafarm kaufte Arzneimittel, die die American Home Products Corporation im Vereinigten Königreich unter der Bezeichnung „Serenid" in den Verkehr gebracht hatte, auf und kennzeichnete sie neu mit der Bezeichnung „Seresta", bevor sie sie in den Niederlanden in den Verkehr brachte. Nach niederländischem Recht war dies eine Verletzung der Marke. Es kam zu einem Rechtsstreit vor einem niederländischen Gericht, das um Vorabentscheidung darüber ersuchte, ob die Berufung auf eine Marke unter derartigen Umständen mit den Gemeinschaftsvorschriften über den freien Warenverkehr vereinbar war. Der Gerichtshof führte aus:

„18 Es ist daher im Sinne des Artikels 36 Satz 1 gerechtfertigt, dem Inhaber eines in einem Mitgliedstaat geschützten Warenzeichens das Recht einzuräumen, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß eine Ware unter dem fraglichen Warenzeichen von einem Dritten in diesem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wird, selbst wenn diese Ware zuvor in einem anderen Mitgliedstaat unter einem anderen, dort demselben Inhaber zustehenden Warenzeichen zulässigerweise in den Verkehr gebracht worden ist.

19 /22 Es ist jedoch noch zu prüfen, ob die Ausübung dieses Rechts eine ‚verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten' im Sinne von Artikel 36 Satz 2 darstellen kann. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß es legitime Gründe für den Hersteller einer Ware geben kann, in mehreren Mitgliedstaaten unterschiedliche Warenzeichen für die gleiche Ware zu verwenden. Andererseits ist es möglich, daß eine solche Praktik vom Inhaber der Warenzeichen im Rahmen eines Vertriebssystems befolgt wird, das darauf abzielt, die Märkte künstlich abzuschotten. In einem solchen Falle würde es eine verschleierte Beschränkung des Binnenhandels der Gemeinschaft im Sinne der vorgenannten Bestimmung darstellen, wenn der Inhaber sich gegen eine nicht genehmigte Verwendung des Warenzeichens durch einen Dritten zur Wehr setzte.

23 Es obliegt dem Tatrichter, im Einzelfall zu entscheiden, ob nachgewiesen ist, daß

8 — Rechtssache 3/78 (Slg. 1978, 1823).

verschiedene Warenzeichen für die gleiche Ware vom Inhaber dieser Zeichen mit dem Ziel verwendet werden, die Märkte abzuschotten."

48. Ich möchte diesen Rechtsprechungsüberblick mit der Bemerkung abschließen, daß der Gerichtshof im Urteil HAG GF („HAG II") [9] nachdrücklichere Ausführungen über die Rolle von Marken in einer entwickelten Wirtschaft gemacht hat. Er hat dort ausgeführt:

„Was das Warenzeichenrecht angeht, ist festzustellen, daß dieses Recht ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs ist, das der Vertrag schaffen und erhalten will. In einem solchen System müssen die Unternehmen in der Lage sein, die Kundschaft durch die Qualität ihrer Erzeugnisse oder ihrer Dienstleistungen an sich zu binden, was nur möglich ist, wenn es Kennzeichen gibt, mit deren Hilfe sich diese Erzeugnisse und Dienstleistungen identifizieren lassen. Damit das Warenzeichen diese Aufgabe erfüllen kann, muß es die Gewähr bieten, daß alle Erzeugnisse, die mit ihm versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann."

2. Die Richtlinie 89/104 des Rates

49. Die Richtlinie wurde aufgrund des Artikels 100a des Vertrages erlassen. Sie bezweckt, Unterschiede zwischen dem in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Markenrecht zu beseitigen, „durch die der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr behindert und die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt verfälscht werden können" (erste Begründungserwägung). Das Wort „Erste" im Titel der Richtlinie impliziert, daß die durch die Richtlinie bewirkte Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften nicht als abschließend angesehen wird. Dies wird durch die dritte Begründungserwägung bestätigt, wo es heißt: „Es erscheint gegenwärtig nicht notwendig, die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen. Es ist ausreichend, wenn sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränkt, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken."

50. Artikel 5 der Richtlinie regelt die Rechte aus der Marke. Er bestimmt, soweit hier erheblich, folgendes:

„(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität

9 — Rechtssache C-10/89 (Slg. 1990, I-3711, Randnr. 13).

oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfaßten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird;

(2) ...

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

a) das Zeichen auf Waren oder deren Aufmachung anzubringen;

b) unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen;

c) Waren unter dem Zeichen einzuführen oder auszuführen;

d) das Zeichen in den Geschäftspapieren und in der Werbung zu benutzen.

...“

Artikel 6 Absatz 1 bestimmt:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten,

a) ...

b) ...

c) die Marke, falls dies notwendig ist, als Hinweis auf die Bestimmung einer Ware, insbesondere als Zubehör oder Ersatzteil, oder einer Dienstleistung

im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.“

51. Die Erschöpfung des Rechts ist in Artikel 7 geregelt, den ich bereits in Nummer 13 der vorliegenden Schlußanträge wiedergegeben habe.

52. Artikel 16 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am

28. Dezember 1991 nachzukommen. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

(2) Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission den in Absatz 1 genannten Zeitpunkt bis spätestens zum 31. Dezember 1992 verschieben.

..."

53. Der Rat übte die ihm in Artikel 16 Absatz 2 verliehene Befugnis durch Erlaß der Entscheidung 92/10/EWG [10] aus und verschob das Ende der Frist für die Durchführung der Richtlinie auf den 31. Dezember 1992.

3. *Das Verhältnis zwischen den Vertragsvorschriften und der Richtlinie*

54. Das Verhältnis zwischen den Artikeln 30 und 36 des Vertrages und den Bestimmungen der Richtlinie ist in einigen der beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen ausführlich erörtert worden. Die Erörterung hat sich auf die Frage konzentriert, ob die Bestimmungen der Richtlinie die Vertragsvorschriften ersetzt oder nur ergänzt haben. Meines Erachtens ist es, sobald der Gemeinschaftsgesetzgeber besondere Vorschriften über die Wirkungen einer Marke und insbesondere über die Erschöpfung erlassen hat, logisch, eine Lösung in den einschlägigen Vorschriften zu suchen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Artikel 30 und 36 des Vertrages völlig außer acht zu lassen wären. Vielmehr ist die Richtlinie anhand der Vertragsvorschriften auszulegen. Sollte ein Konflikt zwischen ihnen und der Richtlinie bestehen, so wäre dieser in der Weise zu lösen, daß den Vertragsvorschriften, die eine primäre Rechtsquelle sind, Vorrang einzuräumen wäre. Eine nach Artikel 100a des Vertrages zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassene Richtlinie könnte eindeutig nicht die Regeln des Vertrages über den freien Warenverkehr abändern. Mit Sicherheit könnte eine Richtlinie Hindernisse im Handel zwischen Mitgliedstaaten, die andernfalls gegen die Artikel 30 und 36 des Vertrages verstoßen würden, nicht rechtfertigen. Glücklicherweise besteht, wie ich zu zeigen versuchen werde, kein Konflikt zwischen den Vertragsvorschriften und den Bestimmungen der Richtlinie.

55. An diesem Punkt ist auf zwei weitere Fragen einzugehen, nämlich auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie und ihre zeitliche Geltung.

10 — ABl. L 6, S. 35.

56. Was die erste Frage betrifft, ist es nunmehr gesicherte Rechtsprechung, daß eine Richtlinie keine sogenannte unmittelbare horizontale Wirkung entfalten kann; die Berufung auf sie ist mit anderen Worten nur in Verfahren gegen den Staat oder eine öffentliche Körperschaft möglich [11]. Die nationalen Gerichte sind jedoch verpflichtet, die nationalen Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung einer Richtlinie auszulegen, damit das von der Richtlinie vorgeschriebene Ergebnis, soweit dies möglich ist, erreicht wird [12]. Diese Verpflichtung gilt nicht nur für nationale Rechtsvorschriften, die speziell zur Durchführung einer Richtlinie erlassen worden sind, sondern auch für andere nationale Rechtsvorschriften einschließlich derer, die vor Erlaß der Richtlinie ergangen sind.

57. Was die zeitliche Geltung der Richtlinie angeht, ist unbestritten, daß sie in den von den dänischen Gerichten vorgelegten Rechtssachen anwendbar ist. Dänemark hat Rechtsvorschriften zur Durchführung der Richtlinie vor Ablauf der für ihre Durchführung festgesetzten Frist — 31. Dezember 1992 — erlassen. Diese Vorschriften sind natürlich anhand der Richtlinie auszulegen, selbst hinsichtlich des Zeitraums zwischen ihrem Erlaß und dem Ablauf der Frist für die Durchführung der Richtlinie [13].

58. In Deutschland wurde die Richtlinie nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist umgesetzt. Nach den schriftlichen Erklärungen von Boehringer war sie zum Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärungen im Juni 1994 immer noch nicht durchgeführt worden. Die Kommission trägt vor, die Richtlinie sei in den deutschen Rechtssachen nicht anwendbar, da die Einfuhren, die zu dem Rechtsstreit geführt hätten, vor dem 31. Dezember 1992 erfolgt seien. Soweit Schadensersatz für angebliche Markenverletzungen vor diesem Zeitpunkt begehrt wird, ist dieses Vorbringen der Kommission zweifellos richtig, wenn man von der Voraussetzung — die ich akzeptiere — ausgeht, daß die Verpflichtung der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Recht anhand der Richtlinie auszulegen, vor Ablauf der Frist für die Durchführung einer Richtlinie nur hinsichtlich der Rechtsvorschriften gilt, die speziell zur Durchführung der Richtlinie erlassen worden sind. Man muß jedoch berücksichtigen, daß die Markeninhaber in allen vorliegenden Rechtssachen sowohl die Verurteilung zur Unterlassung als auch Schadensersatz begehren. Während Schadensersatz einen Ausgleich für in der Vergangenheit begangene Rechtsverletzungen darstellt, ist die Verurteilung zur Unterlassung ein Mittel, die Begehung oder Wiederbegehung einer Rechtsverletzung in der Zukunft zu verhindern. Jede nach Erlaß einer Vorabentscheidung in den vorliegenden Rechtssachen von den nationalen Gerichten angeordnete

11 — Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 46), Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325) und Rechtssache C-316/93 (Vaneetveld, Slg. 1994, I-763).

12 — Rechtssache 14/83 (von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) und Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8).

13 — Siehe Prechal, *Directives in European Community law: a study of directives and their enforcement in national courts*, Oxford 1995, S. 207; siehe auch meine Schlußanträge in der Rechtssache C-156/91 (Hansa Fleisch Ernst Mundt, Slg. 1992, I-5567, Nr. 23).

Unterlassung wird sich notwendigerweise auf die Zeit nach dem 31. Dezember 1992 beziehen. Nach diesem Zeitpunkt gilt die Verpflichtung der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Recht anhand der Richtlinie auszulegen, nicht nur für die besonderen Durchführungsvorschriften, sondern für *alle* Vorschriften des innerstaatlichen Rechts. Somit müssen die deutschen Gerichte bei der Entscheidung darüber, ob sie die von den Markeninhabern begehrten Verurteilungen zur Unterlassung aussprechen sollen, versuchen, die einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts so auszulegen, daß das von der Richtlinie vorgeschriebene Ziel erreicht wird.

III. Die Erschöpfung der Rechte bei umgepackten Waren

59. Ich werde zuerst die Rechtslage nach den Artikeln 30 und 36 des Vertrages prüfen und sodann untersuchen, ob die Richtlinie etwas daran geändert hat.

