

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 191/91

Verkündet am:
10. April 1997
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

E- P A GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, Am G, P,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

B AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch die Herren Hans-Otto W, Bernhard K, Dr. Ulrich N, Dr. Peter S, Heinrich L, U-straße, H,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und Dr. v. -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1997 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Prof. Dr. Mees, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 25. April 1991 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt aufgrund einer Lizenz nach einem Patent und nach Fertigungsverfahren der französischen Firma I [REDACTED] S [REDACTED] France (im folgenden: S [REDACTED]), die Inhaberin der unter anderem mit Wirkung für Deutschland für Arzneimittel registrierten IR-Marke 436 250 "KERLONE" ist, sogenannte Beta-Blocker (Bluthochdruck-Tabletten) her und vertreibt diese auf dem deutschen Markt unter dem Zeichen "kerlone". Der Vertrieb erfolgt in Packungen mit 50 oder 100 Lacktabletten, entsprechend den deutschen Normgrößen N 2 und N 3.

In Frankreich vertreibt S [REDACTED] von ihr hergestellte Bluthochdruck-Lacktabletten unter der Marke "kerlone" in Packungen mit 28 Lacktabletten. Die Packungsgröße hält sich im Rahmen einer gesetzlichen Regelung, nach der nur Packungen erlaubt sind, die höchstens einen Monatsbedarf abdecken. Die Packungen enthalten Blisterstreifen mit je 14 Tabletten. Auf der Rückseite sind die Blister mit der Angabe der Tage zweier Wochen in französischer Sprache derart versehen, daß je eine Tablette einem bestimmten Wochentag zugeordnet ist.

Die Beklagte vertreibt seit Ende 1988 in Deutschland "kerlone"-Tabletten, die sie aus Frankreich importiert. Um die üblichen Packungsgrößen N 2 und N 3 zu erreichen, legt sie in einen von ihr gestalteten Umkarton eine französische 28er-Packung bzw. drei französische 28er-Packungen sowie zusätzlich zwei französische Blisterstreifen, von denen sie für die 50er-Packung einen und für die 100er-Packungen beide



beschnitten hat. Der Umkarton weist auf der vorderen Schau-
seite eine rechteckige Öffnung auf, die so angeordnet und so
groß ist, daß in ihr das auf der französischen Originalpak-
kung aufgedruckte Zeichen "kerlone" mit einem "R" im Kreis
erscheint. Auf dem Umkarton wird mehrfach unter der Angabe
"Import, Abpackung und Vertrieb" auf die Beklagte hingewie-
sen; der Herstellername läßt sich den Aufdrucken auf dem Um-
karton nicht entnehmen. Auf den im Umkarton enthaltenen
französischen Packungen befindet sich weiterhin ein Aufkle-
ber, der unter "Import und Vertrieb" die Beklagte nennt. So-
weit durch das Beschneiden der Blisterstreifen die einge-
stanzten Chargennummern abgeschnitten sind, sind entspre-
chende Chargennummern aufgestempelt worden. Die Zuordnung
der einzelnen Tabletten zu einem bestimmten Wochentag zweier
Wochen ist bei den beschnittenen Blisterstreifen unvollstän-
dig. Die Beklagte hat von der zuständigen Behörde eine Her-
stellungserlaubnis und vom Bundesgesundheitsamt eine eigene
Zulassung für "kerlone" erhalten.

Die Klägerin, die von ihrer Lizenzgeberin ermächtigt
worden ist, Ansprüche aus einer Verletzung der IR-Marke im
eigenen Namen geltend zu machen, sieht in den vorerwähnten
Handlungen der Beklagten eine Verletzung der IR-Marke ihrer
Lizenzgeberin.

Sie hat die Auffassung vertreten, eine Zeichenverletzung
liege bereits in der Gestaltung der Umverpackung. Die IR-
Marke werde dadurch, daß sie durch das Fenster des Umkartons
zu sehen sei, zu einem integralen Bestandteil der äußeren
Umhüllung. Dadurch werde der Eindruck erweckt, daß "kerlone"
ein Zeichen der Beklagten sei. Zu beanstanden sei ferner,

