BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 234/91

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

in dem Rechtsstreit

E[redacted]-P[redacted] A[redacted] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Andreas M[redacted] und Helmut L[redacted], Am G[redacted], P[redacted],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

B[redacted] I[redacted] KG, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Thomas H[redacted] und Prof. Dr. Eberhard K[redacted], I[redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [redacted] und Dr. [redacted] -

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 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. Juli 1991 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin des für Arzneimittel eingetragenen deutschen Warenzeichens 905 590, des Wortzeichens "MEXITIL", und der gleichlautenden IR-Marke, für die sie u.a. in Frankreich Schutz genießt.

Die Klägerin stellt das Präparat "MEXITIL" mit dem Werkstoff Mexiletinhydrochlorid gegen Herzrhythmusstörungen her. Sie bietet es in Deutschland in den Packungsgrößen zu 20, 50 und 100 Kapseln an, entsprechend den deutschen Normgrößen N 1, N 2 und N 3.

Das vorerwähnte Präparat wird in Frankreich von der mit der Klägerin konzernverbundenen Firma B[redacted] I[redacted] F[redacted] S[redacted] in Lizenz hergestellt und vertrieben. Es wird dort in 30er-Packungen angeboten, in denen sich drei Blisterstreifen mit jeweils 10 eingeschweißten Kapseln befinden. Die Packungsgröße ist auf einen 10-Tages-Bedarf zugeschnitten und entspricht damit der französischen Zulassungspraxis, nach der Packungen für den 10-Tages- und für den Monats-Bedarf gestattet sind.

Die Beklagte, die in Deutschland vornehmlich im Wege des Parallelimports in EU-Mitgliedstaaten bezogene Arzneimittel vertreibt, führt u.a. "MEXITIL" aus Frankreich ein und stellt das Präparat zu 50er- und 100er-Packungen neu zusammen. Hierzu versieht sie bei den 50er-Packungen die hintere Schauseite des Umkartons der französischen Packung mit einem Aufkleber, der u.a. auf Import und Vertrieb durch sie hin-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

weist. Auf der vorderen Schauseite bringt die Beklagte unterhalb der Markenbezeichnung "MEXITIL" einen weiteren Aufkleber mit der Aufschrift "Wirkstoff: Mexiletinhydrochlorid" an und fügt der im übrigen unveränderten französischen Pakkung zwei lose Blisterstreifen mit je 10 Kapseln des Präparats, einen deutschsprachigen Beipackzettel sowie ein zusätzliches Hinweisblatt bei und bringt das ganze in eine Faltschachtel als Umkarton ein. Deren Vorderseite weist eine rechteckige Öffnung auf, durch die das auf der französischen Packung aufgebrachte Zeichen "MEXITIL" sichtbar wird. Entsprechend verfährt die Beklagte bei der Herstellung von 100er-Packungen; drei teilweise überklebte französische Originalpackungen und ein zusätzlicher Blisterstreifen werden in einem Umkarton zusammengefaßt, der durch eine Öffnung das Zeichen "MEXITIL" auf einer der inneren Packungen sichtbar werden läßt. Der Umkarton der Beklagten enthält u.a. den Aufdruck "Import, Abpackung und Vertrieb: E[redacted]-P[redacted] ARZNEIMITTEL GMBH [redacted] P[redacted]", jedoch keine ausdrückliche Herstellerangabe.

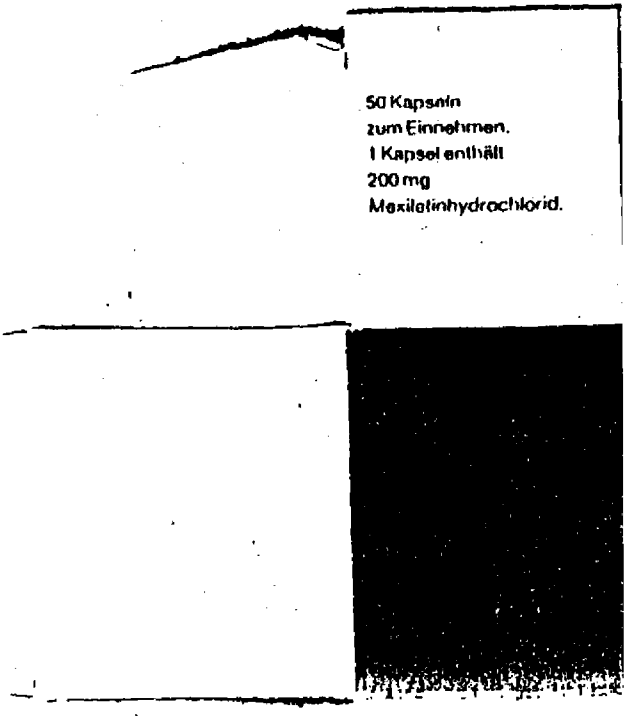
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte bringe ein Arzneimittel in den Verkehr, das so weder von ihr noch von ihrem ausländischen Konzernunternehmen stamme, so daß die Herkunfts- und Garantiefunktion der Marke beeinträchtigt werde. Sie könne nach dem Umpacken, insbesondere wegen der damit verbundenen Gefahr von Chargenverwechslungen, nicht mehr für die Produktsicherheit garantieren. Art. 30, 36 EGV stünden der Abwehr der Zeichenverletzung nicht entgegen, da die verschiedenen Packungsgrößen im In- und Ausland Folge der jeweils unterschiedlichen Marktgege-

