In der Rechtssache 1/81

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Landgericht Hamburg in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

PFIZER INC., New York (USA),

gegen

EURIM-PHARM GMBH, Piding/Bad Reichenhall (Bundesrepublik Deutschland),

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 36 EWG-Vertrag

erläßt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten G. Bosco, der Richter A. O'Keeffe und T. Koopmans,

Generalanwalt: F. Capotorti
Kanzler: J. A. Pompe, Hilfskanzler

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt, der Verfahrensablauf und die nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG eingereichten schriftlichen Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Pfizer Inc., ist eine bedeutende amerikanische Herstellerin von pharmazeutischen Erzeugnissen mit

Tochterunternehmen in den meisten Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland und im Vereinigten Königreich. Sie stellt unter anderem ein Breitspektrum-Antibiotikum her, das unter der Bezeichnung „Vibramycin" vertrieben wird. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Muttergesellschaft Inhaberin sowohl dieses Zeichens als auch des Zeichens „Pfizer", die für sie in die deutsche Zeichenrolle eingetragen sind.

Die deutsche Tochtergesellschaft der Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Pfizer GmbH, verkauft das Antibiotikum „Vibramycin" in Packungsgrößen, die den Verschreibungsgewohnheiten der deutschen Ärzte entsprechen, und zwar in Fünfer-, Achter-, Sechzehner- und Vierzigerpackungen sowie in einer für den Klinikbedarf bestimmten Hunderterpackung.

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Eurim-Pharm GmbH, befaßt sich mit der Einfuhr ausländischer Arzneimittel aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in die Bundesrepublik Deutschland. Sie importiert das von der Pfizer Ltd., der britischen Tochtergesellschaft der Klägerin, stammende Antibiotikum „Vibramycin" und bringt es nach einer Neukonfektionierung in der Bundesrepublik Deutschland in den Verkehr.

In Großbritannien wird das Erzeugnis in Zehner- und Fünfzigerpackungen vertrieben, wobei jeweils fünf Kapseln in einen sogenannten Blisterstreifen eingeschweißt sind. Auf der Folie, die auf die Rückseite des Streifens aufgeschweißt ist, befinden sich die Bezeichnungen „Vibramycin" und „Pfizer".

Um den deutschen Vorschriften und Verschreibungsgewohnheiten zu entsprechen, hat die Beklagte des Ausgangsverfahrens diese Blisterpackungen in von ihr entworfene Faltschachteln umgepackt, ohne den Blisterstreifen selbst oder seinen Inhalt zu verändern. Die Vorderseite der Schachtel hat eine mit einem Klarsichtfenster versehene Öffnung, durch die die auf der Folie des Blisterstreifens enthaltenenen Bezeichnungen „Vibramycin" und — kleiner geschrieben — „Pfizer" deutlich sichtbar sind. Die Rückseite der Schachtel hat der Importeur mit folgender Aufschrift versehen: „Breitspektrum-Antibiotikum; Hersteller: Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, GB ...; Importeur: Eurim-Pharm GmbH, Arzneimittelgroßhandlung, 8229 Piding; abgepackt vom Importeurvertrieb: Eurim-Pharm GmbH, 8229 Piding ..." Dieser Verpackung wird ein den deutschen Vorschriften entsprechender Beipackzettel beigefügt.

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens sieht in diesem Vorgehen eine Verletzung des ihr an dem Warenzeichen „Vibramycin" in der Bundesrepublik Deutschland zustehenden Rechts.

Sie erwirkte am 27. Juli 1979 eine durch Urteil vom 10. August 1979 bestätigte einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg, mit welcher der Beklagten des Ausgangsverfahrens unter der üblichen Androhung von Ordnungsmitteln verboten wurde, geblisterte Vibramycin-Kapseln eines Pfizer-Unternehmens dergestalt durch eine neue Packung zu konfektionieren, daß die Marke „Vibramycin" von außen sichtbar bleibt, sowie ferner, derart konfektionierte Artikel in Verkehr zu bringen.

In seinem Urteil vom 10. August 1979 entschied das Landgericht Hamburg, daß die Beklagte mit dem Vertrieb der von ihr gestalteten Verpackung in das nationale Zeichenrecht der Klägerin eingreife. Aus der Sicht des angesprochenen Publikums erscheine nämlich die auf den Blisterstreifen angebrachte und durch ein Klarsichtfenster in der äußeren Verpak-

kung sichtbar gemachte Bezeichnung „Vibramycin" als integraler Bestandteil der äußeren Verpackung. Dieses Vorgehen begründe aber eine Zeichenverletzung nach § 15 Warenzeichengesetz. Dieses Gesetz beziehe sich nicht nur auf den in der Verpackung befindlichen Gegenstand, sondern auch auf die aus diesem Gegenstand und seiner Verpackung geschaffene Einheit. Die Herkunftsgarantie sei aber die wesentliche Funktion des Warenzeichens, insbesondere im Bereich der Arzneimittel, und gehöre zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten spezifischen Gegenständen des Warenzeichenrechts; sie beziehe sich auf die Handelseinheit, auf der sich das Zeichen des Herstellers befinde. Auch durch die Anbringung des Zeichens auf dem Blisterstreifen sei das Zeichenrecht nicht hinsichtlich des Versehens der äußeren Umhüllung mit dem Warenzeichen verbraucht.