daß die Beklagte den französischen Originalpackungen beschnittene Blisterstreifen beifüge und die Packungen dann im Inland unter der IR-Marke in den Verkehr bringe. Es handele sich um einen erheblichen, mit einem zusätzlichen Fehlerisiko verbundenen Eingriff in die Ware, so daß die vom Warenzeichen ausgehende Gewähr für die Herkunft und die damit verbürgte gleichbleibende Beschaffenheit und Güte der Ware nicht mehr gegeben sei. Beim Verbraucher entstehe der Eindruck, daß Arzneimittel in derart unordentlichen Umverpackungen aus einer "Waschküchenproduktion" oder aus einer Resteverwertung stammten. Das Beschneiden der Blister beeinträchtige darüber hinaus die Arzneimittelsicherheit. Im Falle einer unvermeidlichen Beschädigung der Tiefziehhöfe, in denen sich die Tabletten befänden, bestehe trotz der Lack-schicht die Gefahr unwägbarer therapierelevanter Veränderungen in der Wirkweise durch Oxydation oder Hydrolyse. Zusätzlich werde das Blistermaterial durch den Aufdruck der Chargennummer gefährdet.

Angesichts der erheblichen Veränderungen der Ware sei das Zeichenrecht nicht erschöpft. Seine Geltendmachung verstoße auch nicht gegen Bestimmungen des EG-Vertrages. Insoweit fehle es bereits an einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten. Mit ihren Packungsgrößen folge die Klägerin lediglich der natürlichen Marktentwicklung.

Sie hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr Bluthochdruck-Arznei unter der Marke "kerlone" mit einem dahinter geschriebenen "R" im Kreis in Umverpackungen in Verkehr zu bringen, in denen ein "Fenster" ausgeschnitten ist, durch welches "kerlone mit R im Kreis" aus einer aus Frankreich importierten Original-Packung der dortigen "kerlone"-Packungen zu sehen ist, wobei die Umverpackung keinerlei Hinweis auf die Klägerin und auch nicht auf die französische Warenzeicheninhaberin L [REDACTED] S [REDACTED] FRANCE enthält, und in der neben aus Frankreich importierten Original-Packungen ein oder mehrere Tabletten-Blister eingepackt sind, welche gegenüber der Original-Produktion und -Verpackung der geblisterten "kerlone"-Lacktabletten beschnitten sind,

hilfsweise das Verbot mit folgendem Zusatz zu erlassen:

..., und wenn die Beklagte bei denjenigen abgeschnittenen Blister-Packungsteilen, bei denen die auf der französischen Original-Packung eingestanzten Chargennummern abgeschnitten sind, entsprechende Chargennummern per Stempel auf die Blister-Packungsteile aufträgt.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat gemeint, in dem Sichtbarmachen des auf der französischen Packung angebrachten Zeichens durch den Umkarton liege keine Wieder kennzeichnung, sie weise deutlich darauf hin, daß sie die Tabletten importiere und abpacke. Durch das Umpacken werde

der Originalzustand der Arzneimittel nicht verändert, es liege weder eine abstrakte noch eine konkrete Gefährdung der Tabletten vor, weil durch das (im einzelnen näher dargestellte) Kontroll- und Herstellungssystem sichergestellt sei, daß nur einwandfreie Ware in den von ihr gestalteten Packungen enthalten sei. Das Vermarktungssystem der Klägerin führe zu einer künstlichen Marktabschottung, die Klägerin sei vom Bundesgesundheitsamt über den Zulassungsantrag der Beklagten informiert worden, außerdem habe sie hiervon durch die Veröffentlichung in der "Lauer-Taxe" Kenntnis erhalten.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren entsprochen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Hamburg GRUR Int. 1992, 50 = WRP 1992, 41).

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Durch Beschluß vom 27. Januar 1994 hat der Senat dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 177 Abs. 3 EGV folgende Fragen zur Auslegung von Art. 30, 36 EGV zur Vorabentscheidung vorgelegt (BGH GRUR 1994, 374 = WRP 1994, 237 - kerlone):

- a) Ist der Inhaber einer mit Wirkung für den Mitgliedstaat A international registrierten Marke (IR-Marke) gemäß Art. 36 EWGV 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 Originalpackung mit Original-Blistern aus dem Mitgliedstaat B sowie einzelne weitere beschnittene Original-Blister enthalten sind und die Umverpackung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das die auf der Originalpackung 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 Original-Blister 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?

- b) Genügt es für die Annahme einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 36 EWGV, daß die Geltendmachung des nationalen Zeichenrechts im Zusammenhang mit dem von dem IR-Marken-Inhaber 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?

