# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON vom 10. März 1989 *

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

1. Ihre Rechtsprechung zum freien Warenverkehr belegt ihre Entschlossenheit, auf diesem Gebiet die Ziele der Integration zu verwirklichen. Dieser Wille, dem ich aus Überzeugung beitrete, findet naturgemäß eine Grenze im gesunden Menschenverstand, eine Beschränkung in dem Verständnis, das Laien und Fachleute dem Sinn der in Ihren Urteilen zugelassenen Entwicklungen entgegenbringen. In diesem Rahmen wurde Ihnen heute vorgeschlagen, eine stillschweigende Änderung der jeweiligen Rolle von Arzt und Apotheker zu unterstützen, wie sie von nahezu allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft verstanden wird. Sie werden es mir nicht übel nehmen, daß ich meine Meinung bereits kundtue, bevor ich die Ihnen vorgelegten Schwierigkeiten angeführt habe. Wenn ich damit auch vom Üblichen abweiche, so möchte ich doch damit sofort auf das äußerst diffizile Gebiet hinweisen, das wir heute zu betreten haben.

2. Aufgrund der beiden Vorabentscheidungsersuchen des Court of Appeal werden sie nochmals über Paralleleinfuhren von Arzneimitteln zu entscheiden haben [1].

3. Im Vollzug des Urteils De Peijper [2] führte das Vereinigte Königreich im Mai 1984 ein Verfahren ein, in dem eine Product Licence (Parallel Import — Paralleleinfuhrerlaubnis) erteilt wird, deren wesentliche Merkmale ich wiedergeben werde. Die Paralleleinfuhrerlaubnis wird unter der Voraussetzung erteilt,

— daß das Erzeugnis aus einem Mitgliedstaat eingeführt wird, in dem es bereits eine Verkehrsgenehmigung erhalten hat,

— daß es sich in seinen therapeutischen Wirkungen nicht von einem Erzeugnis unterscheidet, für das im Vereinigten Königreich bereits eine Lizenz erteilt wurde,

— daß es von demselben Unternehmen oder derselben Unternehmensgruppe, zumindest aber von einem Lizenznehmer dieses Unternehmens, hergestellt wurde wie das im Vereinigten Königreich bereits lizenzierte Erzeugnis.

Eine Paralleleinfuhrerlaubnis gestattet dem Inhaber, das betroffene Erzeugnis in das Vereinigte Königreich einzuführen und es dort zu vertreiben.

4. Der Ausgangsrechtsstreit findet seinen Ursprung darin, daß die Paralleleinfuhr ein

* Originalsprache: Französisch.

1 — Siehe insbesondere Urteil vom 29. Februar 1968 in der Rechtssache 24/67, Parke, Davis & Co., Slg. 1968, 81; Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 15/74, Centrafarm/Sterling, Slg. 1974, 1147; Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74, Centrafarm/Winthrop, Slg. 1974, 1183; Urteil vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 104/75, De Peijper, Slg. 1976, 613; Urteil vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Slg. 1978, 1139; Urteil vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78, Centrafarm/American Home Products Corporation, Slg. 1978, 1823; Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 187/80, Merck/Stephar und Exler, Slg. 1981, 2063; Urteil vom 3. Dezember 1981 in der Rechtssache 1/81, Pfizer/Eurim-Pharm, Slg. 1981, 2913.

2 — A. a. O., Fußnote 1.

anderes Warenzeichen trägt als das im Vereinigten Königreich vertriebene Erzeugnis.

5. Die angefochtenen Maßnahmen — der Ehrenkodex[3] der Pharmaceutical Society of Great Britain (Beklagte zu 1) und seine Auslegung[4] sowie Paragraph 2 (1) der Terms of Service des National Health Service (NHS) in seiner Auslegung durch den Secretary of State for Social Services (Beklagter zu 2) — verbieten es den Apothekern, ein Erzeugnis mit einem anderen Warenzeichen oder gesetzlich geschützten Namen abzugeben als es vom Arzt verschrieben wurde. Die Maßnahmen gelten allgemein, also auch für Paralleleinfuhren, die ein anderes Warenzeichen tragen als das vom Arzt verschriebene Erzeugnis.