Das Landgericht Hamburg führte des weiteren aus, in der Geltendmachung der nationalen Zeichenrechte durch die Klägerin sei kein Verstoß gegen das europäische Gemeinschaftsrecht zu erblicken. Aus den Urteilen des Gerichtshofes vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Slg. 1978, 1139) und vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78 (Centrafarm/AHPC, Slg. 1978, 1823) ergebe sich nämlich, daß die Annahme einer „verschleierten Beschränkung" oder „willkürlichen Diskriminierung" im Sinne des Artikels 36 Satz 2 EWG-Vertrag das Vorhandensein eines subjektiven Moments voraussetze in dem Sinne, daß der Zeicheninhaber sein Zeichenrecht zu dem Zweck einsetze, den freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu behindern und so die nationalen Märkte gegeneinander abzuschotten. Das vorliegen eines solchen Elements müsse dem Tatrichter nachgewiesen werden (vgl. Rechtssache 3/78, a.a.O., Randnr. 23 der Entscheidungsgründe).

Auf die Berufung der Beklagten des Ausgangsverfahrens änderte das Hanseatische Oberlandesgericht mit seinem Urteil vom 24. Januar 1980 das Urteil des Landgerichts Hamburg ab und hob die einstweilige Verfügung auf.

In seinen Entscheidungsgründen ließ das Oberlandesgericht die Frage der Verletzung des nationalen Zeichenrechts ausdrücklich offen und führte aus, die Ausübung des Warenzeichenrechts sei vorliegend jedenfalls durch die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag ausgeschlossen. Die Klägerin könne sich nicht auf Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag berufen, da die Geltendmachung des Warenzeichenrechts durch den Inhaber unter Berücksichtigung des von ihm angewandten Vermarktungssystems zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitrage und damit zu einer verschleierten Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 36 Satz 2 EWG-Vertrag führe. Eine solche Beschränkung läge dann vor, wenn die Abpackung des Arzneimittels für den britischen Markt auf dem deutschen Markt wegen einer abweichenden Verschreibungspraxis der deutschen Ärzte nicht vertrieben werden könnte.

Das Berufungsgericht führte weiterhin aus, die von der Beklagten durchgeführte Neukonfektionierung habe den spezifischen Gegenstand des Warenzeichens, nämlich die Kennzeichnung der Herkunft des Erzeugnisses, nicht beeinträchtigt. Die von der Beklagten im vorliegenden Fall vorgenommene Neukonfektionierung lasse die Originalverpackung in Gestalt eines Blisterstreifens mit dem vom Hersteller angebrachten Warenzeichen erkennen. Durch sie werde also nicht vorgetäuscht, daß es sich um das Original des fraglichen Erzeugnisses handele.

Das Oberlandesgericht bemerkte schließlich noch, es komme nicht darauf an, ob die Klägerin dadurch, daß sie unterschiedliche Verpackungen des Arzneimittels Vibramycin in Großbritannien und Deutschland in den Verkehr bringen lasse, bezüglich dieses Produkts eine Abschottung der Märkte beider EG-Mitgliedstaaten bezweckt habe. Es reiche vielmehr aus, wenn die Maßnahmen, die zur Marktabschottung führten, dem Warenzeicheninhaber zuzurechnen seien und willkürlichen Charakter hätten.

3. Im Rahmen des Verfahrens in der Hauptsache, das zur Zeit vor dem Landgericht Hamburg anhängig ist, hat die Klägerin vorgetragen, im Arzneimittelbereich sei nur das Erzeugnis in vollständiger Packung mit dem gesamten vorgeschriebenen Informationsinhalt als verkaufsfähiger Artikel anzusehen. Mit der Ersetzung der Originalverpackung und der beigefügten Informationen des Originalherstellers durch eine neue Verpakkung werde ein neuer handelsfähiger Artikel geschaffen, der als Markenartikel zu bezeichnen sei, wenn er eine Marke erkennbar herausstelle. Der im vorliegenden Fall von der Beklagten angewendete Trick, die auf der Blisterrückseite aufgedruckte Marke „Vibramycin" nach außen durch ein Fenster der neuen Pakkung erkennbar zu machen, sei ein „Versehen" mit der Marke im Sinne des Warenzeichengesetzes. Das Recht des Warenzeicheninhabers, sich jeder unbefugten Anbringung des Warenzeichens auf seinem Erzeugnis zu widersetzen, gehöre jedoch zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts und rechtfertige somit die Ausnahme des Artikels 36 Satz 1 EWG-Vertrag.