Der Europäische Gerichtshof hat hierüber durch Urteil vom 11. Juli 1996 wie folgt entschieden (GRUR Int. 1996, 1150 = WRP 1996, 867):

Artikel 36 EG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß sich ein Markeninhaber auf die Marke berufen kann, um einen Importeur am Vertrieb eines Arzneimittels zu hindern, das vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht worden ist, wenn dieser Importeur das Arzneimittel in eine neue äußere Verpackung umgepackt hat, durch die hindurch die auf der inneren Originalverpackung angebrachte Marke sichtbar wird oder wenn er den Inhalt und das Aussehen einer äußeren Originalverpackung verändert hat, dabei aber die vom Hersteller darauf angebrachte Marke stehengelassen hat. Dies gilt nicht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es ist erwiesen, daß die Geltendmachung einer Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der umgepackten Waren unter der Marke zu widersetzen, zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Markeninhaber das gleiche Arzneimittel in unterschiedlichen Packungen in verschiedenen Mitgliedstaaten in den Verkehr gebracht hat und das Umpacken durch den Importeur zum einen erforderlich ist, um das Arzneimittel im Einfuhrmitgliedstaat vertreiben zu können, und zum anderen unter solchen Bedingungen erfolgt, daß der Originalzustand des Arzneimittels dadurch nicht beeinträchtigt werden kann. Diese Voraussetzung bedeutet nicht, daß der Importeur nachweisen muß, daß der Markeninhaber beabsichtigt hat, die Märkte zwischen Mitgliedstaaten abzuschotten.
- Es ist dargetan, daß das Umpacken den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Importeur nur Handlungen vorgenommen hat, mit denen kein Risiko einer Beeinträchtigung verbunden ist, so z.B. wenn Blisterstreifen aus ihrer äußeren Originalverpackung herausgenommen und zusammen mit einer oder mehreren Originalpackungen in eine neue äußere Verpackung umgepackt oder in eine andere Originalpackung eingelegt werden, wenn auf den äußeren Originalverpackungen oder auf den Blisterstreifen Aufkleber angebracht oder in die Verpackung neue Beipack- oder Informa-

tionszettel in der Sprache des Einfuhrstaats eingelegt werden. Das nationale Gericht hat zu beurteilen, ob beim Zerschneiden von Blisterstreifen oder beim Aufstempeln von Chargennummern auf diese so vorgegangen wird, daß jedes konkrete Risiko einer Beeinträchtigung des Originalzustands der darin befindlichen Tabletten ausgeschlossen ist. Dies ist u.a. dann anzunehmen, wenn diese Handlungen von einer Behörde genehmigt und daraufhin überwacht werden, daß die einwandfreie Beschaffenheit der Ware gewährleistet ist. Das nationale Gericht hat außerdem zu prüfen, ob der Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware insbesondere dadurch mittelbar beeinträchtigt wird, daß die äußere oder innere Verpackung der umgepackten Ware oder ein neuer Beipack- oder Informationszettel bestimmte wichtige Angaben nicht enthält oder aber unzutreffende Angaben enthält oder daß die Verpackung der umgepackten Ware nicht so gestaltet ist, daß diese ausreichend geschützt wird.

- Auf der neuen Verpackung ist klar angegeben, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist und wer der Hersteller ist. Diese Angaben müssen so aufgedruckt sein, daß sie ein normalsichtiger Verbraucher bei Anwendung eines normalen Maßes an Aufmerksamkeit verstehen kann. Dagegen braucht nicht angegeben zu werden, daß das Umpacken ohne Zustimmung des Markeninhabers erfolgt ist.
- Das umgepackte Arzneimittel ist nicht so aufgemacht, daß dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann. Die Verpackung darf folglich nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich sein. Das nationale Gericht hat zu ermitteln, ob die Verpackung dadurch, daß in eine äußere Verpackung sowohl Originalpackungen als auch lose Blisterstreifen gepackt wurden, unordentlich wird und damit den Ruf der Marke schädigen kann. Hinsichtlich des Zerschneidens von Blisterstreifen hat es im Einzelfall zu beurteilen, ob dieses in einer Weise erfolgt, daß dadurch der Ruf der Marke geschädigt werden könnte.