6. Um alle Gesichtspunkte des Rechtsstreits aufzuklären, ist der Hinweis nützlich, daß es nach ihrem Urteil Centrafarm/American Home Products Corporation (American Home Production)[5] nicht ohne weiteres vertragswidrig ist, in zwei Staaten zwei unterschiedliche Warenzeichen für dasselbe Erzeugnis anzumelden. Folglich kann der Inhaber eines Warenzeichens sich dagegen verwahren, daß ein nicht lizenzierter Dritter auf einem Erzeugnis, das rechtmäßig eines der Warenzeichen trägt, das andere anbringt. Ausgenommen haben Sie nur den Fall, daß die Anmeldung zweier Warenzeichen der Abschottung der Märkte dienen soll.

7. Britische Ärzte verschreiben normalerweise Erzeugnisse unter dem ihnen bekannten Namen, also dem im Vereinigten Königreich verwendeten. Ist dieser mit dem Warenzeichen der Paralleleinfuhr identisch, stehen die angegriffenen Maßnahmen der Abgabe des letzteren Erzeugnisses nicht entgegen. Anders verhält es sich, wenn die beiden Warenzeichen sich unterscheiden. Dann verbietet es das britische Recht dem Apotheker, die Paralleleinfuhr abzugeben, wie es ihm ganz generell verbietet, ein Erzeugnis abzugeben, das nicht das vom Arzt verschriebene Warenzeichen trägt.

8. Für ungefähr 220 Erzeugnisse wurde eine Paralleleinfuhrerlaubnis erteilt; etwa 50 von ihnen haben ein anderes Warenzeichen. 19 von diesen zählen zu den im Vereinigten Königreich am häufigsten verschriebenen 300 Arzneimitteln.

9. Vor der Einführung der angegriffenen Maßnahmen hatte sich ein erheblicher Handel mit Paralleleinfuhren entwickelt, weil die Apotheker von sich aus diese ungeachtet ihres Warenzeichens abgaben, wenn ihnen eine Verschreibung über das britische Warenzeichen vorgelegt wurde. Das ist leicht zu erklären: Da ihnen der für das britische Erzeugnis vorgesehene Tarif entgolten wurde, erlangte der Apotheker einen erheblichen Vorteil, der die „Ersetzung" förderte[6]. Das Verbot dieser „Ersetzung" hat der API, der Verband der Parallelimporteure, vor dem nationalen Gericht mit dem Ziel angegriffen, feststellen zu lassen, daß es sich dabei um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag handele.

3 — Paragraph 1.4 (ii) und (iv).

4 — Verlautbarung vom 12. Juli 1986, bestätigt mit Schreiben vom 12. August 1986.

5 — A. a. O. Fußnote 1, Randnrn. 15, 20, 21 und 22.

6 — Diesen Ausdruck verwende ich in diesen Schlußanträgen seiner Kürze halber. Damit soll kein Vorbehalt gegen die Gleichwertigkeit von verschriebenem und abgegebenem Erzeugnis ausgedrückt werden.

10. So läßt sich der Rahmen des Rechtsstreits skizzieren, der zu Ihrer Befassung führte.

11. Die erste britische Instanz kam zu dem Ergebnis, daß diese Maßnahmen nicht gegen Artikel 30 verstießen. Sie werden die Gesichtspunkte herauszuarbeiten haben, die es dem Court of Appeal erlauben, diese Würdigung zu bestätigen oder aufzuheben.

12. Für diese Untersuchung ist es hilfreich, ein wenig von der Reihenfolge der Fragen abzuweichen, die das vorlegende Gericht gestellt hat. Ganz zu Beginn ist nämlich zu prüfen, ob die später bestätigte Verlautbarung der Beklagten zu 1 im Hinblick auf deren Rechtsnatur eine Maßnahme im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag darstellt.

13. Die Beklagte zu 1 wurde 1843 mit Royal Charter errichtet. Sie führt ein Verzeichnis, in das jeder Apotheker eingetragen werden muß, der seinen Beruf ausüben will. Sie führt die Disziplinaraufsicht und kann Geldstrafen sowie vorübergehende oder sogar endgültige Berufsverbote verhängen. Rechtsmittel gegen diese Entscheidungen liegen zum High Court of Justice. Bei seiner Berufsausübung muß der Apotheker Berufsregeln, insbesondere Standesregeln beachten, für die die fragliche Verlautbarung ein Beispiel gibt.