Schließlich seien die Voraussetzungen des Artikels 36 Satz 2 EWG-Vertrag nicht erfüllt, da im vorliegenden Fall das subjektive Element, das einem Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder einer verschleierten Beschränkung innewohne, bei dem Inhaber des Warenzeichens nicht vorliege. Die Ursache für eine Marktabschottung liege ausschließlich in den unterschiedlichen Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte im Vereinigten Königreich und in der Bundesrepublik Deutschland.

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens hat vor dem Landgericht vorgetragen, die von ihr praktizierte Neukonfektionierung verletze nicht das nationale Warenzeichenrecht der Klägerin, da sie das Warenzeichen, das von seinem Inhaber an dem fraglichen Erzeugnis angebracht worden sei, nicht berühre. Ferner gehöre zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts nach Artikel 36 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht eine dem Markeninhaber nationalrechtlich etwa eingeräumte Befugnis, den Erwerber rechtmäßig markierter Ware am „Zeigen" der Markierung nach einer von ihm vorgenommenen Umpackung zu hindern.

Dagegen verstoße die Klägerin aus den vom Hanseatischen Oberlandesgericht dargelegten Gründen mit der Ausübung ihres Warenzeichenrechts gegen Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag.

In den Gründen seines Vorlagebeschlusses legt das Landgericht Hamburg dar, es halte an seiner im Urteil vom 10. August 1979 vertretenen Auffassung fest, daß die Beklagte gegen das deutsche Warenzeichenrecht der Klägerin verstoße. Das deutsche Gericht ist allerdings der Ansicht, daß die Ausübung des Warenzeichenrechts durch die Klägerin im vorliegenden Fall zu einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag führe. Insoweit komme es darauf an, ob die Ausübung des Zeichenrechts durch die Klägerin nach der Ausnahmevorschrift des Artikels 36 Satz 1 EWG-Vertrag zulässig sei bzw. ob diese Ausübung eine nach

Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag unzulässige verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstelle.

Das Landgericht Hamburg hat dem Gerichtshof daher folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1. Ist der Inhaber eines zu seinen Gunsten in dem Mitgliedstaat A geschützten Warenzeichens gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf dieses Recht zu verhindern, daß ein Importeur von einem Tochterunternehmen des Zeicheninhabers mit dessen Ermächtigung in dem Mitgliedstaat B der Gemeinschaft rechtmäßig mit seinem Warenzeichen versehene und unter diesem Warenzeichen in Verkehr gebrachte Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den im Mitgliedstaat A herrschenden abweichenden Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur entworfenen äußeren Verpackung, die auf ihrer Vorderseite ein Klarsichtfenster aufweist, durch das das auf der Rückseite der unmittelbar um das Arzneimittel befindlichen Blisterpackung befindliche Kennzeichen des Warenzeicheninhabers sichtbar wird, in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt?

2. Genügt es für die Annahme einer unzulässigen Handelsbeschränkung im Sinne von Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag, daß die Geltendmachung des nationalen Zeichenrechtes im Zusammenhang mit dem vom Zeicheninhaber angewandten Vermarktungssystem objektiv zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führt, oder ist es vielmehr erforderlich, daß nachgewiesen wird, daß der Zeicheninhaber sein Zeichenrecht im Zusammenhang mit dem von ihm praktizierten Vermarktungssystem mit der finalen Zielsetzung einsetzt, eine künstliche Abschottung der Märkte zu bewirken?"

4. Der Vorlagebeschluß des Landgerichts Hamburg vom 5. November 1980 ist am 7. Januar 1981 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Pfizer Inc., vertreten durch die Rechtsanwälte Helmut Droste, Rolf Pietzcker und Partner, Hamburg, als Prozeßbevollmächtigte, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Firma Eurim-Pharm GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte H. Pflüger, W. Schön, F. Pärn und Partner, Hamburg, als Prozeßbevollmächtigte, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Götz zur Hausen als Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof (Erste Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Zusammenfassung der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen

Zur ersten Frage

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* verweist zunächst darauf, daß der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Abgrenzung nationaler Warenzeichenrechte, auf die sich Artikel 36 EWG-Vertrag beziehe, gegen den Grundsatz des freien Handels von der

Feststellung des vorlegenden nationalen Gerichts ausgegangen sei, daß nach den betreffenden nationalen Gesetzen der Tatbestand einer Warenzeichenverletzung gegeben sei. In den Gründen seines Vorlagebeschlusses habe das Landgericht Hamburg nun festgestellt, daß die von der Beklagten gewählte Form der Veränderung des importierten Markenartikels eine Verletzung der Warenzeichenrechte der Klägerin sei.

Die Klägerin trägt weiter vor, der Gerichtshof habe in seinem Urteil vom 23. Mai 1978 in der Rechtsache 102/77 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Slg. 1978, 1139) die erste Frage bereits dahin beantwortet, daß es im Sinne von Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag gerechtfertigt sei, wenn sich der Inhaber eines in zwei Mitgliedstaaten gleichzeitig geschützten Warenzeichenrechts dagegen zur Wehr setze, 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 werde.