- Der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vorab vom Feilhalten des umgepackten Arzneimittels und liefert ihm auf Verlangen ein Muster der umgepackten Ware.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klägerin als Lizenznehmerin der Zeicheninhaberin aufgrund der im Lizenzvertrag enthaltenen ausdrücklichen Ermächtigung - unangefochten und rechtsfehlerfrei - als befugt angesehen, Ansprüche aus der Verletzung der IR-Marke "KERLONE" im eigenen Namen geltend zu machen. Es hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gemäß §§ 15, 24 WZG für begründet erachtet, da die Beklagte die IR-Marke dadurch verletze, daß sie aus Frankreich importierte Bluthochdruck-Tabletten unter der Marke "kerlone" in den im Klageantrag näher beschriebenen Umverpackungen in den Verkehr bringe, die neben mindestens einer französischen Originalpackung auch wenigstens einen beschnittenen Tabletten-Blisterstreifen enthielten. Dazu hat es ausgeführt: Es liege sowohl eine unzulässige Wiederkehrzeichnung wie auch der Vertrieb veränderter Waren unter Beibehaltung der ursprünglichen Kennzeichnung vor. Aufgrund der Gestaltung des Umkartons verbinde der Verkehr das Zeichen "kerlone" mit der Angabe über den Packungsinhalt und lese beides zusammen als "kerlone 50 Lacktabletten (N 2)". Zwar bemerke der Verkehr ohne weiteres, daß die äußere Verpackung nicht vom Hersteller stamme, weil sie ein ausgeschnittenes Fenster aufweise, in dem die Marke "kerlone" erscheine. Gleichwohl erwecke die Packungsgestaltung darüber hinaus den

Eindruck, daß sich das im Fenster allein sichtbare Kennzeichen auf die Gesamtpackung und demgemäß auf den gesamten Inhalt an Tabletten beziehe, wie wenn es an derselben Stelle auf einer äußeren Verpackung, die kein ausgeschnittenes Fenster habe, selbst angebracht wäre. Die Herstellerin der in der Packung der Beklagten enthaltenen Tabletten, Synthelabo, habe keine Packungen mit 50 bzw. 100 Tabletten, jedenfalls keine beschnittenen Blisterstreifen, mit der Bezeichnung "kerlone" versehen und derartige Packungen auch nicht in den Verkehr gebracht. Insoweit finde die von der Marke als optischem Bestandteil der äußeren Verpackung ausgehende Gewähr für die Herkunft der gesamten in der Verpackung enthaltenen Ware und die damit verbürgte gleichbleibende Beschaffenheit und Güte dieser Ware keine Grundlage mehr. Auf die Frage, ob eine konkrete Gefährdung für die Tabletten durch das Beschneiden der Blister bewirkt werde, komme es nicht an.

Eine Verletzung der IR-Marke durch die Beklagte sei jedenfalls infolge des Vertriebs in ihrer Eigenart veränderter Ware unter Beibehaltung der ursprünglichen Bezeichnung gegeben. Das sei zu bejahen, wenn eine Gesamtpackung, wie sie hier von der Klägerin beanstandet werde, mit beschnittenen Blisterstreifen aufgestockt werde. Mit dem Begriff der Eigenart würden solche Eigenschaften einer Ware beschrieben, deren Beeinträchtigung der Herkunfts- und der daraus abgeleiteten Garantiefunktion des Warenzeichens zuwiderlaufe. Zu diesen Eigenschaften gehörten bei Arzneimitteln die Unversehrtheit der Tabletten-Blisterstreifen als innerer Verpackung. Zwar sei zugunsten der Beklagten davon auszugehen, daß die "kerlone"-Tabletten durch das Beschneiden der Blisterstreifen selbst tatsächlich nicht beeinträchtigt würden.

Hier seien jedoch die Tabletten und die sie umgebenden Blister aus der Sicht des Verkehrs als Einheit anzusehen. Grundlage für das Vertrauen in die gleichbleibende Beschaffenheit und Güte der gekennzeichneten Ware seien nicht nur die Tabletten für sich allein, sondern auch die Blister, in denen sich die Tabletten befänden. In den Augen des Verkehrs dienten sie, anders als äußere Verpackungen, unmittelbar und in besonderem Maße dem Schutz der Tabletten vor äußeren Einflüssen. Die Beklagte möge die Blisterstreifen so sorgfältig beschneiden, daß die Tiefziehhöfe, in denen sich die Tabletten befänden, tatsächlich nicht beschädigt würden. Aus der Sicht des Verkehrs sei das Beschneiden der Blisterstreifen jedoch mit einem zusätzlichen, die Tabletten unmittelbar betreffenden Risiko verbunden, für das der Hersteller mit der Kennzeichnung keine Gewähr übernommen habe. Der Verkehr sehe das Beschneiden der Blister nicht lediglich als übliche, ihm bekannte Begleiterscheinung des normalen Geschäftsverkehrs beim Umgang mit importierten Arzneimitteln an.

