

19

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

WZG §§ 15, 24; UWG § 3

Öffnungshinweis

Der inländische Hersteller eines Arzneimittels kann weder aus seinem Warenzeichenrecht, noch aufgrund des § 3 UWG verlangen, daß ein Importeur, der ein vom Hersteller zuvor exportiertes Arzneimittel re-importiert und dabei zur Erfüllung arzneimittelrechtlicher Pflichten die äußere Verpackung des Arzneimittels öffnet, einen Aufkleber auf dem verschlossenen inneren Behältnis anbringt, einen eigenen - rückübersetzten - Beipackzettel einlegt und die äußere Verpackung wieder verschließt, auf der äußeren Verpackung einen Hinweis auf diese Vorgänge anbringt.

BGH, Urt. v. 30. Okt ober 1981 - I ZR 7/80 - OLG Hamburg
LG Hamburg

19

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 7/80

URTEIL

Verkündet am

30. Oktober 1981
Schwarz
Justizangestellte
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma E- P GmbH, Großhandel mit Arzneimitteln,
vertreten durch ihre Geschäftsführer, Auf dem H,
N,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

die Firma H AG, vertreten durch ihren Vorstand,
Gstraße, F/ ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

19

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Piper und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 6. Dezember 1979 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung gegen Nr. I 1 des Urteils des Landgerichts zurückgewiesen worden ist.

Insoweit wird auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 28. Februar 1979 teilweise abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen, soweit ihr das Landgericht unter Nr. I 1 seines Urteils stattgegeben hat.

Von den Kosten der 1. und 2. Instanz trägt die Klägerin 2/3, die Beklagte 1/3. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der Klägerin zur Last.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin stellt in der Bundesrepublik Arzneimittel her, die sie unter dem gleichen Warenzeichen auch im Ausland, so u. a. in Italien vertreibt. Die Beklagte kauft im Ausland solche Waren auf, u. a. der Marken Reverin, Rastinon H[REDACTED] und Cosaldon Retard, re-importiert sie und vertreibt sie im Inland als Großhändler an Krankenhäuser und Apotheken, wobei sie mit Preisvorteilen wirbt. Um die re-importierten Arzneimittel in der Bundesrepublik ohne Verstoß gegen die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes vertreiben zu können, hat die Beklagte die äußeren Umhüllungen der Originalpackungen geöffnet und das innere, verschlossene Behältnis, das die Medikamente enthält, mit einem Aufkleber versehen, aus dem ihre Eigenschaft als Importeur der Ware sowie weitere nach deutschem Arzneimittelrecht gebotene Angaben hervorgehen. Ferner hat sie der Packung jeweils einen in deutscher Sprache gehaltenen und von ihr hergestellten Beipackzettel beigelegt, der eine Übersetzung des fremdsprachlichen Beipackzettels der Klägerin mit den von der Klägerin angeführten Indikations- und Anwendungshinweisen enthält, und der in der Überschrift, im Druck hervorgehoben, jeweils das für die Klägerin geschützte Warenzeichen aufweist.

Die Klägerin hält es für unzulässig, daß die Beklagte den geschilderten Eingriff in die Originalverpackung des Arzneimittels nicht durch einen Öffnungshinweis auf der Verpackung für den Verbraucher kennzeichnet. Sie hat ferner beanstandet, daß die Beklagte

auf den nachgedruckten Packungsbeilagen die für die Klägerin geschützten Warenzeichen erscheinen läßt. In diesem zweiten Punkt ist die Beklagte rechtskräftig zur Unterlassung verurteilt worden.