14. Drei wesentliche Züge sind hervorzuheben:

— die Überwachung eines Berufsstands,

— der Erlaß von Standesregeln,

— die Ausübung von Disziplinargewalt zur Sicherung ihrer Beachtung.

Die Beklagte zu 1 stellt somit einen Berufsverband dar; sie erbringt eine *öffentliche Leistung im Allgemeininteresse.* Die Verpflichtung zur Einschreibung in das Verzeichnis und die Disziplinargewalt entsprechen Befugnissen, die über das *bürgerliche Recht hinausgehen.* Sie unterscheiden sich ganz wesentlich von den Eigenschaften normaler privater Organisationen.

15. Alle Zweifel sind behoben, bedenkt man, daß Sie das Verhalten einer Gemeinde[7], die nach nationalem Recht nicht dem Staat zuzurechnen war, und selbst die Tätigkeit einer privatrechtlichen Stelle, die der Staat unterstützte, diesem für die Anwendung des Artikels 30 zugerechnet haben[8]. Die Rechtsnatur der Beklagten zu 1 genügte somit nicht, um ihre Handlungen der Qualifizierung als „öffentliche Maßnahmen“[9] und damit der Anwendung des Artikels 30 zu entziehen, wenn ihre Wirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel dem dort niedergelegten Verbot zuwiderliefen.

16. Nachdem diese Schwierigkeit erledigt ist, können wir uns nun der Untersuchung der fraglichen Bestimmung mit Rücksicht auf das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung zuwenden. Dem Ersetzungsverbot wird vorgeworfen, eingeführte Erzeugnisse vom Markt fernzuhalten, die aus therapeuti-

7 — Urteil vom 22. September 1988 in der Rechtssache 45/87, Kommission/Irland, Slg. 1988, 4929.

8 — Urteil vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81, Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005.

9 — Urteil vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85, Vlaamse Reisbureaus, Slg. 1987, 3801.

scher Sicht mit dem von demselben Unternehmen oder derselben Unternehmensgruppe oder unter Lizenz hergestellten nationalen Erzeugnissen identisch oder ihnen gleichwertig sind und die von der nationalen Erzeugung nur in ihrer Handelsbezeichnung abweicht.

17. Bestünden diese Regeln nicht, so würde der Erwerb von Paralleleinfuhren durch die Apotheker wahrscheinlich steigen, wie es die Lage vor 1986 beispielhaft erkennen läßt. Folgt damit aus Ihrem Urteil Dassonville [10] ohne weiteres, daß die fraglichen Maßnahmen gegen Artikel 30 verstoßen? Eine vertiefte Untersuchung der Lage führt ganz entschieden zum entgegengesetzten Ergebnis. Lassen Sie mich zunächst diejenigen Ihrer Entscheidungen untersuchen, die hier in besonderem Maße einschlägig sind.

18. In Ihrem Urteil Blesgen [11] haben Sie ausgeführt, daß das Verbot, Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 22 % in Getränkeläden zu verkaufen, mit Artikel 30 vereinbar ist, wenn es auf nationale und eingeführte Erzeugnisse *ohne Unterschied anwendbar* ist, *in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr der Waren steht und aus diesem Grund* nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Neuerdings haben Sie in Ihrem Urteil Duphar [12] ausgeführt, daß der aus Gründen des Gleichgewichts des Sozialhaushalts verhängte Ausschluß der Kostenerstattung für bestimmte Arzneimittel in einem Land, *in dem die verbrauchten Arzneimittel im wesentlichen importiert werden,* keine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt. Hinzugefügt haben Sie, daß eine solche Regelung

„*als solche* nicht als Beschränkung der durch Artikel 30 EWG-Vertrag gewährleisteten Einfuhrfreiheit *angesehen werden*" kann [13],

wenn die fragliche Liste eingeführte Erzeugnisse nicht diskriminiert.

19. Lassen Sie es mich sofort sagen: Nach dieser Rechtsprechung stellen die angefochtenen Maßnahmen keine Handelshemmnisse dar.