1. *Das Umpacken im Licht der Vertragsvorschriften*

a) Die Grundlage der Erschöpfung: Inverkehrbringen in der Gemeinschaft mit Zustimmung des Markeninhabers

60. Grundlage des Erschöpfungsprinzips ist der Gedanke, daß der Handel in ungerechtfertigter Weise behindert würde, wenn die Inhaber von Immaterialgüterrechten befugt wären, diese Rechte dazu zu benutzen, den weiteren Vertrieb von Waren zu kontrollieren, nachdem sie das Eigentum an den Waren freiwillig auf andere Personen übertragen haben. Die Ausschließlichkeit, die einer Marke, einem Patent, einem Geschmacksmuster, einem Urheberrecht usw. beigemessen wird, gilt nur für den ersten Verkauf; der Inhaber des Rechts muß seinen Gewinn aus diesem Verkauf ziehen und verzichtet auf die Befugnis, spätere Eigentümer der Waren daran zu hindern, diese weiterzukaufen oder anderweit nach ihrem Gutdünken darüber zu verfügen.

61. Der Erschöpfungsgrundsatz oder etwas Ähnliches existiert in den meisten Rechtsordnungen und ist typischerweise nur auf Erzeugnisse anwendbar, die im Inland vertrieben werden. Der Gerichtshof hat entsprechend der sich aus dem Vertrag ergebenden Grundidee des einheitlichen Marktes ständig eine gemeinschaftsweite Theorie der Erschöpfung angewandt: Jeder Verkauf innerhalb des Gemeinschaftsgebiets mit Zustimmung des Inhabers eines Immaterialgüterrechts führt zur Erschöpfung dieses Rechts. Dieser Standpunkt findet seine Rechtfertigung darin, daß, wenn der Inhaber des Rechts befugt wäre, die Einfuhr und den Verkauf von Erzeugnissen zu unterbinden, die in einem anderen Mitgliedstaat durch ihn oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt sind, ihm die Möglichkeit eröffnet würde, die nationalen Märkte abzuriegeln und auf diese Weise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken, ohne daß eine derartige Beschränkung notwendig wäre, um das Recht in seiner Substanz zu erhalten [14]. Für die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes kommt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht darauf an, ob der Inhaber des Rechts einen angemessenen Gewinn aus dem Verkauf erzielt, sondern ob er seine Zustimmung dazu erteilt [15].

14 — Rechtssache 187/80 (Merck, Slg. 1981, 2063, Randnrn. 10 und 11) und Rechtssache 19/84 (Pharmon, Slg. 1985, 2281, Randnrn. 25 und 30).

15 — Siehe z. B. Rechtssache 15/74 (Centrafarm, Slg. 1974, 1147, Randnr. 12).

62. In allen vorliegenden Rechtssachen gehört der sich den Paralleleinfuhren widersetzende Markeninhaber zu demselben Konzern wie das Unternehmen, das die Waren hergestellt und in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht hat. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Markeninhaber dem Inverkehrbringen der fraglichen Waren zugestimmt haben: Diese fallen unter die Formulierung „Erzeugnisse, die von ein und demselben Unternehmen, von einem Lizenznehmer, von einer Muttergesellschaft, von einer Tochtergesellschaft desselben Konzerns oder aber von einem Alleinvertriebshändler in den Verkehr gebracht" worden sind, die der Gerichtshof in der Rechtssache IHT Internationale Heiztechnik/Ideal Standard [16] benutzt hat, um die Fälle zu bezeichnen, in denen der Erschöpfungsgrundsatz Anwendung findet. Es ist zu prüfen, ob irgendwelche Gründe dafür sprechen, diesen Grundsatz in den vorliegenden Fällen nicht anzuwenden.

b) Sind die beiden Arten des Umpackens wirklich verschieden?

63. In der bisherigen Rechtsprechung ging es um zwei Fälle, die ich der Einfachheit halber als „Fall A" und „Fall B" bezeichnen werde. Im Fall A nimmt der Parallelimporteur die Erzeugnisse aus ihren äußeren Originalverpackungen und legt sie, ohne die innere Verpackung zu verändern, in neue äußere Verpackungen, auf denen er die Marke anbringt. Auch im Fall B ersetzt der Parallelimporteur die äußere Verpackung; anstatt die Marke auf der neuen äußeren Verpackung anzubringen, gestaltet er diese Verpackung jedoch so, daß die vom Markeninhaber auf der inneren Verpackung angebrachte Marke sichtbar bleibt.

64. Der Gerichtshof hat den Fall A in der Rechtssache Hoffmann-La Roche/Centrafarm geprüft. [17] Um den Fall B ging es in der Rechtssache Pfizer/Eurim-Pharm. [18] In der erstgenannten Rechtssache hat der Gerichtshof die Grundregel aufgestellt, daß der Zeicheninhaber nach Artikel 36 Satz 1 befugt ist, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß der Importeur eines Markenerzeugnisses nach dem Umpacken der Ware das Warenzeichen ohne Zustimmung des Zeicheninhabers auf der neuen Verpackung anbringt (Randnr. 8). Diese Regel beruhte darauf, daß die Herkunftsgarantie einschließt, daß der Verbraucher sicher sein darf, daß an einem gekennzeichneten Erzeugnis nicht durch einen Dritten ohne Zustimmung des Warenzeicheninhabers ein Eingriff vorgenommen wurde, der den Originalzustand des Erzeugnisses berührt hat (Randnr. 7). Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, daß diese Grundregel nicht mehr anwendbar ist, wenn eine verschleierte Beschränkung im Sinne des Artikels 36 Satz 2 vorliegt; eine derartige Beschränkung könnte sich daraus ergeben, daß der Markeninhaber das gleiche Erzeugnis in verschiedenen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Verpackung auf den Markt bringt und sich dabei auf die Marke beruft, um das Umpacken durch einen Dritten zu verhindern, selbst wenn dieses unter solchen Bedingungen vorgenommen wird, daß die Ursprungsidentität der Markenware und deren Originalzustand dadurch nicht beeinträchtigt werden können (Randnr. 9).

16 — A. a. O. (Fußnote 5).

17 — A. a. O. (Randnr. 6).

18 — A. a. O. (Randnr. 7).

65. In der Rechtssache Pfizer vertrat der Gerichtshof die Auffassung, daß das Umpakken im Fall B die Hauptfunktion der Marke als Ursprungsgarantie nicht beeinträchtigen konnte, da es den Zustand der Waren nicht beeinträchtigen konnte und nicht geeignet war, den Verbraucher hinsichtlich des Warenursprungs irrezuführen; deshalb bestand kein Grund, es dem Inhaber der Marke zu gestatten, sich Parallelimporten zu widersetzen. Zu diesem Ergebnis ist der Gerichtshof offensichtlich aufgrund von Artikel 36 Satz 1 gekommen, ohne daß er das Problem einer verschleierten Beschränkung nach Artikel 36 Satz 2 zu prüfen brauchte.

66. Meines Erachtens wäre es nicht zweckmäßig, zwischen Fall A und Fall B streng zu unterscheiden. Ich glaube auch nicht, daß die Rechtsprechung dahin zu verstehen ist, daß sie eine strenge Unterscheidung trifft. Zwischen den beiden Fällen besteht offensichtlich, was den wesentlichen Punkt betrifft, kein großer Unterschied. Dies wird vielleicht klarer werden, wenn wir ein einfacheres Beispiel betrachten, das von dem etwas speziellen Arzneimittelmarkt weit entfernt ist. Stellen wir uns z. B. vor, die Firma X kauft eine große Anzahl eines sehr bekannten kohlensäurehaltigen Getränks auf, das von der Coca Cola Company in Kartons abgepackt wurde, von denen jeder 100 Dosen mit dem aufgedruckten Warenzeichen „Coca Cola" enthält, und das im Mitgliedstaat A in den Verkehr gebracht worden ist. Die Firma X entfernt die äußere Verpackung, stellt zwölf Dosen des Getränks in einen Karton und schreibt auf dessen Außenseite: „12 Dosen Coca Cola, hergestellt von der Coca Cola Company, Atlanta, USA, umgepackt von der Firma X". Wenn die Firma X das Erzeugnis sodann in den Mitgliedstaat B einführt, bestünde dann irgendeine Rechtfertigung, es dem Inhaber der Marke „Coca Cola" zu gestatten, derartige Paralleleinfuhren zu verhindern? Hätte die Rechtfertigung mehr Gewicht, wenn die Firma X zwölf Dosen Coca Cola in einen Karton mit Zellophanöffnungen stellen würde, durch die die Marke auf den Dosen sichtbar wäre?

67. Meines Erachtens ist schwer ersichtlich, welche Gründe dafür bestehen könnten, Paralleleinfuhren in dem einen Fall entgegenzutreten und in dem anderen nicht. In keinem Fall mißbraucht die Firma X den Goodwill der Firma Coca Cola oder stellt ihre eigenen Erzeugnisse als Erzeugnisse eines anderen hin. In keinem der beiden Fälle beeinträchtigt das Umpacken die Eignung der Marke, als Ursprungsgarantie zu funktionieren. In beiden Fällen steht außerdem fest, daß das Umpacken die Qualität der Erzeugnisse nicht beeinträchtigten kann.

68. Anders wäre es natürlich, wenn die Firma X Coca Cola in 100-Liter-Fässern aufkaufen und das Getränk dann in Dosen umfüllen würde, auf denen sie die Marke anbringen würde. Dann gäbe es keine Möglichkeit, sicherzustellen, daß das Umpacken die Qualität des Erzeugnisses nicht beeinträchtigt. Das Getränk könnte verunreinigt oder verfälscht sein, und die Funktion der Marke als Ursprungsgarantie wäre eindeutig beeinträchtigt. Dies legt den Gedanken nahe, daß der entscheidende Gesichtspunkt für die Feststellung, ob der Markeninhaber berechtigt ist, sich Paralleleinfuhren von umgepackten Waren zu widersetzen, nicht der ist, ob der Parallelimporteur die Marke auf den Waren anbringt oder lediglich zuläßt, daß die Originalmarke sichtbar bleibt, sondern ob er so mit den Erzeugnissen umgeht, daß man

nicht mehr sicher sein kann, daß ihr Originalzustand nicht beeinträchtigt worden ist.

69. Dies wird in der Tat durch eine genauere Prüfung der Überlegungen des Gerichtshofes im Urteil Hoffmann-La Roche bestätigt. In dem Teil des Urteils, in dem die Grundregel aufgestellt wird, daß der Markeninhaber den Verkauf umgepackter Waren, auf denen die Marke ohne seine Zustimmung angebracht worden ist, verhindern kann, hat der Gerichtshof das Problem des Umpackens in ganz allgemeinen Worten behandelt. In den Randnummern 7 und 8 des Urteils wird nicht auf die besonderen Umstände des Falles Bezug genommen, und die dort aufgestellte Regel soll eindeutig für die Art von Fällen gelten, in denen die Erzeugnisse so umgepackt worden sind, daß ihr Originalzustand beeinträchtigt worden sein kann (wie z. B. in dem von mir in Nr. 68 geschilderten Fall).

70. Erst in dem folgenden Teil des Urteils (Randnrn. 9 und 10) ist der Gerichtshof auf die besondere Situation in der Rechtssache Hoffmann-La Roche eingegangen, nämlich den Umstand, daß der Markeninhaber in verschiedenen Mitgliedstaaten verschiedene Verpackungen benutzt, die Waren in zwei Verpackungen verpackt sind und nur die äußere Verpackung ausgetauscht wird. Aus diesem Teil des Urteils in Verbindung mit dem Urteil in der Rechtssache Pfizer ergibt sich, daß die Marke nicht dazu benutzt werden darf, den Verkauf umgepackter Waren zu verhindern, wenn die Benutzung verschiedener Verpackungen in verschiedenen Mitgliedstaaten zu einer Aufspaltung des Marktes geführt hat und das Umpacken den Originalzustand der Erzeugnisse nachweislich nicht beeinträchtigen kann. Dies ist meines Erachtens eine zutreffende Auslegung des Artikels 6, und zwar aus Gründen, die ich im folgenden Abschnitt erläutern werde.

c) Die wirkliche Grundlage für eine Beschränkung der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei umgepackten Erzeugnissen

71. Was meint Artikel 36 genau, wenn er Handelsbeschränkungen gestattet, die „aus Gründen ... des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind", vorausgesetzt, daß sie weder ein Mittel zur „willkürlichen Diskriminierung" noch eine „verschleierte Beschränkung" des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen? Zur Beantwortung dieser Frage im Zusammenhang mit Beschränkungen aufgrund von Markenrechten ist es erforderlich, sich die grundlegende Frage zu stellen, weshalb der Markenschutz überhaupt existiert.