Soweit die Form der Anbringung der geschützen Marke der Klägerin auf dem Markenartikel der Beklagten in einer technisch von dem Sachverhalt der Rechtssache 102/77 abweichenden Form geschehe, sei der Gerichtshof an die nationale gerichtliche Feststellung gebunden, daß auch diese technische Variante eine nationale Warenzeichenverletzung sei. Überdies biete die von der Beklagten angewendete technische Form des Umpackens keine Veranlassung zu einer abweichenden Auslegung des Artikels 36 EWG-Vertrag.

Die erste Vorlagefrage des Landgerichts Hamburg sei daher zu bejahen.

Etwas genereller verweist die Klägerin des Ausgangsverfahrens noch einmal auf die Bedeutung, die der Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen 102/77 (a.a.O.) und 3/78 (Centrafarm/AHPC, Slg. 1978, 1823) dem Vertrauen des Verbrauchers auf die Unversehrtheit der gekauften Ware, seit sie der Hersteller in Verkehr gebracht habe, beigelegt habe. Dieses Vertrauen als Bestandteil der Herkunftsgarantie sei Bestandteil des spezifischen Gegenstands eines Warenzeichenrechts. Mit eben dieser Begründung habe der Gerichtshof das Recht des Markeninhabers bejaht, sich gegen die Anbringung seines Warenzeichens auf einer neu gefertigten Verpackung zur Wehr zu setzen.

Die Klägerin trägt in diesem Zusammenhang vor, die Form, in der der Hersteller einen Markenartikel auf den Markt bringe, werde mit einem Warenzeichen gekennzeichnet. Der Abnehmer verbinde das Warenzeichen und damit sein Vertrauen mit dieser Form.

Zudem sei die Gestaltung der Umhüllung pharmazeutischer Artikel, insbesondere das Versehen mit einer Reihe notwendiger Informationen, in allen Mitgliedstaaten vorgeschrieben. Die Klägerin verweist dazu auf die Gefahren, die mit dem Umpacken durch Dritte verbunden seien.

Aus diesem Grund könne juristisch gesehen keine Trennung zwischen einem pharmazeutischen Erzeugnis und seiner Umhüllung vorgenommen werden. Die Veränderung der äußeren Umhüllung des Erzeugnisses stelle einen Eingriff in den Originalzustand des Markenartikels dar, der sowohl unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit als auch unter dem Aspekt der Herkunftsgarantie verändert werde.

Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* verweist zunächst darauf, daß Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag nur Beschränkungen des freien Warenverkehrs zulasse,

die zur Wahrung des spezifischen Gegenstands der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte gerechtfertigt seien. Spezifischer Gegenstand des Warenzeichenrechts sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes insbesondere das ausschließliche Recht des Zeicheninhabers, das Zeichen beim erstmaligen Inverkehrbringen eines Erzeugnisses zu benutzen. Im Hinblick auf die Hauptfunktion des Warenzeichens, nämlich die Garantie der Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses, dürfe nur der Zeicheninhaber das Erzeugnis durch die Anbringung des Warenzeichens identifizieren.

Wenn auch Artikel 36 Satz 1 somit die nationalen Rechte insoweit respektiere, als sie dem Zeicheninhaber ein Markierungsmonopol einräumten, so gehe es in der Vorlagefrage demgegenüber um ein anderes Problem, nämlich darum, daß nach Ansicht des vorlegenden Gerichts das deutsche Warenzeichenrecht dem Zeicheninhaber die Befugnis gebe, sich gegen den Vertrieb des von ihm markierten Erzeugnisses durch einen Dritten, der die Verpackung verändert und das vom Zeicheninhaber auf dem Erzeugnis angebrachte Warenzeichen durch die neue Verpackung hindurch sichtbar gemacht habe, zur Wehr zu setzen. Im vorliegenden Fall gehe es um die Frage, ob als spezifischer Gegenstand des Warenzeichenrechts außer dem ausschließlichen Markierungsrecht des Zeicheninhabers auch noch ein diesem etwa von einer nationalen Rechtsordnung eingeräumtes ausschließliches Recht zum Sichbarmachen der von ihm an dem Erzeugnis angebrachten Markierung anzusehen sei.

Die Gewährung eines solchen ausschließlichen Rechts wäre als eine nationale Rechtsbesonderheit zu qualifizieren, die dem spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts fremd sei. Dieser lasse sich nur danach bemessen, was gemäß der gemeinsamen Rechtsüberzeugung aller Länder der Gemeinschaft das Wesen des Zeichenrechts ausmache.