20. Der High Court of Justice hatte angenommen, die fraglichen Maßnahmen entsprächen „normalem Handelsbrauch". Die Kläger und die Kommission widersprechen dem; die Regel, daß das Bestellte zu liefern sei, sei hier nicht einschlägig. Der Arzneimittelmarkt weise Besonderheiten auf, die Ärzte seien keine unabhängigen Wirtschaftsbürger, weil sie dem öffentlichen Recht unterständen, nicht aber kaufmännischen Notwendigkeiten.

21. Das widerspricht aber nicht dem Gedanken, daß abzugeben ist, was vom Arzt verschrieben ist.

22. Zunächst kann einfach gezeigt werden, daß bei einem normalen Handelsgeschäft der Grundsatz „Pacta sunt servanda" nicht als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen ist. Dazu mag ein ganz einfaches Beispiel dienen. Zwei Mitgliedstaaten aus dem Sü-

10 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837.

11 — Urteil vom 31. März 1982 in der Rechtssache 175/81, Slg. 1982, 1211, insbesondere Randnr. 9.

12 — Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82, Slg. 1984, 525.

13 — Randnr. 20, Hervorhebung von mir.

den Europas haben jeweils eine eigene Kraftfahrzeugmarke, deren Modelle bis vor kurzem identisch waren. Stellen wir uns vor, daß die Kraftfahrzeughändler des einen dieser Staaten auf eine Bestellung von Fahrzeugen der nationalen Marke identische Kraftfahrzeuge mit der Marke des anderen Staates liefern. Das würde zweifelsfrei die Einfuhren steigern. Solche Praktiken würden aber ohne jeden Zweifel von den Gerichten nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen verworfen. Niemand käme auf den Gedanken, daß der Grundsatz „Pacta sunt servanda" gegen Artikel 30 verstieße. Es ginge nur darum, aus der Entscheidung der Kundschaft Konsequenzen zu ziehen. Dennoch hinge das Importvolumen davon ab, ob die Grundsätze des Vertragsrechts beachtet würden oder nicht. Diese Grundsätze stehen jedoch ganz offenkundig als solche außerhalb jeden Zusammenhangs mit den Einfuhren.

23. Sicherlich sind die Ärzte als solche weder Wirtschaftsteilnehmer noch Verbraucher. Ihre Verschreibung erfolgt jedoch anders als die individuellen Verbrauchsentscheidungen unter ihrer persönlichen und beruflichen Verantwortung, die gegebenfalls zu gerichtlichen Sanktionen führen kann. Diese Feststellung schwächt nicht den Vergleich mit dem privaten Verbraucher, sondern stärkt ihn. Hier geht es um Bestimmungen, die die Beachtung der ärztlichen Entscheidung sichern.

24. Schließlich kommt die Entscheidung, ein bestimmtes Arzneimittel zu verschreiben, in zehn der zwölf Mitgliedstaaten ausschließlich den Ärzten zu. Ihre Entscheidung ist genauestens zu beachten. Daran, daß diese Entscheidung souverän erfolgt, ändern die verschiedenen im Laufe des Verfahrens angezogenen im Vereinigten Königreich geltenden Regeln — schwarze Liste, Verpflichtung, bestimmte Generika zu verschreiben — nicht mehr, als die Unabhängigkeit des Richters durch gesetzliche Bestimmungen über sein Amt beschränkt wird. Dieses Vorrecht muß dem einzigen Recht gegenübergestellt werden, das dem Patienten zukommt: sich die verschriebenen Erzeugnisse abzuholen oder nicht. Dem EWG-Vertrag liegen die Vorstellungen zugrunde, die die Mitgliedstaaten durch solche Regelungen abgesegnet haben; er ändert sie nicht. Deshalb ist die Auffassung der Kommission zurückzuweisen, daß der Patient im normalen Handel ein anderes als das verschriebene Erzeugnis annehmen könnte. Damit wird verkannt, daß nach nationalem Recht ein Arzneimittel nur aufgrund der Entscheidung des Arztes erlangt werden kann. Sicherlich kann der Patient diesem seine Vorlieben, seine Befürchtungen mitteilen, aber allein dem Arzt obliegt unter seiner alleinigen Verantwortung die Entscheidung. In der Verhandlung wurden erstaunlicherweise Unterschiede danach gemacht, ob das Arzneimittel im Rahmen des NHS oder in dem der privaten Medizin abgegeben wurde. Die Einheitlichkeit des Standesrechts kann nicht von den Kostentragungsmodalitäten abhängen. Sollte etwa das anwaltliche Berufsgeheimnis davon abhängen, ob sein Honorar im Rahmen der Prozeßkostenhilfe erstattet wird?