72. Alle fortgeschrittenen Rechtsordnungen gewähren den Händlern das Recht, für ihre Waren bestimmte unterscheidende Zeichen und Symbole zu benutzen. Sie tun dies, a) um es den Händlern zu ermöglichen, den Ruf ihrer Erzeugnisse zu schützen und die rechtswidrige Zueignung ihres Goodwill durch skrupellose Konkurrenten zu verhindern, die andernfalls möglicherweise versucht wären, ihre eigenen Erzeugnisse als Erzeugnisse eines anderen Händlers mit einem wohlerworbenen Ruf auszugeben, und, b) um es den Verbrauchern zu ermöglichen, kundige Kaufentscheidungen aufgrund der Annahme zu treffen, daß Erzeugnisse,

die unter demselben Namen verkauft werden, auch aus derselben Quelle stammen und unter normalen Umständen eine einheitliche Qualität aufweisen werden. Somit bezweckt das Markenrecht, die Interessen nicht nur des Markeninhabers, sondern auch des Verbrauchers zu schützen. Soweit die Marke die Interessen ihres Inhabers dadurch schützt, daß sie es ihm ermöglicht, Konkurrenten daran zu hindern, einen ungerechtfertigten Vorteil aus seinem kaufmännischen Ruf zu ziehen, werden die dem Inhaber zustehenden ausschließlichen Rechte in der Sprache des Gerichtshofes als „spezifischer Gegenstand" der Marke bezeichnet. Soweit die Marke die Interessen der Verbraucher dadurch schützt, daß sie garantiert, daß alle mit der Marke versehenen Waren denselben kaufmännischen Ursprung haben, spricht der Gerichtshof von der „Hauptfunktion" der Marke. Diese beiden Aspekte des Markenschutzes sind natürlich zwei Seiten derselben Medaille.

73. Es ist unter keinen Umständen der Zweck der Marken, Händlern dabei zu helfen, den Gemeinsamen Markt aufzuteilen, Preisunterschiede zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten aufrechtzuerhalten und künstliche Schranken für den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu errichten oder zu verstärken. Werden Preisunterschiede durch Gegebenheiten verursacht, die sich der Kontrolle des Herstellers entziehen, wie gesetzliche Preiskontrollen oder Vorschriften über die Erstattung von Krankheitskosten, so ist es verständlich, daß sich der Hersteller in seinem Recht verletzt fühlen wird, wenn Waren, die er in einem Mitgliedstaat zu einem kontrollierten Preis in den Verkehr gebracht hat, den Weg auf den Markt in einem anderen Mitgliedstaat finden, wo theoretisch ein freier Markt besteht, die Freiheit des Herstellers jedoch dadurch eingeschränkt wird, daß er dem Wettbewerb durch Paralleleinfuhren seiner eigenen Erzeugnisse entgegentreten muß.

74. Die tatsächliche Wirkung des freien Warenverkehrs ist in einem solchen Zusammenhang gewissermaßen die, daß die Preisregelung eines Landes in den Rest des Gemeinsamen Marktes exportiert wird. Die Hersteller mögen dies zwar als unfair ansehen, doch kann es ihnen nicht das Recht geben, Paralleleinfuhren von Erzeugnissen, die der Markeninhaber unter der Geltung eines gesetzlichen Preiskontrollsystems in den Verkehr gebracht hat, unter Berufung auf die Marken zu verhindern. Es ist keinesfalls die Funktion der Marken, durch unterschiedliche Preisvorschriften verursachte Verzerrungen zu beseitigen.

75. Nach ständiger Rechtsprechung wird der Erschöpfungsgrundsatz nicht allein deshalb unanwendbar, weil die fraglichen Waren in einem Mitgliedstaat, wo Preiskontrollen bestehen, in den Verkehr gebracht worden sind. In der Rechtssache Centrafarm/Winthrop [19] hat der Gerichtshof ausgeführt, daß der Markeninhaber nicht befugt ist, unter Berufung auf die Marke Paralleleinfuhren von Waren zu unterbinden, die er selbst unter der Marke in einem anderen Mitgliedstaat, in dem eine Preisaufsicht besteht, in den Verkehr gebracht hat. In der Rechtssache Centrafarm/Sterling Drug [20] hat der Gerichtshof entschieden, daß der Inhaber von Parallelpatenten in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich nicht berechtigt war, unter Berufung auf das niederländische Patent zu verhindern, daß Arzneimittel, die er im Vereinigten Königreich, wo gesetzliche Preiskontrollen bestanden, in den Verkehr gebracht hatte, in die Niederlande eingeführt werden.

19 — Rechtssache 16/74 (Slg. 1974, 1183).

20 — Siehe Fußnote 15.

76. Soweit es um Patente geht, mag die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes in einem solchen Fall deshalb zu kritisieren sein, weil der eigentliche Zweck eines Patents (oder sein spezifischer Gegenstand) darin besteht, es dem Inhaber zu ermöglichen, eine angemessene Vergütung für seinen Beitrag zum wissenschaftlichen Fortschritt zu erhalten, und der Inhaber möglicherweise keine angemessene Vergütung erhält, wenn ihm nicht gestattet wird, seine eigenen Verkaufspreise festzusetzen. Diese Kritik kann jedoch für Marken nicht gelten, da sie einen völlig anderen Zweck haben. Keines der Interessen, die durch eine Marke geschützt werden (d. h. der spezifische Gegenstand und die Hauptfunktion der Marke, wie sie oben in Nummer 72 definiert worden sind), wird durch Vorschriften beeinträchtigt, die die Freiheit des Markeninhabers, seine eigenen Verkaufspreise festzusetzen, einschränken. Die Funktion der Marke als Ursprungsgarantie wird nicht beeinträchtigt, nur weil der Erschöpfungsgrundsatz auf Waren angewandt wird, die zu einem vorgeschriebenen Preis in den Verkehr gebracht worden sind.

77. Bei der Untersuchung, welche Handelsbeschränkungen durch Artikel 36 aus Gründen des Markenschutzes gestattet sind, muß man sich ständig die oben in Nummer 72 genannten Interessen vor Augen halten. Diese sind gegen den grundlegenden Zweck des Artikels 30, sicherzustellen, daß die Waren in der Gemeinschaft frei zirkulieren können und daß der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht mehr als notwendig behindert wird, abzuwägen. Dies meint der Gerichtshof, wenn er, wie schon so oft geschehen, ausführt, daß Artikel 36 als Ausnahme von einem grundlegenden Prinzip eng auszulegen ist und nur zugunsten von Beschränkungen herangezogen werden kann, die erforderlich sind, um den spezifischen Gegenstand eines gewerblichen Schutzrechts zu schützen.

78. Deshalb ist zur Klärung der Frage, ob der Markeninhaber sich Paralleleinfuhren umgepackter Waren widersetzen kann, folgendes zu prüfen: Ist der Zustand der Waren so verändert worden, daß sie in Wirklichkeit nicht mehr als Erzeugnisse des Markeninhabers angesehen werden können, so daß der Parallelimporteur ungerechtfertigterweise aus der Bekanntheit der Marke Nutzen ziehen würde? Ist der Zustand der Waren so verändert worden, daß ihr weiterer Vertrieb unter der Marke deren Ruf ungerechtfertigterweise schädigen könnte? Können die Verbraucher getäuscht werden in dem Sinn, daß sie möglicherweise annehmen, daß die Erzeugnisse unter der Aufsicht des Markeninhabers hergestellt worden sind und deshalb die normalerweise mit der Marke verbundene Qualität besitzen, während tatsächlich aufgrund des Umpackens so mit ihnen umgegangen worden ist, daß ihre ursprüngliche Qualität möglicherweise beeinträchtigt worden ist? Mit anderen Worten: Ist die Funktion der Marke als Ursprungsgarantie beeinträchtigt?

79. Ist eine dieser Fragen zu bejahen, so ist der Markeninhaber berechtigt, sich Paralleleinfuhren umgepackter Waren zu widersetzen. Sind dagegen alle diese Fragen zu verneinen, so ist schwer ersichtlich, mit welcher Rechtfertigung es gestattet werden kann, den freien Warenverkehr unter Berufung auf den Markenschutz zu behindern. Mit Sicherheit sind einige der zusätzlichen Gesichtspunkte, auf die sich die Markeninhaber in den vorliegenden Fällen berufen, unerheblich. Der Umstand, daß sie erhebliche Geldsummen für die Förderung ihrer Erzeugnisse in Dänemark und Deutschland ausgegeben haben, kann sie nicht berechtigen, den Wettbewerb durch Waren, die sie selbst in anderen Mitgliedstaaten in den Verkehr gebracht

haben, auszuschalten zu suchen. Ebenso unerheblich ist aus den oben angegebenen Gründen der Umstand, daß sie ihre Erzeugnisse in anderen Mitgliedstaaten wegen gesetzlicher Preiskontrollen oder Vorschriften über die Erstattung von Krankheitskosten zu niedrigeren Preisen haben verkaufen müssen.

d) Der Begriff der verschleierten Beschränkung

80. Die Markeninhaber machen in den vorliegenden Verfahren gestützt auf die Urteile des Gerichtshofes Hoffmann-La Roche/Centrafarm und Centrafarm/American Home Products Corporation [21] geltend, daß eine weitere Voraussetzung erfüllt sein müsse, ehe sie ihr Recht verlören, sich Paralleleinfuhren umgepackter Waren, an denen die Marke ohne ihre Zustimmung angebracht worden sei, zu widersetzen: Es müsse feststehen, daß sie durch die Verwendung unterschiedlicher Verpackungen in verschiedenen Mitgliedstaaten bewußt versucht hätten, den Markt künstlich aufzuspalten und dadurch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten herbeizuführen.

81. Ich bin mit diesem Vorbringen nicht einverstanden. Wenn das Umpacken so vorgenommen wird, daß es die Funktion der Marke als Ursprungsgarantie nicht beeinträchtigt und den Ruf der Marke nicht schädigt, gibt es keinen überzeugenden Grund dafür, es dem Parallelimporteur nur zu gestatten, die umgepackten Erzeugnisse zu verkaufen, wenn er dartun kann, daß der Markeninhaber absichtlich verschiedene Verpackungen gewählt hat, um den Markt künstlich aufzuspalten.