Zum Beweis des Fehlens gemeinsamer Rechtsvorstellungen auf diesem Gebiet verweist die Beklagte zum einen auf die extensive Interpretation, die das Landgericht Hamburg dem Warenzeichengesetz habe geben müssen, um seine Auffassung zu rechtfertigen, und zum anderen darauf, daß das Hanseatische Oberlandesgericht sich einer Stellungnahme zu der Frage, ob hier eine Verletzung des nationalen Zeichenrechts vorliege, enthalten habe. Außerdem divergierten die nationalen Rechtsauffassungen in den Nebenaspekten des Markenschutzes beträchtlich.

Schließlich sei nicht allein auf das Ausmaß der Übereinstimmung in den verschiedenen nationalen Rechten abzustellen. Vielmehr seien in erster Linie die Zwecksetzungen des Gemeinschaftsrechts zu beachten, nach denen hier die Vorlagefrage zu verneinen sei. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens bezieht sich hierzu auf die folgende Passage aus den Schlußanträgen des Generalanwalts Capotorti in der Rechtssache 102/77 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm): „Auch wenn die eine oder andere innerstaatliche Rechtsordnung bestimmte Nebenfunktionen der Marke schützt, bleibt es jedenfalls dabei, daß in der Gemeinschaftsrechtsordnung ein derartiger Schutz nur für zulässig gehalten werden kann, soweit er der vollen Einhaltung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs ... nicht im Wege steht. Die nationale Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung ... stützten sich eindeutig auf die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Binnenmarktes; hier sind aber diejenigen des Gemeinsamen Marktes und die rechtlichen Erfordernisse des EWG-Vertrags zu berücksichtigen" (Slg. 1978, 1177).

Die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* schickt zunächst voraus, die Formulierung der ersten Vorlagefrage lasse die Tatsache nicht vollkommen deutlich werden, daß die Blisterpackung vom Warenzeicheninhaber mit dem Warenzeichen versehen und vom Importeur nicht verändert worden sei.

Sie zeigt sodann den rechtlichen Rahmen auf, in dem sich die Vorlagefrage stellt.

Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts bestehe insbesondere darin, daß seinem Inhaber das ausschließliche Recht verliehen werde, das Warenzeichen beim erstmaligen Inverkehrbringen eines Erzeugnisses zu benutzen, und daß er dadurch vor Konkurrenten geschützt werde, die die Stellung und den Ruf des Warenzeichens durch den Vertrieb widerrechtlich mit diesem Zeichen versehener Erzeugnisse zu mißbrauchen suchten (vgl. das Urteil vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78, Centrafarm/AHPC, a.a.O., Randnr. 11 der Entscheidungsgründe). Wenn es darum gehe, festzustellen, ob das Verhalten eines Dritten den Bestand des Warenzeichens beeinträchtige, es in seiner Substanz berühre, müsse die genaue Reichweite des Warenzeichenrechts bestimmt werden. Zu diesem Zweck berücksichtige der Gerichtshof die Hauptfunktion des Warenzeichens, nämlich dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren (vgl. die Urteile vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74, Centrafarm/Winthrop, Slg. 1974, 1183, vom 22. Juni 1976 in der Rechtssache 119/75, Terrapin/Terranova, Slg. 1976, 1039, vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77, a.a.O., und vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78, a.a.O.). Die Herkunftsgarantie schließe ein, daß nur der Inhaber des Warenzeichens das Warenzeichen auf der Ware anbringen dürfe und daß der Verbraucher die Sicherheit habe, daß der Originalzustand des Erzeugnisses nicht von einem Dritten ohne Zustimmung des Warenzeicheninhabers verändert worden sei.

Im vorliegenden Fall jedoch sei das Warenzeichen von der Eurim-Pharm GmbH nicht entfernt und nicht verändert worden.

Die Argumentation der Klägerin im Rahmen des Ausgangsverfahrens, das Warenzeichenrecht beziehe sich auf die ganze in Deutschland vertriebene Pakkung mit Inhalt als eine eigenständige Einheit, sei unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts nicht stichhaltig. Die Hauptfunktion des Warenzeichens, d. h. die Garantie der Ursprungsidentität, beziehe sich auf das gekennzeichnete Erzeugnis, nicht auf seine Verpackung. Wenn sich das Warenzeichen auf der unmittelbaren Umhüllung des Erzeugnisses befinde, erfasse der Schutzbereich dieses Warenzeichens nicht eine weitere äußere Umhüllung. Das Wort „Vibramycin" auf der die Arzneimittelkapseln unmittelbar umschließenden Blisterpackung enthalte folgende Aussage: „Das in dieser Pakkung befindliche Erzeugnis ist vom Inhaber des Warenzeichens ‚Vibramycin' hergestellt bzw. mit seiner Zustimmung mit diesem Warenzeichen gekennzeichnet worden." Folglich bringe ein Dritter das Warenzeichen nicht auf dem Produkt an, wenn er dieses lediglich in der vom Rechtsinhaber gekennzeichneten Form in eine weitere Verpackung stecke. Insoweit sei der der vorliegenden Rechtssache zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit den Sachverhalten vergleichbar, die zu den bereits erwähnten Rechtssachen 3/78 und 102/77 geführt hätten.