Zur Frage des Öffnungshinweises hat die Klägerin vorgetragen, es sei eine Verletzung ihres Warenzeichenrechts, wenn die Beklagte in die mit ihren Zeichen versehenen Originalpackungen in der beschriebenen Weise eingreife, ohne die Öffnung und das erneute Schließen der Verpackung kundzutun. Die Hauptfunktion des Warenzeichens bestehe darin, dem Verbraucher die Ursprungsidentität des rechtmäßig gekennzeichneten Markenerzeugnisses zu garantieren. Diese Herkunftsgarantie schließe ein, daß der Verbraucher sicher sein müsse, daß an einem ihm unter einer bestimmten Marke angebotenen Erzeugnis nicht auf einer vorangegangenen Vertriebsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Warenzeicheninhabers ein Eingriff vorgenommen worden sei, der den Originalzustand des Erzeugnisses berühre. Den Arzneimittelhersteller treffe eine besondere Sorgfaltspflicht nicht nur hinsichtlich der Fabrikation, sondern auch hinsichtlich der Verpackung der Erzeugnisse. Arzneimittel bedürften auch nach dem Inverkehrbringen einer besonders sorgfältigen Behandlung. Die nachträgliche Öffnung könne Gefahren für die Abnehmer begründen, so etwa durch die Verwechslung von Beipackzetteln, durch Verunreinigungen und Substanzbeeinträchtigungen, durch Temperaturschwankungen und ähnliches.

Die Hinweispflicht der Beklagten ergebe sich auch aus § 3 UWG; denn das Publikum gehe davon aus, daß ein Arzneimittel in der Originalverpackung des Herstellers verkauft werde und daß diese nicht auf den nachgelagerten Handelsstufen irgendwelchen Eingriffen ausgesetzt sei.

Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß die Geltendmachung der Warenzeichenrechte in dem durch den Klageantrag beschriebenen Umfang als verschleierte Handelsbeschränkung gemäß Art. 36 Satz 2 EWG-Vertrag unzulässig sei. Die Klägerin greife nicht den Vertrieb der Produkte unter dem Warenzeichen an, sondern fordere lediglich einen den Verkehr aufklärenden Hinweis. Diesen Hinweis zu geben sei für die Beklagte weder unzumutbar noch unmöglich.

Die Klägerin hat, soweit für das Revisionsverfahren erheblich, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Wochen zu unterlassen, Originalpackungen der von der Klägerin und/oder deren Tochtergesellschaften hergestellten Erzeugnisse zu öffnen, die inneren Behältnisse herauszunehmen und mit einem Aufkleber zu versehen, wieder - ggf. unter Hinzufügung einer nachgedruckten Packungsbeilage - in die Originalpackung zurückzulegen und diese zu verschließen sowie sie

in den Verkehr zu bringen, o h n e auf der äußeren Packung folgenden deutlich sichtbaren und lesbaren Hinweis anzubringen:

"Diese Packung wurde geöffnet, um auf dem inneren Behältnis mittels eines Aufklebers die vorgeschriebenen Angaben in deutscher Sprache anzubringen. Außerdem wurde eine nachgedruckte Packungsbeilage beigelegt.

Unterschrift: Eurim - Pharm GmbH",

hilfsweise:

Originalpackungen der von der Klägerin und/oder deren Tochtergesellschaften hergestellten Erzeugnisse zu öffnen, die inneren Behältnisse herauszunehmen und mit einem Aufkleber zu versehen - wieder - ggf. unter Hinzufügung einer nachgedruckten Packungsbeilage - in die Originalpackung zurückzulegen und diese zu verschließen, sowie sie in den Verkehr zu bringen, o h n e auf der Packung deutlich sichtbar und lesbar einen Hinweis darauf anzubringen, daß die Packung, sowie zu welchem Zweck, geöffnet und anschließend wieder verschlossen wurde.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Unterlassung eines Öffnungshinweises greife nicht in die Rechte des Warenzeicheninhabers ein, weil nicht die Verpackung, sondern nur die Ware selbst in ihrer Verbindung mit der Marke vom Warenzeichenschutz erfaßt werde. Die Ware, im inneren Behältnis, werde bei ihrem Vorgehen

nicht beeinträchtigt. Der zusätzlich von der Klägerin gewünschte Text sei auch auf den Arzneimittelpackungen praktisch nicht unterzubringen. Er sei zudem geeignet, bei Apothekern und Verbrauchern den Eindruck eines Erzeugnisses minderer Qualität zu wecken. Die sich daraus ergebenden Störungen der Absatzmöglichkeiten bezüglich der von der Beklagten importierten Ware seien es, was die Klägerin erstrebe.