Der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stünden auch nicht die Art. 30, 36 EWGV entgegen.

II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Nach der Ablösung des Warenzeichengesetzes durch die Vorschriften des Markengesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 1995 kann der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch nur dann bejaht werden, wenn er der Klägerin nach § 14 MarkenG zusteht (§ 152 MarkenG) und wenn er ihr außer-

dem nach den Vorschriften der §§ 15, 24 WZG zugestanden hat (§ 153 Abs. 1 MarkenG; vgl. BGH, Urt. v. 11.5.1995 - I ZR 111/93, GRUR 1995, 808, 809 - P3-plastoclin; BGHZ 131, 308, 310 - Gefärbte Jeans). Damit soll verhindert werden, daß aufgrund des Markengesetzes gegen Handlungen vorgegangen werden kann, die bis zu dessen Inkrafttreten rechtmäßig waren (vgl. Amtl. Begr. in BT-Drucks. 12/6581 S. 128 = B1PMZ 1994, Sonderheft S. 122). Im Streitfall ist der Anspruch nach neuem Recht (§ 4 Nr. 1, § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 5 MarkenG) gleichermaßen gegeben, wie er auch nach altem Recht begründet war (§§ 15, 24 WZG).

1. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers einer Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt. Diesen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht die Beklagte nach dem festgestellten unstreitigen Sachverhalt dadurch, daß sie das in Frankreich von Synthelabo in den Verkehr gebrachte Präparat "kerlone" nach Deutschland importiert und hier in der vom Berufungsgericht festgestellten Art und Weise unter dieser Kennzeichnung in den von ihr gebildeten N 2- und N 3-Gebinden anbietet und vertreibt. Nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MarkenG ist es insbesondere untersagt, das Zeichen auf Waren oder ihrer Verpackung anzubringen und unter dem Zeichen Waren anzubieten oder in den Verkehr zu bringen. Dieser der Markeninhaberin zustehende markenrechtliche Schutz entfällt zwar, wenn das Markenrecht erschöpft ist (§ 24 Abs. 1 MarkenG), die Klägerin kann sich

im Streitfall jedoch der Benutzung ihrer Marke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Ware durch die Beklagte aus berechtigten Gründen widersetzen (§ 24 Abs. 2 MarkenG).

a) Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage des alten Rechts davon ausgegangen, daß die Beklagte eine unzulässige (Neu-)Kennzeichnung der Ware mit der Marke der Klägerin vornimmt, weil ihre Packungsgestaltung den Eindruck erwecke, daß sich das durch die Öffnung der äußeren Verpackung sichtbare Zeichen "kerlone" auf die Gesamtpackung, also auf den gesamten Inhalt an Tabletten beziehe. Diese Annahme hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Von ihr ist auch bei der Prüfung der Verletzung der Vorschriften des Markengesetzes auszugehen. Nach neuem Recht erstreckt sich zwar die Erschöpfung auch auf das Kennzeichnungsrecht, ihre Voraussetzungen sind im Streitfall aber nicht erfüllt.

(1) Der Beurteilung, wonach die Beklagte eine (Neu-) Kennzeichnung der Ware vornehme, steht nicht entgegen, daß der Senat in seinem Vorlagebeschluß vom 27. Januar 1994 Bedenken hinsichtlich der Feststellung des Verkehrsverständnisses geäußert hat. Eine formelle Bindungswirkung durch den Vorlagebeschluß besteht insoweit schon deshalb nicht, weil sich die früheren Ausführungen des Senats auf die Frage einer Verletzung des Warenzeichengesetzes und nicht des Markengesetzes bezogen haben. Bei seiner erneuten Beurteilung hat der Senat berücksichtigt, daß zwar, wie in dem Vorlagebeschluß ausgeführt, für die Frage des Verkehrsverständnisses hinsichtlich der Beurteilung einer Aufmachung grundsätzlich auf die Verkehrskreise abzustellen ist, die schon nach der bisherigen Rechtsprechung bei der Feststellung der Ver-