Da die Hauptfunktion des Warenzeichens durch das Vorgehen der Beklagten des Ausgangsverfahren nicht verfälscht worden sei, sei das Warenzeichenrecht der Klägerin nicht in seinem Bestand be-

einträchtigt worden. Demzufolge könne Artikel 36 Satz 1 des Vertrages nicht als Rechtfertigung für ein Verbot des Vertriebs in Deutschland der aus Großbritannien eingeführten Arzneimittel dienen.

Zur zweiten Frage

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* ist der Ansicht, der Gerichtshof habe in der Rechtssache 3/78, a.a.O., die zweite Frage bereits in dem Sinne entschieden, daß eine verschleierte Beschränkung des Handels dann vorliegen könne, wenn der Inhaber nachweislich unterschiedliche Warenzeichen für die gleiche Ware *mit dem Ziel* verwende, die Märkte künstlich abzuschotten.

Der Gerichtshof habe jedoch gleichzeitig erklärt, daß es legitime Gründe für den Hersteller einer Ware geben könne, in mehreren Mitgliedstaaten unterschiedliche Warenzeichen für die gleiche Ware zu verwenden (Randnr. 20 der Entscheidungsgründe).

Die in dem zitierten Urteil angestellten Erwägungen beschränkten sich aber nicht auf die Verwendung unterschiedlicher Warenzeichen, sondern hätten ebenso Geltung für die Verwendung unterschiedlicher Packungsgrößen. Für dieses Vorgehen gebe es im vorliegenden Fall legitime Gründe, nämlich die in den verschiedenen Ländern oft sehr unterschiedlichen Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte. Der Gerichtshof habe im übrigen bereits in der Rechtssache 102/77 (a.a.O.) anerkannt, daß es zulässig sei, unterschiedliche Packungsgrößen je nach den Erfordernissen des betreffenden nationalen Marktes anzubieten.

Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* legt dar, daß es sich bei Artikel 36 des Vertrages um eine Konkretisierung zweier grundlegender Prinzipien des Vertrages, nämlich des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Artikel 7 und des Prinzips der Gemeinsamkeit des Marktes in Artikel 2 handele. Ebenso wie Artikel 7 jede objektive Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfasse, so stelle auch dessen konkrete Ausgestaltung in Artikel 36 Satz 2 nicht auf die Motive des Handelnden ab.

Außerdem bestehe kein Anlaß, zwischen objektiven verschleierten Handelsbeschränkungen, z. B. infolge von Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit oder des nationalen Kulturgutes, einerseits und verschleierten sowie darüber hinaus womöglich bezweckten Beschränkungen, namentlich infolge von Maßnahmen zum Schutz des gewerblichen Eigentums, andererseits zu differenzieren.

Aus dem Urteil in der Rechtssache 102/77 (a.a.O.) ergebe sich aber deutlich, daß der Gerichtshof ein besonderes finales Element nicht für erforderlich gehalten habe. Wenn der Gerichtshof in der Rechtssache 3/78 (a.a.O.) als entscheidungserheblichen tatsächlichen Umstand die subjektive Zielsetzung des Warenzeicheninhabers erwähnt habe, die Märkte abzuschotten, so handele es sich um eine individuelle Bewertung, die es gerade ausschließe, diese Betrachtungsweise auf andere Fälle zu übertragen. In dem Urteil zur Rechtssache 3/78 stehe im übrigen nichts, was auch nur einen Anhaltspunkt dafür abgeben könnte, daß der Gerichtshof sein in der Rechtssache 102/77 gefälltes Urteil im nachhinein hätte korrigieren wollen.

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens bemerkt schließlich noch, das Oberlandesgericht Karlsruhe, in einem Urteil vom 7. September 1978 (GRUR 1978, 712-715), und das Hanseatische Oberlandesgericht, in seinem Urteil vom 24. Januar 1980, stimmten darin überein, daß es für die Annahme einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mit-

gliedstaaten im Sinne des Artikels 36 Satz 2 genüge, daß die Geltendmachung des Warenzeichenrechts durch seinen Inhaber objektiv zu einer Abschottung der Märkte führe.

Die *Kommission* ist der Ansicht, die zweite Frage stelle sich nur, wenn man die erste Frage bejahe, man das Vorgehen der Beklagten also tatsächlich für einen Eingriff in das fragliche Warenzeichenrecht selbst halte.

Soweit auf die zweite Frage eine Antwort zu geben wäre, sollte der Lösung gefolgt werden, wie sie in dem Urteil in der Rechtssache 102/77 gefunden worden sei, die mit der vorliegenden Rechtssache unter dem Gesichtspunkt übereinstimme, daß in zwei Mitgliedstaaten für den Rechtsinhaber das gleiche Warenzeichen für das gleiche Erzeugnis geschützt sei.