Eine Hinweispflicht ergebe sich mangels Irreführung auch nicht aus § 3 UWG. Eine Irreführung durch Verschweigen setze eine Aufklärungspflicht voraus, die hier nicht bestehe, weil es für den Kaufentschluß eines durchschnittlichen Verbrauchers gleichgültig sei, daß der auf dem Behältnis eines Arzneimittels befindliche Aufkleber mit deutschsprachigen Angaben im Nachhinein angebracht worden sei und daß zu diesem Zweck und zum Zwecke der Beifügung einer deutschsprachigen Packungsbeilage die äußere Umhüllung geöffnet worden sei. Zudem werde dem Verbraucher keineswegs verschwiegen, daß die Beklagte die Packungen geöffnet habe. Jeder Apotheker und jeder interessierte Verbraucher müsse, wenn er das fremdsprachig bedruckte Arzneimittel in der Hand halte und den Aufkleber der Beklagten lese, davon ausgehen, daß er die gleichen Angaben auch auf dem inneren Behältnis antreffen werde und daß die Beklagte diese Aufkleber dort angebracht haben müsse. Im übrigen scheitere das Klagebegehren an den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag.

Das Landgericht hat den Hauptantrag zurückgewiesen, dem Hilfsantrag dagegen stattgegeben und der Beklagten, weil der Wert des Hauptantrages den des Hilfsantrages nicht übersteige, die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält die Beklagte sowohl nach §§ 15, 24 WZG als auch nach § 3 UWG für verpflichtet, den beantragten Öffnungshinweis anzubringen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts wird durch das Vorgehen der Beklagten (Öffnen der äußeren Verpackung, Anbringen eines Aufklebers auf dem verschlossenen inneren Behältnis, Beilegen eines eigenen Beipackzettels und Verschließen der äußeren Verpackung) die Ware mit ihrer Originalverpackung so verändert, daß deren Eigenart in einem für die Garantiefunktion des Warenzeichens beachtlichen Maße beeinträchtigt werde, so daß der Weitervertrieb der Ware sich zeichenrechtlich als ein erneutes, widerrechtliches, In-Verkehr-Bringen darstelle. Bei Arzneimitteln, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, werde die Eigenart der Ware bereits berührt, wenn eine Öffnung der Verpackung durch einen nicht autorisierten Dritten stattgefunden

habe. Denn bei Arzneimitteln verbürge das Warenzeichen in besonders hohem Maße die Integrität und Unberührt-
heit der Ware. Der Verkehr sehe im Warenzeichen ver-
bürgt, daß der Hersteller mit seinem Zeichen nicht
nur hinsichtlich der Güte des Medikaments selbst,
sondern auch hinsichtlich aller weiteren Vorgänge
bis zum Verschließen der Originalware hinter der Ware
stehe und deren Sicherheit gewährleiste. Das Arznei-
mittelgesetz (§ 4 Abs. 14) bringe durch die Gleich-
behandlung von Abpacken und Produzieren gleichfalls
zum Ausdruck, daß der Hersteller aus Sicherheits-
erwägungen alle Vorgänge bis zum Inverkehrbringen
in der Hand behalten solle, um die Wirksamkeit des
Mittels auch gegen eine Einwirkung im Rahmen des Ver-
packungsvorganges zu garantieren. Demzufolge seien
Eingriffe, die die abstrakte Gefahr einer Veränderung
des Medikaments begründeten, bereits als Eingriff in
die Ware zu werten. Eine solche Gefahrenlage werde
nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Arzneimittel
selbst in einem inneren Behältnis eingeschlossen sei
und nicht unmittelbar berührt werden könne. Arznei-
mittel könnten bereits durch unsachgemäße Handhabung,
Temperatureinwirkungen und andere physikalische Einflüsse
Schaden leiden, was alles außerhalb der Kontrolle des
Warenzeicheninhabers vor sich gehe, sobald die Original-
packung das Werk verlassen habe. Gefahren seien vor
allem mit dem Einlegen des Beipackzettels durch Dritte
verbunden, wenn dieser Zettel nicht vom Hersteller
stamme. Dabei sei an Verwechslungen ebenso zu denken,
wie an unvollständige oder falsche Angaben.