82. Das soll nicht heißen, daß das Thema der verschleierten Beschränkung bedeutungslos wäre, oder gar, daß Artikel 36 Satz 2 nicht existierte. Die beiden Sätze des Artikels 36 sind meines Erachtens als ein Ganzes zu sehen. Es ist falsch, Satz 2 als Ausnahme von einer in Satz 1 aufgestellten allgemeinen Regel anzusehen (oder, wie Boehringer Ingelheim und Farmitalia ausführen, als eine Ausnahme von der Ausnahme, wenn man davon ausgeht, daß Artikel 30 die allgemeine Regel aufstellt und Artikel 36 Satz 1 eine Ausnahme davon enthält). Eine Maßnahme ist entweder aus einem der in Artikel 36 aufgeführten Gründe gerechtfertigt, oder sie ist es nicht. Einer der Gesichtspunkte, die bei der Prüfung der Rechtfertigung berücksichtigt werden müssen, ist der, ob die Maßnahme zu einer verschleierten Beschränkung führt, mit anderen Worten, ob sie, obwohl sie scheinbar dem gewerblichen Rechtsschutz dienen soll, in Wirklichkeit auf einen anderen Zweck ausgerichtet ist, der mit dem Markenschutz nichts zu tun hat. Benutzt ein Markeninhaber die Marke, um Paralleleinfuhren seiner eigenen Erzeugnisse zu unterbinden, wenn der Verkauf dieser Waren weder die durch den spezifischen Gegenstand geschützten Interessen bedroht noch die Hauptfunktion der Marke als einer Ursprungsgarantie beeinträchtigt, so entsteht unvermeidlich die Vermutung, daß die Marke zu irgendeinem anderen Zweck benutzt wird, z. B. um eine Aufspaltung des Gemeinsamen Marktes herbeizuführen oder zu verstärken und es dem Markeninhaber zu ermöglichen, Preisunterschiede in den verschiedenen Mitgliedstaaten aufrechtzuerhalten. Daß es wegen der Vorschriften über die Größen von Arzneimittelpackungen zu einer

21 — A. a. O. (Fußnote 8).

solchen Aufspaltung kommt, ist meines Erachtens unerheblich. Wenn ein Markeninhaber Nutzen aus einer Situation zieht, die sich aus Umständen ergibt, die sich seiner Kontrolle entziehen, und sich auf seine Marke stützt, um Paralleleinfuhren zu unterbinden, obwohl die Unterbindung dieser Einfuhren nicht aus Gründen des Markenschutzes erforderlich ist, ist sein Verhalten als mißbräuchliche Ausübung des Markenrechts und als verschleierte Handelsbeschränkung anzusehen.

83. Obwohl der Gerichtshof im Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm von einer *künstlichen* Aufspaltung des Marktes gesprochen hat, hat er nicht gesagt, daß eine verschleierte Handelsbeschränkung nur dann vorliegt, wenn der Markeninhaber bewußt versucht, den Markt durch die Benutzung verschiedener Verpackungen aufzuspalten. Der Gerichtshof hat ausgeführt, daß eine verschleierte Beschränkung vorliegt, wenn erwiesen ist, daß „die Geltendmachung des Warenzeichenrechts durch den Inhaber unter Berücksichtigung des von ihm angewandten Vermarktungssystems zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen würde" [22]. Obwohl diese Formulierung nicht ganz eindeutig ist, impliziert sie wohl einen im wesentlichen objektiven Maßstab. Soweit ein subjektives Element vorausgesetzt wird, reicht der bloße Umstand aus, daß der Markeninhaber sich auf eine Marke beruft, um Paralleleinfuhren zu unterbinden, die den spezifischen Gegenstand oder die Hauptfunktion der Marke nicht bedrohen. Die Markeninhaber irren sich, wenn sie glauben, eine Aufspaltung des Marktes aufgrund von Gegebenheiten, die sich ihrer Kontrolle entziehen, beliebig ausnutzen zu können. Es wäre jedenfalls unlogisch und nicht praktikabel, den Beweis einer bewußten Absicht zu verlangen, den Markt durch die Benutzung verschiedener Verpakkungen aufzuspalten. Eine solche Absicht ist wohl schwer oder überhaupt nicht beweisbar. Ein Parallelimporteur, der Waren umpacken möchte, muß in der Lage sein, mit einem vernünftigen Maß an Gewißheit festzustellen, ob er dies rechtmäßigerweise tun kann. Die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens darf nicht von subjektiven Intentionen anderer Personen abhängen.

84. Schließlich möchte ich darauf hinweisen, daß zwischen dem Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm und dem einige Monate später erlassenen Urteil Centrafarm/American Home Products Corporation hinsichtlich der Absicht, den Markt aufzuspalten, ein deutlicher Gegensatz besteht. In dem späteren Urteil hat der Gerichtshof nämlich klargemacht, daß der Parallelimporteur, wenn der Markeninhaber für das gleiche Erzeugnis in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Marken benutzt, nicht berechtigt ist, eine Marke durch eine andere zu ersetzen, außer wenn mit der Verwendung unterschiedlicher Marken bewußt versucht wird, den Markt aufzuspalten [23]. Es scheint mir jedoch, daß schwierigere Probleme auftreten, wenn der Parallelimporteur die Marke und nicht nur die Verpackung austauscht. Hier sind verschiedene Lösungen ins Auge zu fassen.

22 — Randnr. 10 des Urteils.

23 — Randnrn. 21 bis 23.

e) Die vom Parallelimporteur zu erfüllenden zusätzlichen Voraussetzungen

85. In der Rechtssache Hoffmann-La Roche/Centrafarm hat der Gerichtshof entschieden, daß ein Parallelimporteur, der die Marke auf umgepackten Erzeugnissen anbringt, den Markeninhaber zuvor vom Vertrieb des umgepackten Erzeugnisses informieren und auf der neuen Verpackung angeben muß, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde. In der Rechtssache C-232/94 ist vorgetragen worden, daß die umgepackte Ware außerdem die Angabe enthalten müsse, daß das Umpacken ohne Zustimmung des Inhabers der Marke stattgefunden hat. Die in den verbundenen Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94 vorgelegten Fragen implizieren, daß Nichtangabe des Herstellers auf der neuen Packung möglicherweise ein Grund ist, es dem Markeninhaber zu gestatten, sich Paralleleinfuhren zu widersetzen.

86. Der genaue Grund für das Erfordernis, daß der Markeninhaber vorher von dem Umpacken unterrichtet werden muß, geht aus dem Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm nicht eindeutig hervor, und es mag Fälle geben, in denen eine solche Unterrichtung überflüssig wäre. Im allgemeinen erscheint dies jedoch nicht als ein unangemessenes Erfordernis, zumindest was Arzneimittel betrifft. Es kann dadurch gerechtfertigt sein, daß es dem Markeninhaber dadurch erleichtert wird, die Echtheit der umgepackten Waren nachzuprüfen und auf diese Weise die Tätigkeit von Fälschern zu bekämpfen. Wenn Markenwaren in verschiedenen Teilen der Gemeinschaft in nicht vertrauter Aufmachung erscheinen würden, könnte es für den Markeninhaber schwierig sein, festzustellen, ob die Erzeugnisse echt sind. Diese Aufgabe wird bis zu einem gewissen Grad erleichtert, wenn das Umpakken und die Identität des dafür verantwortlichen Unternehmens dem Markeninhaber vorher mitgeteilt worden sind. Die Fälschungsgefahr ist aus Sicht der Allgemeinheit bei Arzneimitteln besonders ernst zu nehmen.

87. Ich würde noch etwas weiter gehen als der Gerichtshof im Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm und meinen, daß ein Unternehmen, das Markenarzneimittel umpackt, den Markeninhaber nicht nur vorher unterrichten, sondern ihm auch ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung stellen muß, so daß dieser auf eventuelle Unzulänglichkeiten hinweisen und deren Beseitigung verlangen kann. Die Originalverpackung enthält möglicherweise wichtige Informationen (z. B., daß das Arzneimittel lichtempfindlich ist, bei einer bestimmten Temperatur und außerhalb der Reichweite von Kindern aufbewahrt werden muß usw.). Der Markeninhaber sollte das Recht haben, sich dem Vertrieb umgepackter Waren zu widersetzen, wenn derartige Informationen auf der neuen Packung fehlen. Einige dieser Angaben müssen ohnehin gemäß Artikel 2 der Richtlinie 92/27/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln [24] auf der äußeren Verpackung von Arzneimitteln gemacht werden.

88. Das Erfordernis, daß das umgepackte Erzeugnis Angaben über die Identität des für das Umpacken verantwortliche Unterneh-

24 — ABl. 1992, L 113, S. 8.

mens enthalten muß, ist offensichtlich gerechtfertigt. Ohne eine derartige Angabe würde der Eindruck erweckt, daß der Markeninhaber für die neue Packung und ihre eventuellen Defekte verantwortlich ist. Ein Parallelimporteur, der das Umpacken vornimmt, muß angeben, welche Rolle er bei der Veränderung des Aussehens des Erzeugnisses gespielt hat. Dagegen halte ich es nicht für erforderlich, anzugeben, daß das Umpakken ohne Zustimmung des Markeninhabers erfolgt ist. Eine derartige Angabe, die zwangsläufig dahin aufgefaßt würde, daß das umgepackte Erzeugnis nicht völlig ordnungsgemäß ist, ist nicht erforderlich, um die Wirkung der Marke als Ursprungsgarantie zu sichern. Ich halte es auch nicht für wesentlich, daß der Name des Herstellers auf der neuen Verpackung angegeben wird. Obwohl der Parallelimporteur normalerweise eine solche Information wird einschließen wollen, ist schwer ersichtlich, wie ihr Fehlen die Funktion der Marke beeinträchtigen oder den Interessen des Markeninhabers abträglich sein kann, zumindest dann, wenn dieser auf der ursprünglichen inneren Verpackung als Hersteller der Waren angegeben ist.

f) Allgemeine Schlußfolgerung

89. Aufgrund dieser Erwägungen komme ich zu folgender allgemeiner Schlußfolgerung:

Werden mit einer Marke versehene Waren in einem Mitgliedstaat mit Zustimmung des Markeninhabers in den Verkehr gebracht und kauft ein Dritter diese Waren auf, legt sie in eine neue äußere Verpackung, auf der er die Marke anbringt oder durch die die auf der inneren Verpackung angebrachte Marke weiterhin sichtbar ist, und vertreibt er die umgepackten Waren in einem anderen Mitgliedstaat, so kann der Markeninhaber diesen Vertrieb nicht unter Berufung auf die Marke unterbinden, es sei denn, daß durch die Art und Weise des Umpackens der ursprüngliche Zustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann. Wer die Waren umpackt, muß den Markeninhaber grundsätzlich davon unterrichten und ihm ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung stellen. Er muß außerdem auf dem umgepackten Erzeugnis angeben, daß er für das Umpacken verantwortlich ist, braucht jedoch den Hersteller der Waren nicht zu nennen und auch nicht anzugeben, daß der Markeninhaber seine Zustimmung zum Umpacken nicht erteilt hat.

2. Das Umpacken im Licht der Richtlinie

90. Artikel 7 der Richtlinie führt meines Erachtens zu demselben Ergebnis.

91. Die Formulierung des Artikels 7 hat sich eindeutig an der Rechtsprechung des Gerichtshofes orientiert, in der der Erschöpfungsgrundsatz aufgestellt wurde. Dies ergibt sich aus der Wortwahl und der Überschrift

über dem Artikel: „Erschöpfung des Rechts aus der Marke". Artikel 7 sollte sicherstellen, daß der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung in das interne Recht der Mitgliedstaaten übernommen würde, von denen einige davon ausgingen, daß die Erschöpfung geistiger Urheberrechte nur durch das Inverkehrbringen innerhalb ihres Hoheitsgebiets eintritt.

92. So sieht Artikel 7 Absatz 1 vor, daß die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht gewährt, es 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. Diese Worte spiegeln stark die Formulierung des Gerichtshofes in den Urteilen wider, in denen der Erschöpfungsgrundsatz aufgestellt wurde.

93. Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie erkennt wie auch der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung an, daß der Erschöpfungsgrundsatz nicht absolut ist: Dieser findet keine Anwendung, wenn „berechtigte Gründe" es rechtfertigen, daß der Markeninhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, „insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist". Einmal mehr spiegelt die Formulierung der Richtlinie die Rechtsprechung des Gerichtshofes wider, insbesondere die Urteile Hoffmann La-Roche/Centrafarm und Pfizer/Eurim-Pharm. Deshalb kann nicht behauptet werden, daß die frühere Rechtsprechung überholt sei. Artikel 7 Absatz 2 ist im Gegenteil so vage, daß er durch eine Kenntnis der Rechtsprechung ergänzt werden muß. Die ungenaue Verweisung auf eine Veränderung oder Verschlechterung der Waren hilft als solche wenig bei der Beantwortung der Frage, was „berechtigte Gründe" sein mögen, den Erschöpfungsgrundsatz nicht anzuwenden. Die Erheblichkeit solcher Umstände wird nur durch eine Prüfung der Rechtsprechung deutlich.

94. Es wäre jedoch nicht richtig, zu behaupten, daß die Richtlinie die Rechtsprechung „kodifizieren" will. Die Kürze des Artikels 7 Absatz 2 genügt, um darzutun, daß er kein solches Ziel verfolgt. Dafür gibt es gute Gründe. Es ist fraglich, inwieweit der Rat nach Artikel 100a des Vertrages dafür zuständig ist, die sich auf Artikel 36 des Vertrages beziehende Rechtsprechung zu kodifizieren. Darüber hinaus war dem Rat zweifellos klar, daß die Grundsätze, die in einer Handvoll von Fällen aufgestellt worden waren, noch nicht so ausgereift waren, daß sie in so etwas wie einem Gesetz festgelegt werden konnten, und daß es statt dessen ermöglicht werden muß, sie unter Berücksichtigung aller möglichen tatsächlichen Situationen, die durch die Zufälligkeiten der Prozeßführung ans Licht kommen, fortzuentwickeln. Die Verwendung des Wortes „insbesondere" in Artikel 7 Absatz 2 bestätigt den nicht abschließenden Charakter dieser Vorschrift und zeigt, daß der Rat nicht beabsichtigte, die Befugnis des Gerichtshofes zur Bestimmung — und Neubestimmung — der Umstände zu schmälern, die den Markeninhaber berechtigen, sich dem weiteren Vertrieb von Markenwaren nach dem ersten Inverkehrbringen zu widersetzen.

95. Wie durch Artikel 36 des Vertrages soll auch durch Artikel 7 der Richtlinie ein Gleichgewicht zwischen dem freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes und dem Schutz der Markenrechte hergestellt werden. Der richtige Ausgleich kann dadurch erzielt werden, daß man Einschränkungen des freien Warenverkehrs nur dann zuläßt, wenn sie erforderlich sind, um den spezifischen Gegenstand und die Hauptfunktion der Marke zu wahren. Somit sind

die Erörterungen oben in den Nummern 71 bis 89 auch für die Auslegung der Richtlinie von Bedeutung. Die Hauptwirkung des Artikels 7 der Richtlinie besteht ganz einfach darin, daß, wenn die Richtlinie erst einmal korrekt durchgeführt worden ist, eine Lösung in den nationalen Durchführungsmaßnahmen gefunden werden kann. Während früher ein Konflikt zwischen nationalem Recht und dem Vertrag bestanden haben mag (ein Konflikt, der durch die Nichtanwendung der vertragswidrigen Vorschriften des nationalen Rechts hätte gelöst werden müssen), muß das nationale Recht nunmehr vertragskonform sein: Der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung der Markenrechte muß vorbehaltlich der auf „berechtigte Gründe" gestützten Ausnahme nach korrekter Durchführung der Richtlinie nunmehr Teil des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten sein. Nur dies sollte meines Erachtens durch Artikel 7 der Richtlinie bewirken werden.

96. Die deutsche Regierung und die Markeninhaber in den verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 machen geltend, Artikel 7 habe den Markeninhabern weitergehende Rechte verliehen und die Fälle begrenzt, in denen der Erschöpfungsgrundsatz auf umgepackte Waren anwendbar sei. Artikel 7 Absatz 1 sei nur auf Waren anwendbar, die in ihrem Originalzustand, d. h. in ihrer Orginalverpakkung, vertrieben würden. Somit könne sich der Markeninhaber dem Vertrieb umgepackter Waren, auf denen die Marke ohne seine Zustimmung angebracht worden sei, auch dann widersetzen, wenn der Zustand der Waren durch das Umpacken nicht beeinträchtigt werden könne.

97. Ich stimme diesem Vorbringen nicht zu. Erstens ist es mit dem Wortlaut des Artikels 7 Absatz 2, wonach Absatz 1 nur dann keine Anwendung findet, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, daß der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, schwer zu vereinbaren. Es gibt eindeutig Situationen (wie die oben in Nr. 66 beschriebenen), in denen keineswegs klar ist, daß der Markeninhaber einen berechtigten Grund hat, sich der Benutzung der Marke auf umgepackten Waren zu widersetzen. Es ginge zu weit, wollte man annehmen, daß jemand, der lediglich die äußere Verpakkung austauscht, *niemals* die Waren durch Anbringen der Marke auf der neuen Verpakkung kennzeichnen darf.

98. Zweitens berücksichtigt dieses Argument nicht den Umstand, daß sich die Formulierung des Artikels 7 an der Rechtsprechung des Gerichtshofes orientiert hat. Aus dem Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm ergibt sich eindeutig, daß der Gerichtshof nicht der Auffassung war, daß der Erschöpfungsgrundsatz auf umgepackte Waren, an denen die Marke durch einen Dritten angebracht worden ist, nicht anwendbar ist. Hätte der Gesetzgeber die Rechtslage radikal verändern wollen, so hätte er dies sicher mit klaren Worten getan, statt sich der Formulierung des Gerichtshofes zu bedienen.

99. Wollte man dem genannten Vorbringen beipflichten, so würde dies drittens bedeuten, daß die Richtlinie faktisch einen Rückschritt im Bereich der Marktintegration und der Beseitigung von Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten bewirkt hätte und die Hindernisse für Paralleleinfuhren jetzt größer wären als vor ihrem Erlaß. Es ist aber mit Sicherheit davon auszugehen, daß das

Ziel der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 100 und 100a des Vertrages darin besteht, Schranken für den innergemeinschaftlichen Wettbewerb zu beseitigen und nicht zu verstärken.

kann und dieses Recht nur unter außergewöhnlichen Umständen verliert, nämlich wenn *erwiesen ist*, daß die Benutzung der Marke zur künstlichen Abschottung der Märkte beiträgt und wenn *dargetan ist*, daß das Umpacken den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen kann (siehe Nr. 1 Buchstabe b des Tenors).

3. Die Beweislast

100. Das Vereinigte Königreich trägt vor, Artikel 7 der Richtlinie bewirke ferner eine Umkehr der Beweislast: Während das Unternehmen, das die Marke an umgepackten Waren angebracht hat, früher habe dartun müssen, daß das Umpacken den Originalzustand der Waren nicht beeinträchtigen könne, sei nunmehr der Markeninhaber verpflichtet, das Vorliegen berechtigter Gründe aufzuzeigen, die es rechtfertigen, daß er sich dem weiteren Vertrieb der umgepackten Waren widersetze.

101. Dieses Vorbringen überzeugt mich nicht. Ich kann in Artikel 7 keinen ausdrücklichen oder stillschweigenden Hinweis auf die Beweislast finden. Artikel 7 besagt darüber nichts. Auch der Gerichtshof ist in den Rechtssachen Hoffmann-La Roche/Centrafarm und Pfizer/Eurim-Pharm nicht ausdrücklich auf die Beweislastfrage eingegangen. Zwar mögen einige Formulierungen im Urteil Hoffmann-La Roche/Centrafarm den Eindruck erwecken, daß von dieser Frage die Rede ist. Das Urteil scheint nahezulegen, daß sich der Markeninhaber grundsätzlich der Verwendung der Marke auf umgepackten Gütern widersetzen

102. Ich glaube jedoch nicht, daß mit dieser Formulierung bezweckt wurde, auf technische Regeln über die Beweislast einzugehen oder eine Vermutung dahin gehend aufzustellen, daß die Benutzung der Marke durch den Markeninhaber zur Verhinderung des Verkaufs von umgepackten Erzeugnissen bis zum Beweis des Gegenteils rechtmäßig ist. Die Frage der Beweislast ist eine Verfahrensfrage und bestimmt sich folglich gemäß dem Grundsatz der Verfahrensautonomie nach nationalem Recht [25]. Der Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß sich bei Fehlen besonderer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts die Voraussetzungen für die Durchführung unmittelbar wirksamen Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nach dem innerstaatlichen Recht jedes Mitgliedstaats richten, sofern die zwei Bedingungen erfüllt sind, daß die Verfahrensvorschriften, die auf Ansprüche aus dem Gemeinschaftsrecht anwendbar sind, nicht ungünstiger sind als die, die für vergleichbare Ansprüche aus innerstaatlichem Recht gelten, und daß sie nicht so ausgestaltet sind, daß sie es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Ansprüche geltend

25 — Verbundene Rechtssachen 205/82 bis 215/82 (Deutsche Milchkontor GmbH, Slg. 1983, 2633, Randnrn. 36 und 39). Zum Grundsatz der Verfahrensautonomie allgemein siehe Bridge, „Procedural aspects of the enforcement of Community law through the legal systems of the Member States", *European Law Review*, 1984, 9. Jahrg., S. 28, und Mertens de Wilmars, „L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les authorités nationales et les particuliers", *Cahiers de Droit Européen*, 1981 (17. Jahrg.), S. 379.

zu machen [26]. Das Gemeinschaftsrecht greift nur in Ausnahmefällen in die Befugnis der nationalen Gerichte ein, ihre eigenen Vorschriften über Gegenstände wie die Beweisführung oder die Beweislast anzuwenden [27]. Manchmal regelt das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich, wer die Beweislast trägt, oder bestimmt, welche Art von Beweis erforderlich ist, z. B. im Bereich des Zollrechts [28]. Bisweilen hat der Gerichtshof ausdrücklich entschieden, daß in einer bestimmten Art von Fällen eine bestimmte Partei die Beweislast für bestimmte Gegebenheiten trägt. Dies scheint hauptsächlich in Fällen geschehen zu sein, in denen es um gleiches Entgelt für Männer und Frauen ging [29]. Dieser Eingriff in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten ist damit gerechtfertigt worden, daß die tatsächliche Geltendmachung des Anspruchs auf gleiches Entgelt praktisch unmöglich gemacht würde, wenn die Beweislast in bestimmten Situationen dem Arbeitnehmer aufgebürdet würde [30].

103. Logischerweise ist deshalb zu fragen, ob die Anwendung von Beweislastregeln in den vorliegenden Fällen die Wirkung haben kann, die Ausübung von gemeinschaftsrechtlich anerkannten Rechten praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig zu machen. Es geht um zwei solche Rechte: 1. um das Recht des Markeninhabers, eine ungerechtfertigte Benutzung seiner Marke durch Dritte zu verhindern, und 2. um das Recht der Parallelimporteure, Markenwaren in den Verkehr zu bringen, sofern die berechtigten Interessen der Markeninhaber nicht verletzt werden. Beide Rechte sind von großer Bedeutung, und jeder Konflikt zwischen ihnen muß im Wege des Ausgleichs der einander widerstreitenden Interessen gelöst werden. Keine Partei sollte eine probatio diabolica zu erbringen haben, d. h. gezwungen sein, etwas zu beweisen, was nicht oder nur äußerst schwer beweisbar ist. Man kann die Auffassung vertreten, daß dies der Fall wäre, wenn die Parallelimporteure zu beweisen hätten, daß das Umpacken den Originalzustand der Waren nicht beeinträchtigen kann. Es ist eine Binsenwahrheit, daß der Beweis einer negativen Tatsache extrem schwer ist. Die nationalen Gerichte müssen es natürlich vermeiden, unangemessene Regeln hinsichtlich der Beweislast und der Anforderungen an die Beweise anzuwenden. Es wäre jedoch nicht unangemessen, von den Parallelimporteuren den Nachweis zu verlangen, daß sie beim Umpacken der Waren ausreichende Sicherheitsmaßnahmen treffen, z. B., daß sie über eigene Einrichtungen verfügen und kompetentes Personal beschäftigen.