Der Sachverhalt in diesen beiden Rechtssachen sei von dem in der Rechtssache 3/78 zu unterscheiden, in welcher der Rechtsinhaber in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Warenzeichen für das gleiche Erzeugnis besessen habe. In einem solchen Fall erscheine es gerechtfertigt, die Ausübung des Warenzeichenrechts nicht schon dann als verschleierte Handelsbeschränkung anzusehen, wenn sie objektiv zur Marktabschottung beitrage.

III — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 2. Juli 1981 haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Pfizer Inc., vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Pietzcker, Hamburg, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Firma Eurim-Pharm GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt F. Pärn, Hamburg, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Ministerialrat Horst Teske, Bundesministerium der Justiz, als Bevollmächtigten, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Herrn Götz zur Hausen, Mitglied ihres Juristischen Dienstes, als Bevollmächtigten, mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 8. Oktober 1981 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Das Landgericht Hamburg hat mit Beschluß vom 5. November 1980, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Januar 1981, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung des Artikels 36 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen sind in einem Rechtsstreit zwischen zwei Unternehmen der pharmazeutischen Industrie aufgeworfen worden, von denen das eine, die Klägerin des Ausgangsverfahrens (im folgenden: die Firma Pfizer), Inhaber eines bestimmten Warenzeichens in mehreren Mitgliedstaaten ist; diese wendet sich dagegen, daß das andere Unternehmen, die Beklagte des Ausgangs-

verfahrens (im folgenden: die Firma Eurim-Pharm), ein unter diesem Warenzeichen in einem Mitgliedstaat in Verkehr gebrachtes Erzeugnis ankauft und nach einer Neukonfektionierung in einem anderen Mitgliedstaat vertreibt.

3 Das fragliche Erzeugnis, ein Breitspektrum-Antibiotikum mit der Bezeichnung „Vibramycin", wird in der Bundesrepublik Deutschland durch die deutsche Tochtergesellschaft der Firma Pfizer vertrieben und ist durch ein eingetragenes Warenzeichen geschützt, dessen Inhaberin die Firma Pfizer ist; das gleiche Erzeugnis wird von der britischen Tochtergesellschaft der Firma Pfizer hergestellt, die es, allerdings in anderer Verpackung, zu erheblich niedrigeren als den in der Bundesrepublik Deutschland angewandten Preisen vertreibt.

4 Nach Unterrichtung der Firma Pfizer über ihre Absichten brachte die Firma Eurim-Pharm das in Großbritannien gekaufte „Vibramycin" in der Bundesrepublik Deutschland in den Verkehr; sie erwarb es in Originalverpackungen zu 50 Kapseln, die zu je fünf in sogenannte Blisterstreifen eingeschweißt waren. Auf den Folien, die auf ihre Rückseite aufgeschweißt waren, trugen die Streifen die Bezeichnung „Vibramycin Pfizer". Für den Vertrieb in Deutschland verpackte die Firma Eurim-Pharm die einzelnen Blisterpackungen in von ihr entworfenen Faltschachteln, ohne die Blisterstreifen oder ihren Inhalt zu verändern. Die Vorderseite dieser Schachteln hat ein Klarsichtfenster, durch das die auf der Folie des Originalstreifens enthaltene Bezeichnung „Vibramycin Pfizer" sichtbar ist; die Rückseite der Schachteln ist mit der folgenden Aufschrift versehen: „Breitspektrum-Antibiotikum; Hersteller: Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, GB . . .; Importeur: Eurim-Pharm GmbH, Arzneimittelgroßhandlung, 8229 Piding; abgepackt vom Importeurvertrieb: Eurim-Pharm GmbH, 8229 Piding . . ." In die Schachtel wird vom Importeur ein den deutschen Vorschriften entsprechender Beipackzettel eingelegt.

5 In seinem Vorlagebeschluß vertritt das Landgericht die Auffassung, die Firma Eurim-Pharm verletze mit ihrem Verhalten die der Firma Pfizer aufgrund des deutschen Warenzeichengesetzes zustehenden Rechte. Da jedoch die Berufungsinstanz in einem vorgelagerten Stadium dieses Rechtsstreits die Ansicht verteten habe, die Ausübung des Warenzeichenrechts sei im vorliegenden Fall durch die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag ausgeschlossen, hat das Landgericht die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1. Ist der Inhaber eines zu seinen Gunsten in dem Mitgliedstaat A geschützten Warenzeichens gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf dieses Recht zu verhindern, daß ein Importeur von einem Tochterunternehmen des Zeicheninhabers mit dessen Ermächtigung in dem Mitgliedstaat B der Gemeinschaft rechtmäßig mit seinem Warenzeichen versehene und unter diesem Warenzeichen in Verkehr gebrachte Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den im Mitgliedstaat A herrschenden abweichenden Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur entworfenen äußeren Verpackung, die auf ihrer Vorderseite ein Klarsichtfenster aufweist, durch das das auf der Rückseite der unmittelbar um das Arzneimittel befindlichen Blisterpackung befindliche Kennzeichen des Warenzeicheninhabers sichtbar wird, in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt?