25. Ganz allgemein liegt die Debatte über den öffentlich-rechtlichen Status der Ärzte im Rahmen des NHS neben der Sache. Das vorlegende Gericht will schließlich nicht wissen, ob das Gesamtverhalten der britischen Ärzte als „öffentliche Maßnahme" zu betrachten ist, die möglicherweise Artikel 30 verletzt. Es will auch nicht wissen, ob die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts bei der ärztlichen Entscheidung verkannt werden, sondern nur, ob die *Beachtung dieser*

*Entscheidung* selbst gegen den EWG-Vertrag verstößt.

26. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind die Mitgliedstaaten für die Bestimmung der Aufgaben der Berufe des Gesundheitswesens zuständig. Die erwähnten nationalen Regeln führen dazu, daß der Verbrauch verschreibungspflichtiger Arzneimittel und damit die entsprechende Nachfrage der Apotheker durch ärztliche Entscheidung bestimmt wird. Deshalb richten sich die Werbefeldzüge der Arzneimittelfirmen wie die Bemühungen der Sozialversicherungsträger um die Senkung der Krankheitskosten an die Ärzteschaft. Deshalb ist das Gebiet, das sich der API ausgesucht hat, so ungewöhnlich: Da die Verschreibung von Paralleleinfuhren durch die Ärzte ungenügend ist, sollen die Spielregeln geändert und dem Apotheker die Möglichkeit zu einer „Auslegung" der Verschreibung gegeben werden. Wenn auch eine solche Möglichkeit im Vereinigten Königreich die Einfuhren steigern könnte, so wäre es doch irrig, daraus den Umkehrschluß zu ziehen, daß die Beachtung der Verschreibung als solche eine mit Artikel 30 unvereinbare Beschränkung darstellte. Diesen Schluß aber befürwortet der API.

27. Dieser führt in seinen Erklärungen aus, die Paralleleinfuhren müßten mit den einheimischen Warenzeichen in Wettbewerb treten können. Meine Meinung ließe sich nicht besser ausdrücken: Das setzt einen Wettbewerb mit den nationalen Warenzeichen dort voraus, wo dieser Wettbewerb stattfinden *muß*. Deutlicher: Wenn die Gleichwertigkeit der eingeführten Erzeugnisse mit den nationalen Warenzeichen über den vom System der Paralleleinfuhrlizenzen gewährten formell gleichen Zugang zum Markt nach Auffassung des API weitere Anforderungen stellt, so muß er gegebenenfalls für deren Beachtung sowohl hinsichtlich der Erzeugnisse — Sanktionierung eines eventuellen Mißbrauchs des Warenzeichenrechts — wie im Zusammenhang mit den Verschreibungen sorgen — z. B. durch ein Vorgehen gegen allfällige Werbungshindernisse. Da aber der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung voraussetzt, daß diese als solche Einfuhren behindert, kann man Artikel 30 sicherlich nicht anziehen, um eine Änderung der Regeln über die Erteilung von Verschreibungen zu erreichen. Der Bote, sagt man, kann nichts für die überbrachten Nachrichten. Die angefochtenen Maßnahmen stellen somit, um einen Ausdruck aus der Verhandlung aufzugreifen, *„the ancillary links in the chain"*, die nachgeordneten Glieder der Kette dar.

28. Die einzige Anforderung, die das Gemeinschaftsrecht an die fraglichen Bestimmungen stellt, ist diejenige einer absoluten Neutralität der auf ärztliche Verschreibungen anwendbaren Regelungen unabhängig vom verschriebenen Erzeugnis. Wenn dies wie hier der Fall ist, kann das Verbot der „Ersetzung"

*„als solches* nicht als Beschränkung der durch Artikel 30 EWG-Vertrag gewährleisteten Einfuhrfreiheit angesehen werden" [14].