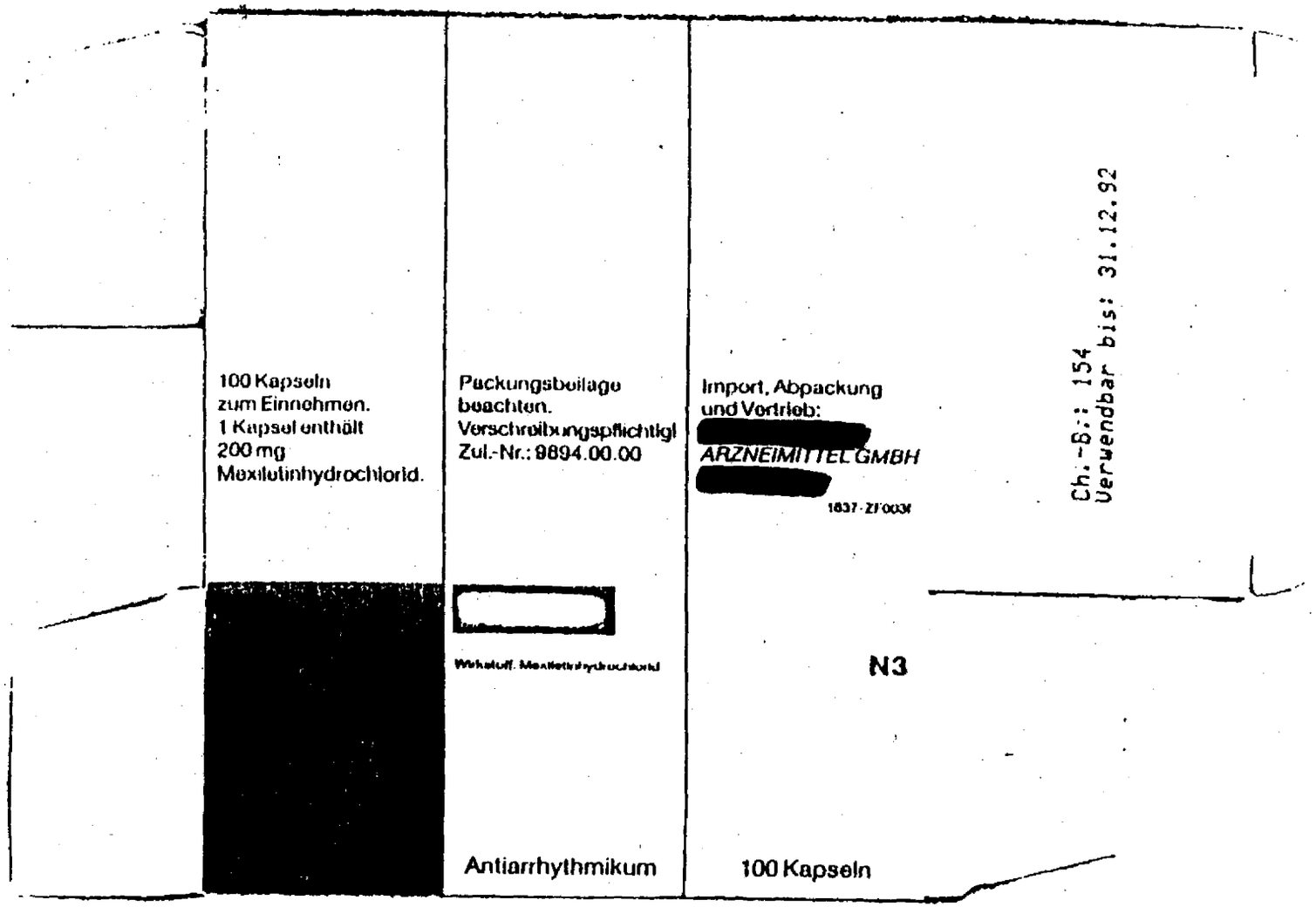
benheiten in den einzelnen Ländern seien und deshalb keine verschleierten Handelsbeschränkungen im Sinne von Art. 36 Satz 2 EGV darstellten.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, von der B[redacted] I[redacted] F[redacted] S[redacted] in Frankreich in den Verkehr gebrachte Packungen des Arzneimittels "MEXITIL" (30 Kapseln) in den nachfolgend abgebildeten Umkartons á 50 Kapseln (N 2) bzw. 100 Kapseln (N 3), denen zusätzlich zwei lose Blisterstreifen á 10 Kapseln "MEXITIL" (N 2) bzw. ein loser Blisterstreifen á 10 Kapseln "MEXITIL" (N 3) beigefügt sind, anzubieten und/oder zu vertreiben und/oder anbieten und/oder vertreiben zu lassen:

N2
Import, Abpackung
und Vertrieb:
[redacted]
ARZNEIMITTEL GMBH
[redacted]
Ch.-B.: 156
Verwendbar bis: 31.12.92


50 Kapseln
zum Einnehmen.
1 Kapsel enthält
200 mg
Maxilatinhydrochlorid.


100 Kapseln
zum Einnehmen.
1 Kapsel enthält
200 mg
Mexiletinhydrochlorid.
Packungsbeilage
beachten.
Verschreibungspflichtig!
Zul.-Nr.: 9894.00.00
Import, Abpackung
und Vertrieb:
ARZNEIMITTEL GMBH
1837-ZF003
Ch.-B.: 154
Verwendbar bis: 31.12.92
N3
Antiarrhythmikum
100 Kapseln

100 Kapseln
zum Einnehmen.
1 Kapsel enthält
200 mg
Mexiletinhydrochlorid.

Packungsbeilage
beachten.
Verschreibungspflichtig
Zul.-Nr.: 9894.00.00

100 Kapseln

Antiarrhythmikum

Die Klägerin hat ferner mit den Klageanträgen zu 2 und zu 3 Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung begehrt.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat geltend gemacht, durch das Umpacken werde der Originalzustand des Arzneimittels nicht verändert. Objektiv könne es zu einer Beeinträchtigung der Ware nicht kommen, da durch ein (im einzelnen näher dargestelltes) Herstellungs- und Kontrollsystem sichergestellt sei, daß nur qualitativ einwandfreie, unbeschädigte und zur selben Charge gehörende Blister neu konfektioniert würden. In dem Sichtbarmachen des auf der Originalpackung angebrachten Zeichens liege kein (erneutes) Kennzeichnen der Ware, selbst ein flüchtiger Betrachter erkenne, daß das Warenzeichen nicht Bestandteil des Umkartons sei. Die Neukonfektionierung der Ware lasse keinen Zweifel daran, daß Ware und äußere Verpackung aus zwei verschiedenen Betrieben stammten; hierauf werde auch in den Packungsangaben deutlich sichtbar hingewiesen. Angesichts der Verschreibungspflicht für das Präparat komme es maßgeblich auf das Verständnis von Ärzten und Apothekern an. Im übrigen liege in der Geltendmachung der Zeichenrechte durch die Klägerin eine unzulässige verschleierte Handelsbeschränkung.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren entsprochen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

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 (GRUR 1994, 376 = WRP 1994, 240 - Mexitil):

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) beruhenden, von den im Mitgliedstaat B auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Packungsgrößen abweichenden - Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur gestalteten äußeren Verpakkung 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?

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 Umpakken 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 Informationszettel 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 Verpakkung 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 geltend gemachten Ansprüche gemäß §§ 15, 24 WZG für begründet erachtet, da die Beklagte mit den angegriffenen Handlungen in die allein der Klägerin als Zeicheninhaberin zustehende Befugnis eingreife, Arzneimittel und deren Verpackungen mit dem Klagezeichen zu versehen und die so gekennzeichnete Ware in den Verkehr zu bringen.