Eine Irreführung im Sinne des § 3 UWG sei in dem Unterlassen eines Öffnungshinweises zu sehen, weil der Verkehr ungeachtet der von der Beklagten angebrachten sonstigen Aufkleber der Erwartung folge, daß eine Arzneimittelpackung nur vom Hersteller oder einem von ihm hierzu Ermächtigten geöffnet und verändert worden sein könne. Diese Erwartung sei für die wirtschaftlichen Entschlüsse des Publikums von Bedeutung.

Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Abweisung der Klage.

II. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Klageanspruch in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der §§ 15, 24 WZG zu prüfen ist. Zwar gewährt § 24 WZG dem Zeicheninhaber gegen einen widerrechtlichen Zeichengebrauch einen Unterlassungsanspruch, während die Klägerin der Sache nach Verurteilung der Beklagten zur Anbringung eines Öffnungshinweises verlangt. Dabei handelt es sich jedoch, wie das Berufungsgericht ersichtlich angenommen hat, nicht um eine andere, von § 24 WZG nicht gewährte Rechtsfolge, sondern um die prozessuale Beschränkung auf einen Teil des Anspruchs, der als Minus in einem Unterlassungsanspruch gem. § 24 WZG enthalten sein kann. Diese Antragsfassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie soll offenbar die der Erhebung einer Unterlassungsklage unter dem Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs, innerhalb der Europäischen Gemeinschaft anhaftenden

rechtlichen Risiken (Art. 30, 36 EWGV) ausschließen. Grundsätze des Prozeßrechts werden dadurch nicht verletzt, die Beklagte auch nicht belastet. Die prozessuale Beschränkung ist jedoch ohne Einfluß auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Klageanspruchs. Dieser ist danach nur begründet, wenn die für den Unterlassungsanspruch in § 24 WZG aufgestellten Tatbestandsmerkmale gegeben sind.

III. Bei seiner zeichenrechtlichen Beurteilung ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß das Ausschließlichkeitsrecht des Zeicheninhabers, seine Ware, ihre Verpackung oder Umhüllung mit seinem Warenzeichen zu versehen und die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen (§ 15 WZG) grundsätzlich erschöpft ist, wenn der Berechtigte die Ware erstmals in den Verkehr gebracht hat (RGZ 103, 359, 363 - Singer; BGHZ 41, 84, 888 - Maja; 60, 185, 190 - Cinzano). Schon der erste Abnehmer soll die vom Zeicheninhaber oder mit seiner Erlaubnis in Verkehr gebrachte Ware frei verwerten können, und auch der weitere Verkehr soll in dem Vertrieb der Ware nicht gehindert sein (Maja aaO). Dies gilt auch dann, wenn, wie im Streitfall, die Ware vom Berechtigten im Ausland in den Verkehr gebracht und dann von einem Dritten ins Inland verbracht worden ist, sofern der inländische Zeicheninhaber auch Inhaber des (inhaltlich **identischen**) Zeichenrechts in dem Lande ist, in dem die Ware mit seiner Zustimmung zuerst in den Verkehr gebracht worden ist, wie im Streitfall vom Berufungsgericht festgestellt (vgl. BGH aaO - Maja Seite 92 ff; - Cinzano S. 191).