29. Meine Auffassung — das sei zur Vermeidung jeder Mehrdeutigkeit gesagt — beruht nicht auf dem Begriff der „zwingenden Erfordernisse" Ihres Urteils „Cassis de Dijon" und der späteren Rechtsprechung. Diese „zwingenden Erfordernisse" gelten für Maßnahmen, die Handelshemmnisse

14 — A. a. O., Hervorhebung von mir.

darstellen. Ich hoffe aber, gezeigt zu haben, daß es sich bei den hier angegriffenen Maßnahmen nicht um solche handelt.

30. Folgen Sie mir, brauchen Sie die allfällige Rechtfertigung der fraglichen Maßnahmen nach Artikel 36 nicht mehr zu prüfen.

31. Ich werde mich insoweit kurz fassen, da ganz klare Argumente es ausschließen, die angefochtenen Maßnahmen als Verstoß gegen Artikel 30 anzusehen. Sollten Sie freilich zu einem anderen Ergebnis kommen, können Sie dann zu der Auffassung gelangen, daß sie im Interesse des Gesundheits- oder des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind?

32. Die genaue Festlegung der Aufgaben des Arztes und des Apothekers stellt eine Garantie für den Patienten dar. Die Genauigkeit der Durchführung der Verschreibung unterstützt die ärztliche Verantwortung und zweifelsfrei in großem Maße das Vertrauen des Kranken in die vom Arzt verschriebene Behandlung. Insbesondere läßt sich nicht ausschließen, daß der Verlust des „Placebo-Effekts" oder der „Angstfaktor" Gefahren mit sich bringen, die das Verbot der „Ersetzung" zu verhüten trachtet.

33. Nach Auffassung der Kommission können freilich andere, weniger einschränkende Maßnahmen diese Ziele schützen. Sie erwägt zum einen die Möglichkeit einer Zustimmung oder einer Information des Patienten, zum anderen die Einführung eines Verschreibungsformulars mit dem Vermerk „Paralleleinfuhren", den der Arzt gegebenenfalls streichen könnte.

34. Die Zustimmung des Patienten zur „Ersetzung" wäre im wesentlichen formalistisch; sie nähme keine Rücksicht auf die Situation des Kranken, der in der großen Mehrzahl der Fälle nicht in der Lage ist, die Bedeutung seiner Zustimmung abzuschätzen, wenn er sich einem Fachmann wie dem Apotheker gegenüber sieht, der ihn auffordert, ein anderes Warenzeichen als das vom Arzt verschriebene anzunehmen. Im übrigen und vor allem wäre es gefährlich, damit eine Situation zuzulassen, in dem der erhebliche Gewinn, der aus der „Ersetzung" resultierte, die Apotheker entscheidend dazu veranlassen würde, sie herbeizuführen.

35. Die zweite Möglichkeit liefe darauf hinaus, eine Vermutung für die „alternative" Verschreibung der Paralleleinfuhr einzuführen, die der Arzt in ihr Gegenteil verkehren könnte, indem er den entsprechenden Vermerk auf dem Verschreibungsformular striche. Die formelle Verantwortung des Arztes fände sich somit formell beachtet.

36. Zwei Fragen sind hier zu stellen, um die Nachteile einer solchen Lösung zu verhüten, die eher verführerisch als überzeugend ist.

37. Die erste Frage wird von den Erklärungen des Vereinigten Königreichs nahegelegt. Würde nicht die Stellung, die den Paralleleinfuhren damit eingeräumt würde, exakt gleichwertige — gegebenenfalls direkt eingeführte — andere Erzeugnisse diskriminieren?

38. Die zweite Frage kommt von mir. Kann man vernachlässigen, wie die ärztliche Standesethik eine solche „Vermutung" aufnehmen würde? Es muß vermieden werden, daß

Ihre Rechtsprechung eine zweifelhafte Hierarchie der fraglichen Werte einführt. Sie haben zugelassen, daß der Schutz des Warenzeichens es rechtfertigt, daß dasselbe Erzeugnis zwei unterschiedliche Warenzeichen tragen kann. Das hat zum Ausgangsrechtsstreit geführt. Wäre es verständlich, wenn der Gerichtshof, um den Anforderungen des freien Warenverkehrs gerecht zu werden, der von diesem Schutz des Warenzeichens objektiv beeinträchtigt wird, zu einer Lösung griffe, die stillschweigend aber unausweichlich dazu führen würde, die Modalitäten der ärztlichen Verschreibung zu ändern?