wechsungsgefahr als maßgeblich erachtet worden sind. Hieraus ergibt sich aber nicht zwingend, daß der Beurteilung auch in beiden Fällen dieselbe Gewichtung der möglicherweise unterschiedlichen Auffassung verschiedener Teile der maßgeblichen Verkehrskreise bildenden Personen (hier: der Patienten einerseits und der Ärzte und Apotheker andererseits) zugrunde zu legen ist. Denn im Fall der Beurteilung der Verwechsungsgefahr überwiegt bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln - um die es im Streitfall geht - zwar, wie der Senat entschieden hat (BGH, Urt. v. 25.1.1990 - I ZR 83/88, GRUR 1990, 453, 455 - L-Thyroxin; Urt. v. 29.9.1994 - I ZR 114/84, GRUR 1995, 50, 52 - Indorektal/Indohexal), die Auffassung der verordnenden Ärzte, die eigenverantwortlich die Auswahl des Arzneimittels treffen. Bei der Beurteilung einer Arzneimittelaufmachung dagegen kann nach heutigem Verständnis der Auffassung dieses Teils der maßgeblichen Verkehrskreise, die einen weitergehenden Kenntnisstand über umverpackte Arzneimittel aus Parallelimporten haben als die allgemeinen Verbraucher, nicht die gleiche überwiegende Bedeutung beigemessen werden. Denn bei Arzneimitteln handelt es sich, worauf auch der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung in einem anderen Zusammenhang hingewiesen hat (aaO, Tz. 66 und 67), um einen sensiblen Bereich, in dem die Öffentlichkeit besonderen Wert auf die Qualität und die einwandfreie Beschaffenheit der Ware legt. Demgemäß ist die Aufmachung der Ware für den Verbraucher von größerer Bedeutung, auch wenn bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln allein schon der Umstand, daß das Präparat ärztlich verordnet worden ist, geeignet sein kann, beim Verbraucher ein gewisses Vertrauen in die Qualität der Ware zu erwecken.

Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann daher von einer an sich nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG untersagten (Neu-)Kennzeichnung ausgegangen werden.

(2) Eine Erschöpfung scheidet insoweit aus. § 24 Abs. 1 MarkenG ist zu entnehmen, daß das dem Markeninhaber zustehende Ausschließlichkeitsrecht (§ 14 Abs. 1 MarkenG) bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen in jeder Hinsicht der Erschöpfung unterliegen kann, denn die Vorschrift erfaßt infolge der Verwendung des Begriffes "benutzen", wie er auch in § 14 Abs. 2 MarkenG gebraucht wird, an sich sämtliche, einem Dritten untersagte Handlungen. Hiervon ist, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt (BT-Drucks. 12/6581 S. 81 = B1PMZ 1994 Sonderheft S. 75), auch der Gesetzgeber ausgegangen. In der Begründung wird allerdings angeführt, daß mit dieser Regelung ein völlig uneingeschränktes Benutzungsrecht für Dritte "natürlich nicht verbunden" sei. Das Kennzeichnungsrecht werde in der Regel von der Erschöpfung nicht erfaßt. Dabei sei es vom Ergebnis her unerheblich, ob eine solche Neukennzeichnung, wie es zutreffend erscheine, schon tatbestandlich keinen Erschöpfungstatbestand darstelle oder ob eine der "berechtigten Ausnahmen" im Sinne des Absatzes 2 gegeben sei (Amtl. Begr. aaO; vgl. auch Sack, GRUR 1997, 1, 3 f.). Von diesem Verständnis der die Erschöpfung regelnden Vorschrift der Markenrechtsrichtlinie (Art. 7) ist auch die Bundesregierung in ihrer Äußerung in einem Art. 7 Abs. 1 MarkenRL betreffenden Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof ausgegangen (vgl. EuGH GRUR Int. 1996, 1144 = WRP 1996, 880 Tz. 32 - Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova).

Diese, die Erschöpfung des Markenrechts nach § 24 MarkenG einschränkende und die (Neu-)Kennzeichnung, wie nach dem bisher geltenden Warenzeichengesetz, nicht umfassende Auslegung kann allerdings nicht mehr aufrechterhalten werden. Der Europäische Gerichtshof hat nämlich nunmehr in der erwähnten Vorabentscheidung Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova (aaO Tz. 34-37, 49, 50, vgl. auch Tz. 36-39 der im vorliegenden Verfahren ergangenen Vorabentscheidung) - unter Bezugnahme auf seine Urteile "Hoffmann-La Roche" (GRUR 1978, 599) und "American Home Products" (GRUR Int. 1979, 99) - Art. 7 MarkenRL dahin ausgelegt, daß unter bestimmten - näher genannten - Voraussetzungen auch das Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers der Erschöpfung unterliegt.