Schon in der älteren Rechtsprechung ist anerkannt worden, daß die Erschöpfung des Rechts, die mit dem Warenzeichen versehene Ware in den Verkehr zu bringen, dem Zeicheninhaber nicht das Recht nimmt, aufgrund seines Zeichenrechts auch späteren Abnehmern einen Weitervertrieb der Ware unter seinem Zeichen zu untersagen, wenn die Originalware so verändert oder umgestaltet wird, daß die von dem Warenzeichen ausgehende Gewähr für die Herkunft der Ware aus seinem Geschäftsbetrieb und die damit verbürgte gleichbleibende Beschaffenheit und Güte der Ware keine Grundlage mehr findet. So ist ausgesprochen worden, daß der Weitervertrieb nach Veränderungen an der Ware, wie etwa durch Aufarbeitung, Reparaturen, Hinzufügen neuer Bestandteile fremder Herkunft usw. als ein widerrechtliches, neues "Versehen" der Ware mit dem Zeichen angesehen werden kann, wenn die Ware dadurch in ihrer Eigenart betroffen worden ist (vgl. RGZ 103, 359, 363 ff - Singer; RGZ 161, 29, 37 ff - Zählerersatzteile). An diesen Grundsätzen hat auch der Bundesgerichtshof festgehalten (vgl. GRUR 1952, 521, 522 - Nachfüllung von Feuerlöschern; BGHZ 41, 84, 94 - Maja). In diesem Zusammenhang ist jedoch bereits zum Ausdruck gebracht worden, daß noch nicht jede Einwirkung auf die Ware dem Zeicheninhaber ein Verbotungsrecht gibt. So hat das Reichsgericht (aaO Seite 39 - Zählerersatzteile) ausgeführt, daß häufig die Vornahme eines Eingriffs an der gekennzeichneten Ware deren wirtschaftliche Beschaffenheit so wenig berühre, daß von einer Verletzung des Rechts des Zeicheninhabers, der dieser entgegentreten dürfe, nicht gesprochen werden könne (vgl. auch BGH GRUR 1952, 521 - Nachfüllung von Feuerlöschern).

Entscheidend ist hierfür, ob das Vorgehen des Wiederverkäufers der Gewährfunktion des Warenzeichens zuwiderläuft (RG aaO; BGH aaO - Nachfüllung von Feuerlöschern), also eine Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware und eine Beeinträchtigung der Garantiefunktion des Warenzeichens zu befürchten ist (BGHZ 41, 84, 94 - Maja).

Insoweit ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der angeführten Rechtsprechung zutreffend davon ausgegangen, daß die Hauptfunktion des Warenzeichens darin besteht, die Herkunft der Ware aus dem Betrieb des Zeicheninhabers zu kennzeichnen, um diesem Gelegenheit zu geben, seiner Ware unter dem Zeichen Anerkennung zu verschaffen. Da der Zeicheninhaber dieses Ziel nur erreichen kann, wenn er die gekennzeichnete Ware in gleichmäßiger und gleichbleibender Qualität auf den Markt bringt, sieht der Verbraucher in der Marke regelmäßig auch eine Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit der Ware und vertraut darauf. Wenn auch dieses Vertrauen als solches nicht rechtlich geschützt ist, so ist es doch, weil für dessen Geschäftserfolg bedeutsam, als schutzwürdig bei der Auslegung der dem Warenzeicheninhaber gem. § 15 WZG zustehenden Rechte auch dann zu berücksichtigen, wenn im Rahmen des Weitervertriebes ein vom Hersteller dazu nicht ermächtigter Dritter auf die Ware in einer Weise einwirkt, die die Garantiefunktion verletzt (vgl. BGH aaO Seite 94 - Maja).

Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin zugestimmt werden, daß die im Streitfall beanstandeten Handlungen diese Garantie (Vertrauens) -funktion des Warenzeichens der Klägerin rechtserheblich verletzen.

Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Begriff der Eigenart der Ware verkannt, wenn es ausführe, diese Eigenart werde bei Arzneimitteln bereits durch ein Öffnen der äußeren Verpackung in zeichenrechtlich beachtlicher Weise berührt. Der Begriff der "Eigenart der Ware", wie er in der vorerwähnten Rechtsprechung verwendet worden ist, bezog sich allein auf die charakteristischen Sach-Eigenschaften der Ware, auf die eingewirkt worden war. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut und wird klargestellt durch die sinngleich verwendeten Begriffe "wirtschaftliche Beschaffenheit" (RGZ 161, 29, 39 - Zählerersatzteile) "Unversehrtheit der Ware" (RGZ 103, 359, 364 - Singer) "gleichbleibende Eigenschaften der Ware" (BGHZ 41, 84, 94 - Maja). Da das Berufungsgericht davon ausgeht, daß im Streitfall die Ware von der Beklagten in ihren Eigenschaften nicht verändert wird, durfte es den vorliegenden Fall nur dann wie einen Eingriff in die Eigenart der Ware behandeln, wenn die Öffnung der äußeren Umhüllung solchen Sacheingriffen rechtlich gleichgestellt werden müßte. Die dafür angeführte Begründung, bei Arzneimitteln verbürge das Warenzeichen auch die Unberührtheit der Verpackung, rechtfertigt dies aber nicht. Soweit das Berufungsgericht sich dafür auf die Verkehrserwartung beruft, kann ihm zwar insoweit gefolgt werden, als der Verkehr sicherlich davon ausgeht, daß Arzneimittel in derjenigen Verpackung den Endverbraucher erreichen,

in der sie den Herstellungsbetrieb verlassen haben und ohne daß die äußere Umhüllung geöffnet worden ist. Aber diese Erwartung ist nicht die Grundlage für das Vertrauen in die gleichbleibende Beschaffenheit und Güte der mit dem Warenzeichen gekennzeichneten Ware. Daß die äußere Umhüllung im Laufe des Warenumschlags über Groß- und Einzelhandel zum Verbraucher nicht geöffnet wird, sieht der inländische Verbraucher deshalb als selbstverständlich an, weil es für eine Öffnung keine sachlichen Gründe zu geben scheint - was in der Regel auch zutrifft, soweit das Arzneimittel im Inland hergestellt und vertrieben wird. Dagegen findet sich weder in der Lebenserfahrung noch sonst ein greifbarer Anhaltspunkt dafür, daß der Letztverbraucher einer Arzneimittelmarke sein Vertrauen in die Beschaffenheit und Güte des Arzneimittels entziehen würde, wenn er wüßte, daß die äußere Umhüllung nicht willkürlich, sondern nur deshalb geöffnet worden ist, weil es sich um eine importierte Ware handelt und diese aufgrund der inländischen Arzneimittelgesetzgebung mit bestimmten Angaben beschriftet werden muß, um überhaupt verkehrsfähig zu werden und daß schließlich das innere Behältnis, das das Arzneimittel selbst enthält, dabei unversehrt bleibt. Soweit das Berufungsgericht also meint, das Warenzeichen verbürge in den Augen des Verkehrs auch die Unberührtheit der Verpackung, kann dies nur mit der Maßgabe anerkannt werden, daß im Falle der Öffnung nur der äußeren Umhüllung der Verkehr erwartet, daß diese nicht willkürlich, also entgegen rechtlichen Vorschriften und entgegen den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs geöffnet wird. Im Streitfall geht das Berufungsgericht ohne

Rechtsfehler davon aus, daß die Beklagte die importierte Ware aufgrund und im Einklang mit den arzneimittelrechtlichen Vorschriften mit einem Aufkleber versieht und einen - abgesehen von dem dort angebrachten Warenzeichen der Klägerin, was jedoch nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens ist - inhaltlich nicht beanstandeten Beipackzettel beifügt. Daß der Re-Import von Arzneimitteln für die Abnehmer eher als Ausnahme erscheint, widerspricht nicht der Annahme, daß die Beklagte sich dabei im Rahmen des redlichen Geschäftsverkehrs hält.