104. Somit ist eine ausgewogene Lösung erforderlich, ähnlich derjenigen, zu der der Gerichtshof im Urteil Sandoz [31] gelangt ist. Dieser Fall betraf eine niederländische Vorschrift, nach der Lebensmittel und Getränke, denen Vitamine zugesetzt sind, nur mit Genehmigung des zuständigen Ministers verkauft werden durften. Der Gerichtshof hat entschieden, daß „das Gemeinschaftsrecht [d. h. die Artikel 30 und 36 des Vertrages]

26 — Siehe z. B. Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5); Rechtssache 199/82 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnrn. 12 und 14); Rechtssache C-208/90 (Emmott, Slg. 1991, I-4269, Randnr. 16) und verbundene Rechtssachen C-31/91 bis C-44/91 (Lageder u. a., Slg. 1993, I-1761, Randnrn. 27 bis 29).

27 — Urteil San Giorgio, a. a. O. (Fußnote 26), Randnr. 14, und verbundene Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 43).

28 — Siehe z. B. die Vorschriften, um die es in der Rechtssache C-83/89 (Houben, Slg. 1990, I-1161) und in der Rechtssache C-301/88 (Fish Producers und Grimsby Fish, Slg. 1990, I-3803) ging.

29 — Rechtssache 109/88 (Danfoss, Slg. 1989, 3199) und Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535).

30 — Siehe Urteil Danfoss, Randnrn. 13 und 14, und Urteil Enderby, Randnr. 14.

31 — Rechtssache 174/82 (Slg. 1983, 2445).

einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Genehmigung des Inverkehrbringens [eines Erzeugnisses] davon abhängig ist, daß der Importeur die Unschädlichkeit dieses Erzeugnisses für die Gesundheit nachweist. Die nationalen Stellen können jedoch von dem Importeur die Vorlage aller in seinem Besitz befindlichen Unterlagen verlangen, die für die Beurteilung des Sachverhalts von Nutzen sein könnten." [32]

105. Das Urteil Sandoz ist eines von mehreren Urteilen, in denen der Gerichtshof ausgeführt hat, daß bei Berufung auf Artikel 36 in jedem Fall dargetan werden muß, daß die Einfuhrbeschränkung erforderlich ist, um eines der in dieser Vorschrift genannten Belange zu wahren. [33] Der Gerichtshof meint mit diesen Ausführungen, daß eine nationale Behörde — oder der Inhaber eines Immaterialgüterrechts —, um in den Genuß des Artikels 36 zu kommen, mehr tun muß, als allgemein auf eines der in dieser Vorschrift aufgezählten Belange hinzuweisen; erforderlich ist ein kohärentes Vorbringen, mit dem genau dargetan wird, auf welche Weise der fragliche Belang beeinträchtigt werden wird. Meines Erachtens beabsichtigt der Gerichtshof nicht, technische Regeln über die Verteilung der Beweislast oder über die an die Beweise zu stellenden Anforderungen aufzustellen.

106. Ich komme zu dem Ergebnis, daß das nationale Gericht grundsätzlich die innerstaatlichen Vorschriften über die Beweislast, die an die Beweise zu stellenden Anforderungen und die Zulässigkeit von Beweismitteln anwenden muß, vorausgesetzt, daß diese nicht diskriminierend sind und die Ausübung von gemeinschaftsrechtlich verbürgten Rechten nicht übermäßig erschweren. Widersetzt sich ein Markeninhaber der Einfuhr von Erzeugnissen, die er in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht hat, mit der Begründung, diese seien von einem Dritten umgepackt worden, so wäre es nicht unangemessen, von diesem Dritten den Nachweis zu verlangen, daß er ausreichende Sicherheitsmaßnahmen ergreift, um sicherzustellen, daß der Originalzustand der Erzeugnisse durch das Umpacken nicht beeinträchtigt werden kann.

IV. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Sachverhalt der einzelnen Rechtssachen

107. Es ist natürlich Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, wie die vorgenannten Grundsätze auf den besonderen Sachverhalt der einzelnen Rechtssachen anzuwenden sind. Der Gerichtshof kann jedoch Hinweise unter Berücksichtigung des jeweiligen Sachverhalts geben. Dies möchte ich nunmehr versuchen zu tun.

1. Rechtssache C-427/93

108. Das Umpacken der Erzeugnisse von Bristol-Myers Squibb durch Paranova besteht im wesentlichen darin, daß diese die äußere Verpackung der Waren austauscht. Im Fall der fünf Arzneimittel, um die es hier

32 — Randnr. 24.

33 — Randnr. 22 des Urteils. Siehe auch Rechtssache 251/78 (Denkavit Futtermittel, Slg. 1979, 3369, Randnr. 24) und Rechtssache 227/82 (Van Bennekom, Slg. 1983, 3883, Randnr. 40).

geht, scheint an der inneren Verpackung nichts geändert worden zu sein, außer daß in einigen Fällen (Vepesid, Vumon und Mycostatin) ein Etikett darauf angebracht worden ist. Im Fall von Capoten und Diclocil besteht die Arzneimittelzubereitung aus Tabletten und die innere Verpackung aus Blisterstreifen. Im Fall von Vepesid und Vumon ist die Arzneimittelzubereitung eine Flüssigkeit, und für die innere Verpackung werden Ampullen benutzt. Für die neue äußere Verpackung benutzt Paranova im allgemeinen die gleiche Farbzusammenstellung wie Bristol-Myers Squibb. In einem Fall (Mycostatin) wurde ein zusätzliches Erzeugnis in die neue Packung eingelegt, nämlich ein kleines spritzenähnliches Sprühgerät. Dieses ist in einer versiegelten Plastikhülle verpackt, auf der die Namen „Asic" und „ONCE" zu sehen sind; es gibt keinen Hinweis darauf, daß diese Namen Warenzeichen von Bristol-Myers Squibb sind. Auf der äußeren Verpakkung steht der Hinweis, daß die Schachtel ein von Paranova hergestelltes Sprühgerät enthält.

109. Es stellt sich die Frage, ob irgendeine dieser Handlungen eines der vom Markenrecht geschützten rechtmäßigen Interessen (im Sinne der obigen Nr. 72) bedroht. Der bloße Umstand, daß Paranova die äußere Verpackung ersetzt und die Marke auf der neuen Verpackung anbringt, scheint keines dieser Interessen zu beeinträchtigen. Das als „Capoten" bezeichnete Erzeugnis ist wirkliches, von Bristol-Myers Squibb hergestelltes Capoten. Paranova stellt nicht ihre eigenen Erzeugnisse als Erzeugnisse von Bristol-Myers Squibb dar. Der Verbraucher wird nicht durch Täuschung bewegt, ein Erzeugnis zu kaufen, das vom Inhaber der Marke „Capoten" zu stammen scheint, während es in Wirklichkeit aus einer anderen Quelle stammt. Die Verwendung der gleichen Farben wie bei den in Dänemark von Bristol-Myers Squibb in den Verkehr gebrachten Erzeugnissen ist nicht irreführend; sie hilft lediglich, die Erzeugnisse zu identifizieren. Es liegt auch keine rechtswidrige Zueignung des Goodwill von Bristol-Myers Squibb vor. Wäre z. B. die äußere Verpackung von schlechter Qualität oder schadhaft, so könnte dies den Ruf der Marke schädigen. Dies scheint Bristol-Myers Squibb jedoch nicht vorgetragen zu haben.

110. Die entscheidende Frage, ob das Umpacken geeignet ist, den Originalzustand der Waren zu beeinträchtigen, ist im Hinblick auf vier Erzeugnisse offensichtlich zu verneinen. Im Fall des Capoten und des Diclocil bleiben die Originalblisterstreifen unberührt, und Paranova versieht sie lediglich (ohne die Originalmarken zu überdekken) mit dem Aufdruck, daß die Waren von ihr umgepackt worden sind. Im Fall des Vepesid und des Vumon entfernt Paranova offensichtlich die Originaletiketten von den Ampullen oder Flaschen und klebt ein neues Etikett darauf, auf dem die Waren identifiziert werden und ihre Rolle angegeben wird. Es ist schwer ersichtlich, wie das Umpacken in einem dieser Fälle den Originalzustand der Waren beeinträchtigen kann.

111. Mycostatin wird ebenso umgepackt wie Vepesid und Vumon, und auch hier dürfte der Originalzustand des Arzneimittels selbst nicht beeinträchtigt werden. Größere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch durch das Hinzufügen eines Sprühgeräts im Fall von Mycostatin. Grundsätzlich kann ein Markeninhaber es verbieten, daß in eine durch die Marke gekennzeichnete Packung Waren eingelegt werden, die aus einer anderen Quelle stammen, da der Eindruck hervorgerufen wird, daß die hinzugefügten Waren unter seiner Kontrolle hergestellt

worden sind. Es läßt sich die Auffassung vertreten, daß eine klare Angabe auf der Seite der Verpackung, daß die Waren von einem anderen Unternehmen hergestellt worden sind, geeignet ist, diesem Eindruck entgegenzuwirken. Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die Angabe hinreichend klar ist und ob der Markeninhaber ungeachtet einer solchen Angabe gleichwohl für den hinzugefügten Gegenstand verantwortlich gemacht werden kann.

2. Rechtssache C-429/93

112. Grundsätzlich ist schwer ersichtlich, wie das Umpacken durch Paranova in diesem Fall den Originalzustand der Waren beeinträchtigen kann. Bei den Arzneimitteln Atrovent, Berodual und Berotec entfernt Paranova lediglich die Aerosolinhalatoren aus ihren ursprünglichen Kartons und legt sie in neue Schachteln. Vor dem Umpacken der Aerosolinhalatoren versieht sie sie mit einem neuen Etikett mit Informationen in dänischer Sprache. Das neue Etikett verdeckt das alte Etikett vollständig. Es enthält Informationen über die Wirkstoffe, das Verfalldatum und die Chargennummer und den Hinweis, daß das Erzeugnis von Paranova eingeführt und umgepackt worden ist. In einigen Fällen ist eine dänische Fassung der Gebrauchsanweisungen beigefügt.

113. Es könnte geltend gemacht werden, daß Fehler bei der Wiedergabe des Verfalldatums oder bei der Übersetzung der Gebrauchsanweisungen gemacht werden könnten oder daß die Gefahr besteht, daß die Aerosolinhalatoren beim Umpacken verunreinigt werden. Dies sind Tatsachenfragen, die vom nationalen Gericht zu klären sind. Was das Umpacken des Catapresan betrifft, ist schwer ersichtlich, weshalb irgendeine Gefahr der Beeinträchtigung des Originalzustands der Waren bestehen kann. Paranova entnimmt lediglich Blisterstreifen aus ihren ursprünglichen Schachteln und legt sie in neue Schachteln. Die Blisterstreifen werden nicht durchgeschnitten, und die Gefahr der Verunreinigung erscheint minimal, wenn nicht inexistent. Das nationale Gericht hat festzustellen, ob die auf die neue äußere Verpackung aufgedruckten Angaben richtig und ausreichend sind.

3. Rechtssache C-436/93

114. Auch diese Rechtssache betrifft das Umpacken von unbeschädigten Blisterstreifen in neue äußere Verpackungen. Die Ausführungen, die ich zu Catapresan gemacht habe, gelten ebenfalls für das Erzeugnis (Adalat), um das es in dieser Rechtssache geht.