Von diesem Verständnis der Erschöpfungsregelung ist nunmehr - entgegen der Regelungsabsicht des Gesetzgebers - für Fallgestaltungen der vorliegenden Art auch bei der Auslegung von § 24 MarkenG auszugehen. Dies ergibt sich zwar nicht bindend aus der im Streitfall ergangenen Vorabentscheidung, da sich die vorgelegten Fragen nicht auf die Auslegung von Art. 7 MarkenRL bezogen haben. Für die Auslegung ist jedoch die Vorabentscheidung in der Sache Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova bedeutsam. Zwar binden die aufgrund des Art. 177 EGV ergangenen Vorabentscheidungen grundsätzlich nur die im Ausgangsverfahren befaßten Gerichte (BGHZ 125, 382, 385 - Rolling Stones). Das bedeutet aber nicht, daß ihre Wirkungen - hier die der im Verfahren Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova ergangenen Vorabentscheidung - nur auf den konkreten Fall beschränkt sind. Sie können vielmehr auch in anderen Verfahren eine tatsächlich rechtsbildende Kraft entfalten, um eine einheitliche Auslegung des Gemeinschafts-

rechts in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen. So sind jedenfalls die letztinstanzlichen Gerichte im Sinne des Art. 177 Abs. 3 EGV gehalten, das Gemeinschaftsrecht in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung anzuwenden oder aber erneut vorzulegen (vgl. BGHZ 125, 382, 388 f. - Rolling Stones, m.w.N.).

Mit der Bestimmung des § 24 Abs. 1 MarkenG hat der deutsche Gesetzgeber, soweit sie - was im Streitfall allein in Frage steht - eingetragene Marken betrifft, die Vorschrift von Art. 7 Abs. 1 MarkenRL umgesetzt, indem er deren Wortlaut unverändert übernommen hat. Deshalb beschränkt sich die Auslegungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs nicht auf die Frage, wie die Bestimmung der Richtlinie auszulegen ist und ob eine bestimmte nationale Regelung damit zu vereinbaren ist; vielmehr stellt sich bei der Auslegung der nationalen Bestimmung in derartigen Fällen die Frage, ob die konkrete Auslegung einer an sich nationalen Bestimmung mit der Regelung der Markenrechtsrichtlinie zu vereinbaren ist (vgl. v. Gamm, GRUR 1994, 775, 776, 781 m. Nachw. aus dem Schrifttum).

Bei der Auslegung des § 24 Abs. 1 MarkenG ist demnach - da eine an sich denkbare erneute Vorlage gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV nicht in Betracht zu ziehen ist - für den Streitfall die vom Europäischen Gerichtshof zu Art. 7 MarkenRL vorgenommene Auslegung zugrunde zu legen. Danach ist bezüglich des Vertriebs der von dem französischen Unternehmen Synthelabo in den Verkehr gebrachten Arzneimittelpackungen durch die Beklagte davon auszugehen, daß das Kennzeichnungsrecht aus der Marke erschöpft sein kann, sofern nicht die

Klägerin als Lizenznehmerin oder die S. [REDACTED] sich der Benutzung der Klagemarke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Arzneimittel durch die Beklagte aus berechtigten Gründen im Sinne von § 24 Abs. 2 MarkenG widersetzen.

Die Beklagte hat die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Fall des weiteren Vertriebs umgepackter und wieder markierter Arzneimittel erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, unter denen sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb nicht widersetzen kann. Zu den fünf in dem Urteil Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova (EuGH GRUR Int. 1996, 1144) aufgestellten Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, gehört u.a. das Erfordernis, daß auf der neuen Packung klar angegeben ist, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist und wer der Hersteller ist; diese Angaben müssen so aufgedruckt sein, daß sie ein normalsichtiger Verbraucher bei Anwendung eines normalen Maßes an Aufmerksamkeit verstehen kann.