Auch soweit in der Literatur - ohne Erörterung der hier maßgebenden Fallgestaltung - der Standpunkt vertreten wird, Ware und Verpackung bildeten regelmäßig eine geschützte Einheit, das Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers beziehe sich auch auf die Verpackung seiner Ware und das Produkt sei insgesamt vor Dritteinwirkung geschützt (vgl. Hefermehl und Fezer in Hefermehl, Ipsen, Schluep und Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft 1979 Seite 133; Fezer, GRUR 1978, 604, 605), werden jedenfalls solche Eingriffe als zulässig angesehen, die nach der Auffassung des Verkehrs als unwesentlich gelten können oder übliche Begleiterscheinungen des normalen geschäftlichen Verkehrs darstellen. Diese Voraussetzungen können, wie ausgeführt, im Streitfall nicht verneint werden.

Auch soweit das Berufungsgericht auf mit dem Öffnen der Umhüllungen verbundene Gefahren für das Publikum hinweist und meint, diese rechtfertigten die Gleichbehandlung mit tatsächlichen Eingriffen in die

Beschaffenheit der Waren, kann ihm nicht beigetreten werden. Zunächst ist zu beachten, daß das Warenzeichenrecht ein Kennzeichnungsrecht ist. Es hat nicht die Aufgabe, vom Publikum Gefahren allgemeiner Art abzuwehren, die durch etwaige Qualitätsmängel bedingt sind. Für eine insoweit erweiternde Auslegung besteht im Falle von Arzneimitteln kein Anlaß, zumal mit der Arzneimittelgesetzgebung hinreichende rechtliche Mittel zur Verfügung stehen, Gefahren für die Volksgesundheit zu begegnen. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht auch nicht unbeachtet lassen dürfen, daß das Arzneimittelrecht bisher keine Anstalten getroffen hat, der von der Beklagten geübten Handhabung entgegenzutreten. Das Bestehen einer solchen Gefährdung ist auch in der Rechtssache 102/78 (Hoffmann-La Roche ./ Centrapharm) vor dem Europäischen Gerichtshof sowohl von der britischen Regierung (GRUR Int. 1978, Seite 294 r.Sp.) als auch vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil in dieser Sache (GRUR Int. 1978, Seite 298 r.Sp.) für den Fall als gering erachtet worden, daß der Inhaber des Warenzeichens das Erzeugnis in einer doppelten Verpackung in den Verkehr gebracht hat und sich das Umpacken nur auf die äußere Umhüllung bezieht, während die innere Verpackungshülle unberührt bleibt. Dies muß erst recht für einen Fall gelten, in dem die Ware mit dem inneren Behältnis nicht umgepackt, sondern die äußere Umhüllung nur geöffnet und nach Beifügung der arzneimittelrechtlich erforderlichen Angaben wieder geschlossen wird.

Darüber hinaus hätte das Berufungsgericht auch berücksichtigen müssen, daß die von ihm hervorgehobenen Gefahren für die Arzneimittel-Stoffe, wie etwa durch unsachgemäße Handhabung, Temperatureinwirkung und andere physikalische Einflüsse ganz allgemein bei Lagerung und Transport von Arzneimitteln bestehen können, ohne daß der Warenzeicheninhaber gegen die daraus drohende Rufbeeinträchtigung mit warenzeichenrechtlichen Mitteln Schutz erlangen könnte. Es ist nicht dargetan, daß das Öffnen der äußeren Umhüllung zum Zweck der Beifügung der arzneimittelrechtlich vorgeschriebenen Angaben solche Gefahren in einem Ausmaß erhöhen könnte, daß dagegen ausnahmsweise ein zeichenrechtlicher Schutz gewährt werden müßte. Daß eine solche Gefahr konkret im vorliegenden Streitfall bestehe, hat die Klägerin selbst nicht behauptet, wird auch vom Berufungsgericht, das seine Überlegungen auf abstrakte Gefahrenlagen stützt, nicht festgestellt. Allerdings könnte, was das Berufungsgericht hervorhebt, gegenüber den genannten allgemeinen Gefahren eine Gefahrenerhöhung durch die Hinzufügung der Übersetzung des Original-Beipackzettels entstehen, etwa, wie das Berufungsgericht meint, durch Verwechslung solcher Zettel, irreführende, unvollständige oder falsche Angaben. Auch dabei handelt es sich nicht um eine Frage des Warenzeichenrechts. Bei jedem Fertigarzneimittel ist grundsätzlich nach § 11 ArzneimittelG ein solcher Beipackzettel (Gebrauchsinformation), notfalls vom Importeur (§ 9 AMG), zu fertigen und in die äußere Verpackung einzulegen.