39. Schließlich ist zu prüfen, ob das Verbot der Ersetzung durch den Schutz des Warenzeichens dann gerechtfertigt ist, wenn dieses nach nationalem Recht — das wurde im vorliegenden Fall erörtert — dadurch verletzt wird, daß ein Erzeugnis mit einem anderen Warenzeichen als dem vom Arzt verschriebenen abgegeben wird.

40. Nach Ihrer Rechtsprechung widerspricht die Ausübung von Rechten, die das nationale Recht dem Warenzeicheninhaber zur Wahrung von dessen wesentlichem Ziel einräumt, nicht dem Gemeinschaftsrecht. In Ihrem Urteil American Home Products [15] haben Sie ausgeführt:

„Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts besteht insbesondere darin, daß seinem Inhaber das ausschließliche Recht verliehen wird, das Warenzeichen beim erstmaligen Inverkehrbringen eines Erzeugnisses zu benutzen, und daß er dadurch vor Konkurrenten geschützt wird, die die Stellung und den Ruf des Warenzeichens durch den Vertrieb *widerrechtlich mit diesem Zeichen versehener* Erzeugnisse zu mißbrauchen suchen“ [16].

Sie haben hinzugefügt, daß

„die Hauptfunktion des Warenzeichens ... darin besteht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren“ [17]

und daß

„diese Herkunftsgarantie [ein]schließt ..., *daß nur der Inhaber das Erzeugnis durch die Anbringung des Warenzeichens identifizieren darf*“ [18].

Sie haben weiter hinzugefügt:

„Das dem Warenzeicheninhaber eingeräumte Recht, sich jeder unbefugten Anbringung des Warenzeichens auf seinem Erzeugnis zu widersetzen, gehört somit zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts.“ [19]

41. Führt eine Verschreibung des Erzeugnisses A dazu, daß das Erzeugnis B abgegeben wird, sind die wirtschaftlichen Interessen des Inhabers des Warenzeichens A sicherlich berührt. Solange aber das Erzeugnis B unter dem Warenzeichen B abgegeben wird, ohne unter dem Warenzeichen A neu etikettiert zu sein, ist das ausschließliche Recht, dieses letztere Warenzeichen zu verwenden, auf keinen Fall gefährdet.

42. Mit anderen Worten, wenn die „Ersetzung“ des Erzeugnisses von keinem Vorgang begleitet ist, in denen sich ein Dritter

15 — A. a. O., Fußnote 1.
16 — Randnr. 11, Hervorhebung von mir.
17 — Randnr. 12.
18 — Randnr. 13, Hervorhebung von mir.
19 — Randnr. 17.

„die Befugnis herausnimmt, eines der beiden Warenzeichen auf einem beliebigen Teil der Produktion anzubringen oder die vom Inhaber angebrachen Warenzeichen auf verschiedenen Teilen der Produktion zu ändern“ [20],

ist ein Verbot der fraglichen Maßnahme nicht unter Berufung auf Artikel 36 EWG-Vertrag zu rechtfertigen. Die Herkunftsgarantie des Erzeugnisses kann nämlich nicht gefährdet sein, wenn das Arzneimittel mit seiner ursprünglichen Etikettierung abgegeben wird, die der Inhaber des Rechts vorgenommen hat.

43. Ohne längere Ausführungen zu diesem Aspekt der Rechtssache machen zu wollen, möchte ich nur klarstellen, daß die Auffassung, der Schutz des Warenzeichens verlange die fragliche Maßnahme, dem „verschriebenen“ Warenzeichen einen unangemessenen Wettbewerbsvorteil in dem Fall sicherte, in dem Sie die fragliche Maßnahme als Artikel 30 widersprechend ansehen sollten.

44. Ich habe bereits gesagt, worum es bei dem vorliegenden Problem im wesentlichen geht. Gleichwohl bin ich mir völlig der Zufälligkeiten bewußt, die die Verschreibung von Paralleleinfuhren durch die Ärzte und damit die tatsächliche Einfuhr mit sich bringt. Die Schwierigkeit ist offenkundig folgende: Stellt das Gemeinschaftsrecht für Erzeugnisse wie diejenigen, für die eine Paralleleinfuhrlizenz erteilt wurde, andere Erfordernisse auf als das einer formellen Gleichheit des Zugangs zum Markt?