2. Genügt es für die Annahme einer unzulässigen Handelsbeschränkung im Sinne von Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag, daß die Geltendmachung des nationalen Zeichenrechtes im Zusammenhang mit dem vom Zeicheninhaber angewandten Vermarktungssystem objektiv zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führt, oder ist es vielmehr erforderlich, daß nachgewiesen wird, daß der Zeicheninhaber sein Zeichenrecht im Zusammenhang mit dem von ihm praktizierten Vermarktungssystem mit der finalen Zielsetzung einsetzt, eine künstliche Abschottung der Märkte zu bewirken?"

Zur ersten Frage

6 Es ist zunächst daran zu erinnern, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie sie sich insbesondere aus seinem Urteil vom 23. Mai 1978 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Rechtssache 102/77, Slg. 1978, 1139) ergibt, der EWG-Vertrag zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaats eingeräumten gewerblichen Schutzrechte nicht berührt, die Ausübung dieser Rechte aber sehr wohl je nach den Umständen durch die Verbotsnormen des Vertrages beschränkt werden kann. Artikel 36 erlaubt nämlich als Ausnahme von dem grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes Beschränkungen dieses Prinzips nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen.

7 Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts besteht insbesondere darin, daß seinem Inhaber das ausschließliche Recht verliehen wird, das Wa-

renzeichen 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.

8 Für die Beantwortung der Frage, ob dieses ausschließliche Recht die Befugnis umfaßt, sich der Verwendung 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.

9 Daraus folgt, daß das dem Zeicheninhaber eingeräumte Recht, sich jeder Benutzung des Warenzeichens zu widersetzen, welche die so verstandene Herkunftsgarantie verfälschen könnte, zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts gehört.

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 Umhüllung ersetzt, ohne die innere Verpackung zu berühren, und daß er das vom Hersteller auf der inneren Verpackung angebrachte Warenzeichen durch die neue äußere Umhüllung 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 Umhüllung deutlich darauf hinweist, daß das Erzeugnis von einer Tochter-

gesellschaft des Warenzeicheninhabers hergestellt worden und von ihm neu verpackt worden ist.

12 Der — in der Vorlagefrage im übrigen nicht angesprochene — Umstand, daß der Parallelimporteur in die äußere Umhüllung einen Beipackzettel eingelegt hat, führt zu keiner anderen Beurteilung.

13 Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß Artikel 36 EWG-Vertrag dahin auszulegen ist, daß der Inhaber eines Warenzeichens einen Importeur nicht unter Berufung auf dieses Recht daran hindern kann, ein in einem anderen Mitgliedstaat von der Tochtergesellschaft des Inhabers hergestelltes und mit dessen Ermächtigung mit seinem Warenzeichen versehenes pharmazeutisches Erzeugnis in den Verkehr zu bringen, wenn der Importeur dieses Erzeugnis in der Weise umpackt, daß er lediglich die äußere Umhüllung ersetzt, ohne die innere Verpackung zu berühren, und daß er das von dem Hersteller auf der inneren Vrpackung angebrachte Warenzeichen durch die neue äußere Umhüllung hindurch sichtbar macht, wobei er auf der äußeren Umhüllung deutlich darauf hinweist, daß das Erzeugnis von der Tochtergesellschaft des Inhabers hergestellt und vom Importeur neu verpackt worden ist.

Zur zweiten Frage

14 Aus der Antwort auf die erste Frage ergibt sich, daß eine Prüfung der zweiten Frage nicht mehr erforderlich ist, um dem nationalen Gericht die Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu ermöglichen.

Kosten

15 Die Auslagen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

auf die ihm vom Landgericht Hamburg mit Beschluß vom 5. November 1980 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

Artikel 36 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß der Inhaber eines Warenzeichens einen Importeur nicht unter Berufung auf dieses Recht daran hindern kann, ein in einem anderen Mitgliedstaat von der Tochtergesellschaft des Inhabers hergestelltes und mit dessen Ermächtigung mit seinem Warenzeichen vesehenes pharmazeutisches Erzeugnis in den Verkehr zu bringen, wenn der Importeur dieses Erzeugnis in der Weise umpackt, daß er lediglich die äußere Umhüllung ersetzt, ohne die innere Verpackung zu berühren, und daß er das von dem Hersteller auf der inneren Verpackung angebrachte Warenzeichen durch die neue äußere Umhüllung hindurch sichtbar macht, wobei er auf der äußeren Umhüllung deutlich darauf hinweist, daß das Erzeugnis von der Tochtergesellschaft des Inhabers hergestellt und vom Importeur neu verpackt worden ist.

Bosco O'Keeffe Koopmans

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 3. Dezember 1981.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident der Ersten Kammer

G. Bosco