115. Das nationale Gericht hat zu entscheiden, ob der Umstand, daß kein Hinweis auf die Lichtempfindlichkeit des Erzeugnisses gegeben wurde, das Verbot des Verkaufs der fraglichen Erzeugnisse rechtfertigen kann. Dieser Punkt veranschaulicht, daß es wünschenswert ist, daß dem Markeninhaber ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung gestellt wird. Es dürfte kaum erforderlich sein, darauf hinzuweisen, daß, wenn der warnende Hinweis sich nicht auf der Originalverpackung befand, der Marken-

inhaber sich nicht darüber beklagen kann, daß er auf dem umgepackten Erzeugnis nicht erscheint.

4. Rechtssache C-71/94

116. Drei besondere Merkmale dieser Rechtssache führen zu besonderen Schwierigkeiten. Erstens stellt sich die Frage, ob die Verwendung zerschnittener Blisterstreifen und einer äußeren Verpackung mit einem Fenster, durch das die auf die innere Originalverpackung aufgedruckte Marke sichtbar ist, dem Erzeugnis ein schäbiges Aussehen verleihen und ob dies allein ein Grund sein kann, den Erschöpfungsgrundsatz nicht anzuwenden. Zweitens stellt sich die Frage, ob das Zerschneiden der Blisterstreifen eine Verunreinigungsgefahr mit sich bringt. Drittens ist zu prüfen, ob die Unterbrechung der Reihe von Wochentagen, denen jede Tablette zugeordnet ist, durch das Zerschneiden der Streifen den Verbraucher verwirrren oder sogar seine Gesundheit gefährden kann.

117. Die erste Frage wirft ein wichtiges allgemeines Problem bezüglich des Umfangs des durch eine Marke verliehenen Schutzes auf. Kann man sich auf die Marke berufen, um den weiteren Vertrieb umgepackter Erzeugnisse mit der Begründung zu unterbinden, daß das Umpacken in einer solchen Art und Weise erfolgt ist, daß es zwar nicht die technische Qualität der Erzeugnisse beeinträchtigt, aber das Image der Marke durch das Aussehen des umgepackten Erzeugnisses möglicherweise beschädigt wird? Da die Funktion der Marke teilweise darin besteht, es ihrem Inhaber zu ermöglichen, seinen kaufmännischen Ruf zu schützen, kann nicht gesagt werden, daß die Marke niemals herangezogen werden kann, um den weiteren Vertrieb von Waren wegen ihres schäbigen Aussehens zu unterbinden. Es ist klar, daß der Ruf der Marke darunter leiden kann, daß sie auf schlecht aufgemachten Waren verwendet wird. Die Bedeutung der Aufmachung mag entsprechend der Art der Waren variieren. Für Luxusgüter wie Parfum und Schmuck mag eine attraktive Aufmachung wichtiger sein als für dem praktischen Gebrauch dienende Erzeugnisse wie Arzneimittel.

118. Auch hier ist es Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob aufgrund der Tatsachen das Aussehen der umgepackten Waren geeignet ist, zu einer Schädigung des Rufes der Marke zu führen. Es wird dabei zu prüfen haben, ob die Angabe auf der neuen äußeren Verpackung, daß die Waren durch Eurim-Pharm umgepackt worden sind, jede Gefahr ausschließt, daß die Marke aufgrund des angeblich schäbigen Aussehens der neuen Verpackung beeinträchtigt wird. Man könnte geltend machen, daß im Fall von rezeptpflichtigen Arzneimitteln die für die Frage, ob der Ruf der Marke geschädigt ist, auf die Apotheker abzustellen ist, die das Produkt abgeben, daß diese, da ihnen die Existenz von Parallelimporten bekannt ist, genau wissen, weshalb Waren umgepackt werden, und daß es unwahrscheinlich ist, daß sie die Marke nur deshalb weniger schätzen, weil die Originalpackungen in einen neuen Karton mit einer seitlichen Öffnung gelegt worden sind oder weil einige Blisterstreifen unvollständig sind.

119. Das nationale Gericht hat ebenfalls zu entscheiden, ob sich aus dem Zerschneiden der Blisterstreifen eine Verunreinigungsgefahr ergeben kann. Ich möchte darauf hinweisen, daß in dem Exemplar, das Eurim-Pharm dem Gerichtshof übersandt hat, der Blisterstreifen so zerschnitten worden ist, daß einige der Tabletten dem Rand extrem nahe sind. Das nationale Gericht wird zu prüfen haben, ob dies das Risiko vergrößert, daß die Tabletten versehentlich der Luft ausgesetzt werden. Sicher wäre es schwierig, a priori zu behaupten, daß keine Verunreinigungsgefahr besteht.

5. Rechtssache C-72/94

121. In diesem Fall besteht offensichtlich keinerlei Gefahr einer Verunreinigung der Arzneimittel, da Eurim-Pharm lediglich Blisterstreifen aus der äußeren Originalverpakkung nimmt und sie unzertrennt in neue Verpackungen legt. Auch hier wird die Umpackmethode mit „Fenstern" benutzt, und die Ausführungen zu der Rechtssache C-71/94 haben auch hier zu gelten, wenn auch der Markeninhaber das Aussehen der Waren nicht besonders beanstandet.

6. Rechtssache C-73/94

120. Es kann nicht bestritten werden, daß die Unterbrechung der Reihe von Wochentagen zu einer erheblichen Verwirrung der Verbraucher führen kann. In dem dem Gerichtshof zur Verfügung gestellten Exemplar ist diese so unterbrochen worden, daß zwei Tabletten demselben Tag (Donnerstag) zugeordnet zu sein scheinen. Die Gefahr, daß einige Verbraucher gelegentlich die richtige Dosis überschreiten, kann nicht von der Hand gewiesen werden. Der Umstand, daß die Wochentage auf französisch und englisch und nicht auf deutsch angegeben sind, ändert daran nichts, da vermutet werden kann, daß eine signifikante Anzahl deutscher Arzneimittelverbraucher einige Englisch- oder Französischkenntnisse besitzt.

122. Zwei besondere Merkmale dieses Falles werfen Schwierigkeiten auf, nämlich die Benutzung von zerschnittenen Blisterstreifen, um aus der in Spanien verkauften 45-Kapsel-Packung eine 50-Kapsel-Packung zu machen, und die Hinzufügung des Wortes „forte" zum Hinweis darauf, daß die aus Portugal eingeführten Erzeugnisse der stärkeren Version des Erzeugnisses entsprechen.

123. Was das Zerschneiden der Blisterstreifen angeht, sind die zu der Rechtssache C-71/94 gemachten Bemerkungen auch für diese Rechtssache von Bedeutung. Ich möchte lediglich darauf hinweisen, daß der Blisterstreifen in dem dem Gerichtshof zur Verfügung gestellten Exemplar so durchgeschnitten worden ist, daß die Tabletten mehrere Millimeter vom Rand der Packung entfernt sind. Wenn das Exemplar repräsentativ ist, erscheint die Verunreinigungsgefahr

gering. Ich möchte jedoch hervorheben, daß die endgültige Entscheidung dieser Frage Sache des nationalen Gerichts ist.

124. Das Hinzufügen des Wortes „forte" wirft schwierigere Probleme auf. In gewisser Weise besteht insofern eine Parallele zu der Rechtssache American Home Products Corporation/Centrafarm [34], als geringfügig verschiedene Bezeichnungen (Sermion und Sermion forte) für das gleiche Erzeugnis (die stärkere Version des Arzneimittels mit 10 mg des Wirkstoffes) in verschiedenen Mitgliedstaaten (Portugal und Deutschland) benutzt werden. Würde man die Entscheidung im ersteren Fall direkt anwenden, so könnte dies zu dem Ergebnis führen, daß Farmitalia sich der Änderung der Bezeichnung durch den Parallelimporteur widersetzen könnte, es sei denn, sie und ihre Gesellschafter hätten nachweislich verschiedene Bezeichnungen benutzt, um den Markt bewußt aufzuspalten.

125. Ich halte diesen Weg im vorliegenden Fall nicht für gangbar. Sie werden sich daran erinnern, daß die beiden Marken in der Rechtssache American Home Products Corporation „Serenid" und „Seresta" waren; eine Marke konnte nicht in die andere verwandelt werden, indem lediglich ein Aufkleber mit einem zusätzlichen Wort hinzugefügt wurde. Der vorliegende Fall ist demnach anders gelagert. Ausgangspunkt für eine Lösung des im vorliegenden Fall auftretenden Problems ist die Überlegung, daß Sermion, das mit Zustimmung von Farmitalia in Portugal auf den Markt gebracht wird, grundsätzlich von einem Parlallelimporteur in Deutschland unter der Bezeichnung „Sermion" weiterverkauft werden kann; der Markeninhaber kann sich dem nicht mit der Begründung widersetzen, daß das Erzeugnis, das er in Portugal mit der Bezeichnung „Sermion" verkauft, sich von dem Erzeugnis unterscheidet, das er in Deutschland unter diesem Namen vertreibt. Der Markeninhaber kann nicht geltend machen, daß die Verbraucher (oder die Apotheker) zu der irrtümlichen Annahme verleitet werden, daß das Erzeugnis nicht 10 mg, sondern 5 mg des Wirkstoffs enthalte. In der Rechtssache IHT Internationale Heiztechnik/Ideal Standard [35] hat der Gerichtshof entschieden: „Ist die Herstellung der Erzeugnisse innerhalb einer Unternehmensgruppe dezentralisiert und stellen die in den einzelnen Mitgliedstaaten niedergelassenen Tochterunternehmen Erzeugnisse her, deren Qualität den Besonderheiten des jeweiligen nationalen Marktes angepaßt ist, so muß eine nationale Regelung, die einem Tochterunternehmen der Gruppe die Möglichkeit gibt, sich unter Hinweis auf diese Qualitätsunterschiede dem Vertrieb von Erzeugnissen, die von einer Schwestergesellschaft hergestellt worden sind, in ihrem Gebiet zu widersetzen, [nach den Artikeln 30 und 36] ebenfalls außer Betracht bleiben." [36]

›126. Daraus ergibt sich, daß Eurim-Pharm grundsätzlich in Deutschland ein Erzeugnis unter der Marke „Sermion" verkaufen kann, das der Inhaber dieser Marke in Portugal unter der Marke „Sermion" in den Verkehr gebracht hat. Wenn dies jedoch zu Verwirrung führen würde, da das Erzeugnis doppelt so stark ist wie das Erzeugnis, das in Deutschland unter der Marke „Sermion" bekannt ist, ist es von allen Standpunkten aus gesehen eindeutig erforderlich, es Eurim-Pharm zu gestatten, diese Verwirrung dadurch zu beseitigen, daß sie klarstellt, daß das Erzeugnis dem in Deutschland als „Sermion forte" bekannten Erzeugnis entspricht.

34 — A. a. O. (Fußnote 8).

35 — A. a. O. (Fußnote 5).

36 — Randnr. 38 des Urteils.

7. Rechtssache C-232/94

127. Grundsätzlich wirft diese Rechtssache keine besondere Schwierigkeit auf. MPA entnimmt Blisterstreifen aus den äußeren Originalverpackungen und legt sie als ganze in neue äußere Verpackungen. Praktisch besteht wohl keine Gefahr, daß die Qualität der Waren beeinträchtigt wird.

128. Die zweite Frage des nationalen Gerichts impliziert, daß die Angaben darüber, wer das Erzeugnis umgepackt hat, auf der äußeren Verpackung nicht hinreichend klar angebracht sind. Der Inhalt dieser Angabe, der in Nummer 35 der vorliegenden Schlußanträge wiedergegeben ist, erscheint mir völlig zutreffend, und möglicherweise ist das einzige Problem das, ob die Angabe in hinreichend großen Buchstaben aufgedruckt ist. Dies ist natürlich eine Tatsachenfrage, über die das nationale Gericht zu entscheiden hat. Es sollte jedoch hervorgehoben werden, daß eine vernünftige Würdigung dieser Frage erforderlich ist. Ist die Angabe so geschrieben, daß ein normalsichtiger Verbraucher bei Anwendung eines normalen Maßes an Aufmerksamkeit verstehen kann, wer für das Umpacken verantwortlich ist, so reicht dies aus. Die Schrift darf nicht ungewöhnlich klein sein, braucht jedoch auch nicht ungewöhnlich groß zu sein.