20 — Randnr. 15.

45. Insoweit ist auf die Vorgänge hinzuweisen, die offenkundig der Klage vor dem vorlegenden Gericht zugrunde liegen: Zunächst die Schwierigkeit für Paralleleinfuhren, sich auf einem Markt durchzusetzen, der durch die Verschreibungsgewohnheiten der nationalen Ärzte gekennzeichnet ist. Insoweit scheint mir die Behauptung angreifbar, an sie gerichtete Werbung sei unwirksam. Das fehlende Wirtschaftsinteresse der Ärzte ist für alle Arzneimittel dasselbe, seien sie nun eingeführt oder nicht, und allem Anschein nach verzichten die Unternehmen nicht darauf, für ihre Erzeugnisse zu werben. Sicherlich wurde in der Verhandlung behauptet, daß die Werbung für Paralleleinfuhren durch die Parallelimporteure gegen nationales Recht verstoße. Der Weg, den der API eingeschlagen hat, hat uns jedenfalls kein Material dafür geliefert, diese allfälligen Beschränkungen am Gemeinschaftsrecht zu prüfen.

46. Aber, ich möchte das wiederholen, die wahre Schwierigkeit liegt im Warenzeichenrecht. Die Kommission widmet nahezu die Hälfte ihrer Erklärungen diesem Gebiet; sie weist darauf hin, daß alle Probleme der Rechtssache gelöst wären, wenn die Parallelimporteure ihre Einfuhren neu etikettieren dürften. Sie fordert Sie darüber hinaus auf, Ihr Urteil American Home Products zu der Frage zu präzisieren, ob die Ausübung des Warenzeichenrechts — insbesondere die Anmeldung zweier verschiedener Warenzeichen für ein und dasselbe Erzeugnis — dann dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, wenn es zu einer Abschottung der Märkte führt, oder nur dann, wenn dieses Ergebnis beabsichtigt ist, wie es die genannte Entscheidung anzuzeigen scheint.

47. In Anbetracht der Vorlage brauchen Sie ganz offenkundig diese Frage nicht zu prü-

fen, um Ihr genanntes Urteil zu bestätigen oder einzuschränken. Lassen Sie mich nur anmerken, daß das Vorbringen der API diese Rechtsprechung nicht ausdrücklich in Frage stellt, sondern sie nur dazu verwendet, eine Absicht der Marktabschottung darzutun. Ich werde mich selbstverständlich hüten, zu den Erfolgsaussichten von Klagen Stellung zu nehmen, die auf diese Gesichtspunkte gestützt wären.

48. Abschließend schlage ich Ihnen vor, auf die Fragen des Court of Appeal wie folgt zu antworten:

„Stellt eine vom Staat eingerichtete Stelle, die über standesrechtliche Befugnisse verfügt, eine berufsständische Regel auf, deren Mißachtung disziplinarische Folgen haben kann, so kann dies eine staatliche Maßnahme im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag darstellen.

Eine nationale Bestimmung, wonach ein Apotheker auf eine ärztliche Verschreibung hin, in der ein Arzneimittel mit seinem Warenzeichen oder seinem gesetzlich geschützten Namen bezeichnet ist, in jedem Fall ausschließlich ein Erzeugnis mit diesem Warenzeichen oder diesem Namen abgeben muß, ist mit Artikel 30 EWG-Vertrag auch dann nicht unvereinbar, wenn der Apotheker ihretwegen daran gehindert ist, ein gleichwertiges Erzeugnis abzugeben, das von den zuständigen nationalen Stellen aufgrund von Vorschriften, die gemäß dem Urteil in der Rechtssache 104/75 erlassen wurden, zugelassen und von demselben Unternehmen oder derselben Unternehmensgruppe oder von einem Lizenznehmer dieses Unternehmens hergestellt worden ist, aber ein Warenzeichen oder einen gesetzlich geschützten Namen trägt, der für das Erzeugnis in einem anderen Mitgliedstaat verwendet wird und der sich von dem in dem Rezept angegebenen Warenzeichen oder gesetzlich geschützten Namen unterscheidet."