Nach den vom Berufungsgericht (BU 11) getroffenen Feststellungen hat die Beklagte das Arzneimittel in Umverpackungen der im Klageantrag beschriebenen Art, d.h. ohne Hinweis auf die Klägerin oder die S. [REDACTED] als Herstellerin, vertrieben. Dies ist in der Revisionsinstanz unbeanstandet geblieben und läßt einen Rechtsfehler auch nicht erkennen; der Senat ist davon auch bereits in seinem Vorlagebeschluß (S. 11 f.) ausgegangen. Schon deshalb kann von einer Erschöpfung des Markenrechts nicht ausgegangen werden, so daß der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5 MarkenG zusteht.

b) Auf die vom Berufungsgericht weiter bejahte Frage, ob in dem Anbieten und dem Vertrieb der aus Frankreich importierten und umgepackten (mit einem oder zwei weiteren beschnittenen Blistern aufgestockten) Arzneimittelpackungen durch die Beklagte das Angebot und der Vertrieb einer veränderten (verschlechterten) Ware unter der Klagemarke liegt, kommt es im Streitfall nicht an. Diese Frage muß auch nicht deshalb entschieden werden, weil der Klageantrag und die ihm entsprechende Verurteilung auch den beschreibenden Zusatz enthält, daß die angegriffenen Packungen beschnittene Blisterteile enthalten. Dieser nur kumulativ und nicht auch alternativ angefügte Zusatz entspricht der im Klageantrag konkret beschriebenen Verletzungsform, d.h. den als solchen auch unbestrittenen Handlungen der Beklagten, die in das Verbot einbezogen werden können, ohne daß es darauf ankommt, ob das Zufügen von beschnittenen Blistern eine markenrechtlich zu beanstandende Handlung darstellt. Der auf die konkrete Verletzungsform bezogene Verbotsausspruch ist daher schon wegen der in den Antrag aufgenommenen fehlenden Herstellerangabe gerechtfertigt. Im übrigen kann auf die Ausführungen in dem Urteil vom heutigen Tage in der Sache I ZR 65/92 verwiesen werden.

2. Der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung war - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - auch nach den Vorschriften des Warenzeichengesetzes begründet.

Durch das Angebot und den Vertrieb der aus Frankreich importierten, umgepackten, "aufgestockten" und in der vom Berufungsgericht festgestellten Art gekennzeichneten Arznei-

mittelpackungen hat die Beklagte eine warenzeichenrechtlich unzulässige (Neu-)Kennzeichnung der Ware mit der IR-Marke vorgenommen. Insoweit ist die angegriffene Vorgehensweise nicht anders zu beurteilen als nach den Vorschriften des Markengesetzes (vgl. oben II. 1. a)), so daß der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung gleichermaßen auch nach §§ 15, 24 WZG begründet war.

Der Geltendmachung dieses zeichenrechtlichen Anspruchs hat europäisches Recht nicht entgegengestanden. Ohne Verstoß gegen das Verbot der künstlichen Abschottung von Märkten (Art. 36 Satz 2 EGV) kann sich der Markeninhaber beim weiteren Vertrieb von im Wege des Parallelimports ins Inland gelangter Arzneimittel der Benutzung seiner Marke jedenfalls dann widersetzen, wenn die in den Vorabentscheidungen "Hoffmann-La Roche" (GRUR 1978, 599) und "Pfizer/Eurim-Pharm" (GRUR Int. 1982, 187) angeführten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, also insbesondere - wie hier - die Angabe fehlt, wer Hersteller ist. Diese Angabe als eine der Voraussetzungen eines zulässigen Vertriebs umgepackter Arzneimittel ist nicht erst seit dem Urteil Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Juli 1996 zur Auslegung der Markenrechtsrichtlinie erforderlich, sondern war schon nach dessen bisheriger Rechtsprechung zu Art. 30, 36 EGV seit dem Jahre 1981 geboten (vgl. EuGH GRUR Int. 1982, 187, 189 Tz. 13 - Pfizer/Eurim-Pharm); dies hat der Europäische Gerichtshof in seiner jetzigen Vorabentscheidung noch einmal klargestellt (Tz. 47). Insgesamt entspricht, wie der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung für den Streitfall bindend entschieden hat (Tz. 34 ff.), die in Art. 7 MarkenRL enthaltene Regelung den

Grundsätzen, die in Art. 30, 36 EGV bezüglich des gewerblichen Eigentums niedergelegt sind; beide Regelungen sind gleich auszulegen (Tz. 27). In diesem Zusammenhang kann demnach auf die vorstehenden Ausführungen zur Verneinung der Erschöpfung des Markenrechts verwiesen werden. Daraus folgt, daß der Markeninhaberin berechtigte Gründe zur Seite gestanden haben, sich dem weiteren Vertrieb der Ware, die keinen Herstellerhinweis enthält, zu widersetzen.

III. Danach war die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Erdmann

Mees

Starck

Bornkamm

Pokrant