Wenn das Arzneimittelgesetz diese Praxis im Interesse des Schutzes der Gesundheit und zur Vermeidung einer Täuschung der Verbraucher über das in Verkehr gesetzte Fertigarzneimittel vorschreibt, kann allein in dieser Handhabung noch nicht eine Einwirkung auf die Ware selbst und damit eine zeichenrechtlich relevante Beeinträchtigung der Herkunfts- und Garantiefunktion der Marke gesehen werden. Im übrigen hat die Klägerin die Möglichkeit, damit etwa verbundenen Gefahren bei Arzneimitteln, mit deren Re-Import zu rechnen ist, durch mehrsprachigen Druck ihrer Beipackzettel entgegenzutreten.

IV. Auch soweit das Berufungsgericht die Klage zusätzlich unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG für begründet erachtet hat, kann ihm nicht beigetreten werden. Auch dabei stützt sich das Berufungsgericht auf die auf eigenes Wissen gestützte Feststellung, das Publikum erwarte und halte es für seine wirtschaftliche Entschließungsfreiheit für erheblich, daß die äußere Umhüllung der Arzneimittel nach der Auslieferung durch den Hersteller nicht mehr geöffnet werde. Die Beklagte führe daher den Verkehr irre, wenn sie nicht auf die tatsächlich vorgenommene Öffnung hinweise. Die Pflicht dazu ergebe sich aus der großen Bedeutung, die der Verkehr der Tatsache der Öffnung und gegebenenfalls der Beifügung der Übersetzung des Beipackzettels beimesse.

Auch insoweit hat das Berufungsgericht nicht hinreichend unterschieden, daß das Publikum zwar eine willkürliche, sachlich und rechtlich nicht gebotene Öffnung der äußeren Umhüllung als einen erheblichen, seine Erwartungen störenden und deshalb auch offenbarungspflichtigen Eingriff werten wird, nicht aber eine solche, die, wie im Streitfall, im Hinblick auf den Importcharakter der Ware für die Verkehrsfähigkeit im Inland rechtlich geboten und im Umfang angemessen ist und nicht in Widerspruch zu den Gebräuchen des redlichen Geschäftsverkehrs steht. Im einzelnen wird dazu auf die Ausführungen zur warenzeichenrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts Bezug genommen.

V. Das Berufungsurteil war danach teilweise aufzuheben und auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, daß die Klage abgewiesen wird, soweit ihr das Landgericht zu Nr. I 1 des Urteilstenors stattgegeben hat.

Die Kostenentscheidung, bei der zu berücksichtigen war, daß die Klägerin mit der Verurteilung der Beklagten gem. Ziffer I 2 des Klageantrages (Verwendung des Warenzeichens der Klägerin auf Packungsbeilagen) rechtskräftig obgesiegt hatte (dieser Antrag ist nicht in die Revision gelangt), beruht auf § 92 ZPO, soweit es

sich um die Kosten der ersten und zweiten Instanz handelt. Im übrigen beruht die Kostenentscheidung auf § 97 I ZPO.

v. Gamm

Alff

Merkel

Dr. Piper

Dr. Teplitzky