Die durch den Umkarton mittels des ausgeschnittenen Fensters geschaffene Verbindung zwischen äußerer Packung und dem Zeichen auf der französischen Originalpackung stelle ein Kennzeichnen im Sinne von § 24 Abs. 1 WZG dar, letztere setze keine räumliche oder körperliche ("feste") Verbindung des Zeichens mit der Ware voraus. Es genüge eine Verbindung, die nur so nahe sei, daß zwischen dem Zeichen und der Ware eine gedankliche Beziehung hergestellt werde, die von den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichnung der Ware nach ihrer

Herkunft aufgefaßt werde. Nichts anderes gelte für eine Verpackung, die ebenfalls Träger eines Warenzeichens sein könne. Das durch die Öffnung der äußeren Verpackung sichtbare Klagezeichen werde vom Verkehr als Bestandteil der äußeren Verpackung und damit als Kennzeichen der von der Beklagten vertriebenen Gesamtpackung angesehen, zumal diese sonst - entgegen üblicher Handhabung - keine eigene Kennzeichnung trage. Demnach weise das Klagezeichen als integrierter Bestandteil der äußeren Verpackung zugleich auf die Herkunft der so gekennzeichneten Handelseinheit aus dem Betrieb der Zeicheninhaberin hin, was jedoch unstreitig nicht der Fall sei. Dem stehe nicht entgegen, daß der Umkarton der Beklagten auch die Angabe "Import, Abpackung und Vertrieb" nebst deren Firma und Sitz enthalte. Es könne offenbleiben, ob diese Angaben leicht übersehen werden könnten, jedenfalls seien sie inhaltlich nicht geeignet, dem Klagezeichen in der vorliegenden Packung die Funktion eines Herkunftshinweises zu nehmen; Aufschluß über die Beziehungen der Beklagten zur Zeicheninhaberin gäben sie nicht. Ein Verbrauch der Zeichenrechte der Klägerin sei durch das Inverkehrbringen der Originalpackungen in Frankreich nicht eingetreten. Im Streitfall habe die Beklagte die von ihr vertriebenen Packungen neu gekennzeichnet, indem sie das auf der Originalpackung aufgebrachte Klagezeichen durch eine Aussparung in ihrem Umkarton sichtbar gemacht habe.

Selbst wenn in der Verfahrensweise der Beklagten keine Neukennzeichnung der Ware liegen sollte, könne nicht von einer Erschöpfung des Warenzeichenrechts ausgegangen werden. In dem Umpacken - Hinzupacken zusätzlicher Ware - liege eine Veränderung bzw. Umgestaltung der Originalware, aufgrund de-

ren die von dem Warenzeichen ausgehende Gewähr für die Herkunft der Ware aus dem Betrieb des Zeicheninhabers und die damit verbürgte gleichbleibende Beschaffenheit und Güte der Ware keine Grundlage mehr finde.

Die Klägerin sei auch durch Art. 30, 36 EGV nicht gehindert, ihren zeichenrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte durchzusetzen.

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 können die in die Zukunft gerichteten Unterlassungsansprüche nur dann bejaht werden, wenn sie der Klägerin nach § 14 MarkenG zustehen (§ 152 MarkenG) und wenn sie ihr außerdem nach den Vorschriften der §§ 15, 24 WZG zugestanden haben (§ 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 = BlPMZ 1994, Sonderheft S. 122). Im Streitfall sind die Anspruchsvoraussetzungen nach neuem Recht (§ 4 Nr. 1, § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 5 und Abs. 6 MarkenG) gleichermaßen gegeben, wie sie auch nach altem Recht begründet waren (§§ 15, 24 WZG). Dies gilt nicht nur für die Unterlassungsansprüche, sondern auch für die Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadenser-

satzverpflichtung, die sich für die Zeit vor dem 1. Januar 1995 ausschließlich nach altem Recht und für die Zeit danach zugleich auch nach neuem Recht beurteilen.

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 dem mit der Klägerin konzernverbundenen Unternehmen in den Verkehr gebrachte Präparat "MEXITIL" 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 das durch die Öffnung der äußeren Verpackung sichtbare Zeichen "MEXITIL" vom Durchschnittsverbraucher als

Kennzeichen der von der Beklagten vertriebenen Gesamtpackung angesehen werde. Diese Annahme hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Von ihr ist auch bei der Prüfung der Markenverletzung nach den 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 Verwechslungsgefahr 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 die maßgeblichen Verkehrskreise bildenden Personen (hier: der Patienten einerseits und der Ärzte und Apotheker andererseits) zugrunde zu legen ist. Denn im Fall der Beurteilung der Verwechslungsgefahr 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 = BlPMZ 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 vor-

liegenden 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 B[redacted]-M[redacted] S[redacted] u.a./P[redacted] 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 B[redacted]-M[redacted] S[redacted] u.a./P[redacted] 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 Gemeinschaftsrechts 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 ursprünglich von dem mit der Klägerin konzernverbundenen Unternehmen in Frankreich in den Verkehr gebrachten Arzneimittelpackungen durch die Beklagte davon auszugehen, daß das Kennzeichnungsrecht aus der Marke erschöpft sein kann, sofern nicht die Klägerin 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 widersetzt.