V. Die Antworten auf die gestellten Fragen

129. Nützlicher als die Erteilung einer direkten Antwort auf jede der von den verschiedenen nationalen Gerichten vorgelegten spezifischen Fragen wäre es meines Erachtens, eine Reihe von allgemeinen Aussagen zu machen, die den nationalen Gerichten dabei helfen werden, festzustellen, unter welchen Umständen sich ein Markeninhaber unter Berufung auf die Marke dem weiteren Vertrieb umgepackter Waren widersetzen kann, und sodann eine Anzahl spezifischer Entscheidungen zu formulieren, die es den nationalen Gerichten ermöglichen werden, besondere Probleme zu lösen, die in einigen dieser Rechtssachen aufgetreten sind. Bei der Formulierung der Entscheidungsvorschläge habe ich auch versucht, klarzumachen, daß die Ergebnisse unabhängig davon, ob die Vertragsvorschriften oder die Bestimmungen der Richtlinie angewandt werden, dieselben sind.

Ergebnis

130. Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen sind deshalb meines Erachtens wie folgt zu beantworten:

Verbundene Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93

1. Die Artikel 30 und 36 des Vertrages und Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der

Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken sind dahin auszulegen, daß der Markeninhaber, wenn mit einer Marke gekennzeichnete Waren mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden und ein Dritter sie aufkauft, sie in neue äußere Verpackungen bringt, die er mit der Marke versieht, und die umgepackten Waren in einem anderen Mitgliedstaat vertreibt, diesen Vertrieb nicht unter Berufung auf die Marke unterbinden kann, es sei denn, daß durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann. Bei Arzneimitteln muß derjenige, der die Waren umpackt, den Markeninhaber grundsätzlich darüber informieren und ihm ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung stellen. Er muß ferner auf dem umgepackten Erzeugnis angeben, daß er für das Umpacken verantwortlich ist, braucht jedoch den Hersteller des Erzeugnisses nicht zu nennen und auch nicht anzugeben, daß der Inhaber der Marke das Umpacken nicht gestattet hat.

2. Die Frage, ob durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann, ist im wesentlichen eine Tatsachenfrage, die das nationale Gericht gemäß den innerstaatlichen Vorschriften über Verfahrensfragen wie die Beweislast, die an Beweise zu stellenden Anforderungen und die Zulässigkeit von Beweismitteln zu entscheiden hat. Diese Vorschriften dürfen für auf Gemeinschaftsrecht gestützte Ansprüche nicht ungünstiger sein als für Ansprüche aus dem nationalen Recht, und sie dürfen die Durchsetzung von Rechten, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, nicht unnötig erschweren.

3. Handelt es sich bei dem Erzeugnis um ein Arzneimittel, das ursprünglich in Blisterstreifen, Ampullen, Flaschen oder Aerosolbehältern verpackt war, und nimmt der für das Umpacken Verantwortliche die Blisterstreifen, Ampullen, Flaschen oder Aerosolbehälter lediglich aus ihrer ursprünglichen äußeren Verpackung und legt sie in neue äußere Verpackungen, ohne sie zu zerschneiden oder zu öffnen, und benutzt er dazu geeignete Einrichtungen, beschäftigt kompetentes Personal und trifft alle angemessenen Sicherheitsmaßnahmen, so besteht prinzipiell kein Grund für die Annahme, daß der Originalzustand der Waren beeinträchtigt werden kann, und das nationale Gericht kann nicht zu dieser Annahme kommen, außer wenn ein besonderer Beweis dafür erbracht wird.

4. Der Umstand, daß der für das Umpacken Verantwortliche für das umgepackte Erzeugnis die gleiche Farbzusammenstellung benutzt wie der Inhaber der Marke, ist unerheblich.

5. [Gilt nur für die Rechtssache C-427/93] Legt der für das Umpacken Verantwortliche zusätzliche Waren, die nicht unter der Verantwortung des Markeninhabers hergestellt wurden, in die neue Verpackung, so kann der Markeninhaber sich grundsätzlich unter Berufung auf die Marke dem weiteren Vertrieb der umgepackten Waren widersetzen, außer wenn der Ursprung der zusätzlichen Gegenstände so angegeben wird, daß der Eindruck, daß der Markeninhaber für sie verantwortlich ist, vermieden wird.

Verbundene Rechtssachen C-71/94, C-72/94 und C-73/94

1. Die Artikel 30 und 36 des Vertrages und Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken sind dahin auszulegen, daß der Markeninhaber, wenn mit einer Marke gekennzeichnete Waren mit Zustimmung des Inhabers der Marke in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden und ein Dritter sie aufkauft, sie in neue äußere Verpakkungen bringt, durch die die auf der inneren Verpackung angebrachte Marke weiterhin sichtbar ist, und die umgepackten Waren in einem anderen Mitgliedstaat vertreibt, diesen Vertrieb nicht unter Berufung auf die Marke unterbinden kann, es sei denn, daß durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann. Bei Arzneimitteln muß derjenige, der die Waren umpackt, den Markeninhaber grundsätzlich darüber informieren und ihm ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung stellen. Er muß ferner auf dem umgepackten Erzeugnis angeben, daß er für das Umpacken verantwortlich ist, braucht jedoch den Hersteller des Erzeugnisses nicht zu nennen und auch nicht anzugeben, daß der Inhaber der Marke das Umpacken nicht gestattet hat.

2. Die Frage, ob durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann, ist im wesentlichen eine Tatsachenfrage, die das nationale Gericht gemäß den innerstaatlichen Vorschriften über Verfahrensfragen wie die Beweislast, die

an Beweise zu stellenden Anforderungen und die Zulässigkeit von Beweismitteln zu entscheiden hat. Diese Vorschriften dürfen für auf Gemeinschaftsrecht gestützte Ansprüche nicht ungünstiger sein als für Ansprüche aus dem nationalen Recht, und sie dürfen die Durchsetzung von Rechten, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, nicht unnötig erschweren.

3. Handelt es sich bei dem Erzeugnis um ein Arzneimittel, das ursprünglich in Blisterstreifen verpackt war, und nimmt der für das Umpacken Verantwortliche die Blisterstreifen lediglich aus ihrer ursprünglichen äußeren Verpackung und legt sie in neue äußere Verpackungen, ohne sie zu zerschneiden, und benutzt er dazu geeignete Einrichtungen, beschäftigt kompetentes Personal und trifft alle angemessenen Sicherheitsmaßnahmen, so besteht prinzipiell kein Grund für die Annahme, daß der Originalzustand der Waren beeinträchtigt werden kann, und das nationale Gericht kann nicht zu dieser Annahme kommen, außer wenn ein besonderer Beweis dafür erbracht wird.

4. Sind die Blisterstreifen zerschnitten worden, so ist der Markeninhaber berechtigt, sich dem weiteren Vertrieb der Waren zu widersetzen, wenn das nationale Gericht zu der Auffassung kommt, daß der Originalzustand der Waren durch dieses Vorgehen in dem Sinn beeinträchtigt werden kann, daß eine Verunreinigungsgefahr besteht.

5. Der Markeninhaber kann sich dem weiteren Vertrieb umgepackter Waren unter der Marke nicht nur dann widersetzen, wenn das Umpacken die technische Qualität der Waren beeinträchtigt, sondern auch, wenn es ihnen ein schäbiges Aussehen verleiht, das geeignet ist, den Ruf der Marke zu schädigen.

6. [Gilt nur für die Rechtssache C-71/94] Werden die Tabletten durch Aufdrucke auf der Rückseite der Blisterstreifen bestimmten Wochentagen in einem bestimmten Zeitraum zugeordnet und wird dieser Zeitraum durch das Zerschneiden der Blisterstreifen unvollständig, so kann sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzen, wenn das nationale Gericht zu der Auffassung kommt, daß die Unterbrechung der Reihe von Wochentagen zu einer unannehmbaren Verwirrung der Verbraucher führt, ihre Gesundheit gefährdet oder dem Ruf der Marke abträglich ist.

7. [Gilt nur für die Rechtssache C-73/94] Verkauft ein Markeninhaber zwei Versionen eines Erzeugnisses im Mitgliedstaat A unter den Bezeichnungen „Sermion" und „Sermion forte" und verkauft er im Mitgliedstaat B unter der Bezeichnung „Sermion" ein Erzeugnis, das dem im Mitgliedstaat A als „Sermion forte" bekannten Erzeugnis entspricht, so kann er den Wiederverkauf von Waren, die er im Mitgliedstaat B unter der Bezeichnung „Sermion" in den Verkehr gebracht hat, im Mitgliedstaat A nicht unter Berufung auf seine Rechte aus der Marke unterbinden, selbst wenn der Wiederverkäufer der Waren sie als „Sermion forte" bezeichnet.

Rechtssache C-232/94

1. Die Artikel 30 und 36 des Vertrages und Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken sind dahin auszulegen, daß der Markeninhaber, wenn mit einer Marke gekennzeichnete Waren mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden und ein Dritter sie aufkauft, sie in neue äußere Verpackungen bringt, auf denen er die Marke anbringt, und die umgepackten Waren in einem anderen Mitgliedstaat vertreibt, diesen Vertrieb nicht unter Berufung auf die Marke unterbinden kann, es sei denn, daß durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann. Bei Arzneimitteln muß derjenige, der die Waren umpackt, den Markeninhaber grundsätzlich darüber informieren und ihm ein Exemplar des umgepackten Erzeugnisses zur Verfügung stellen. Er muß ferner auf dem umgepackten Erzeugnis angeben, daß er für das Umpacken verantwortlich ist, braucht jedoch den Hersteller des Erzeugnisses nicht zu nennen und auch nicht anzugeben, daß der Inhaber der Marke das Umpacken nicht gestattet hat. Die Angabe, wer für das Umpacken verantwortlich ist, muß so geschrieben sein, daß eine normalsichtige Person sie bei Anwendung eines normalen Maßes an Aufmerksamkeit verstehen kann.

2. Die Frage, ob durch die Art und Weise des Umpackens der Originalzustand der Waren beeinträchtigt oder der Ruf der Marke anderweit geschädigt werden kann, ist im wesentlichen eine Tatsachenfrage, die das nationale Gericht gemäß den innerstaatlichen Vorschriften über Verfahrensfragen wie die Beweislast, die

an Beweise zu stellenden Anforderungen und die Zulässigkeit von Beweismitteln zu entscheiden hat. Diese Vorschriften dürfen für auf Gemeinschaftsrecht gestützte Ansprüche nicht ungünstiger sein als für Ansprüche aus dem nationalen Recht, und sie dürfen die Durchsetzung von Rechten, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, nicht unnötig erschweren.

3. Handelt es sich bei dem Erzeugnis um ein Arzneimittel, das ursprünglich in Blisterstreifen verpackt war, und nimmt der für das Umpacken Verantwortliche die Blisterstreifen lediglich aus ihrer ursprünglichen äußeren Verpackung und legt sie in neue äußere Verpackungen, ohne sie zu zerschneiden, und benutzt er dazu geeignete Einrichtungen, beschäftigt kompetentes Personal und trifft alle angemessenen Sicherheitsmaßnahmen, so besteht prinzipiell kein Grund für die Annahme, daß der Originalzustand der Waren beeinträchtigt werden kann, und das nationale Gericht kann nicht zu dieser Annahme kommen, außer wenn ein besonderer Beweis dafür erbracht wird.