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 B[redacted]-M[redacted] S[redacted] u.a./P[redacted] (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 unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 25) fehlt auf den im Klageantrag abgebildeten Umkartons des von der Beklagten vertriebenen Arzneimittels "MEXITIL" ein Hinweis, daß das Arzneimittel von der Klägerin oder von dem mit ihr konzernverbundenen französischen Unternehmen hergestellt worden ist. 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.

(3) Neben dem Unterlassungsanspruch sind auch die hierauf bezogenen Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht (Klageanträge 2 und 3) aus § 14 Abs. 6 MarkenG begründet. Das Berufungsgericht hat die Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere das Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens der Beklagten, rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet festgestellt. Da die - im

Streitfall fehlende - Herstellerangabe auf den Packungen der Beklagten als eine der Voraussetzungen eines zulässigen Vertriebs umgepackter Arzneimittel nicht erst seit der vorerwähnten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung der Markenrechtsrichtlinie aus dem Jahr 1996, sondern - wie das Berufungsgericht (BU 24 ff.) zutreffend ausgeführt und der Europäische Gerichtshof in seiner jetzigen Vorabentscheidung (Tz. 47) noch einmal klargestellt hat - nach dessen bisheriger Rechtsprechung zu Art. 30, 36 EGV bereits seit dem Jahr 1981 (vgl. EuGH GRUR Int. 1982, 187 - P[redacted] E[redacted]-P[redacted]) erforderlich war, ergibt sich auch für den Zeitraum ab dem Inkrafttreten des Markengesetzes nichts anderes.

b) Auf die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob in dem Anbieten und dem Vertrieb der aus Frankreich importierten und umgepackten (mit einem oder zwei weiteren Blistern zu zehn Dragees aufgestockten) Arzneimittelpackungen durch die Beklagte auch das Angebot und der Vertrieb einer veränderten (verschlechterten) Ware unter der Klagemarke liegt, kommt es im Streitfall nicht an. Insoweit wird auf die Ausführungen des Senats im Urteil I ZR 65/92 vom heutigen Tage verwiesen.

2. Die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht waren auch nach den Vorschriften des Warenzeichengesetzes begründet.

Durch das Angebot und den Vertrieb der aus Frankreich importierten, umgepackten und in der vom Berufungsgericht festgestellten Art gekennzeichneten Arzneimittel hat die Be-

klagte eine warenzeichenrechtlich unzulässige (Neu-)Kennzeichnung der Ware mit dem Klagezeichen vorgenommen. Insoweit ist die angegriffene Vorgehensweise nicht anders zu beurteilen als nach den Vorschriften des Markengesetzes (vgl. oben II. 1. a)), so daß die geltendgemachten Ansprüche auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht gleichermaßen - wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen hat - auch nach §§ 15, 24 WZG begründet waren.

Der Geltendmachung dieser zeichenrechtlichen Ansprüche stand europäisches Recht nicht entgegen. 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 "H[redacted]-La R[redacted]" (GRUR 1978, 599) und "P[redacted]/E[redacted]-P[redacted]" (GRUR Int. 1982, 187) angeführten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, also insbesondere - wie hier - die nach der zuletzt genannten Entscheidung erforderliche Angabe fehlt, wer Hersteller ist. Insoweit entspricht, wie der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung für den Streitfall bindend entschieden (Tz. 34 ff.) hat, 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). Dabei ist der Europäische Gerichtshof insbesondere auch zu der Auslegung gelangt, daß grundsätzlich nicht zwischen den Fällen der (Neu-)Kennzeichnung nach dem Umpacken der Ware, wie es vom Berufungsgericht angenommen worden ist, und dem Verwenden der Origi-

nalmarke bei verändertem Packungsinhalt, wovon im Streitfall das Berufungsgericht ebenfalls ausgegangen ist, zu unterscheiden ist (Tz. 38 ff.). In diesem Zusammenhang kann daher 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, deren Umkarton keinen ausdrücklichen 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