



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

10. November 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Marken — Richtlinie 2008/95/EG — Art. 7 Abs. 2 — Pharmazeutische Erzeugnisse — Parallelimport — Abschottung der Märkte — Erforderlichkeit des Umpackens des mit der Marke versehenen Erzeugnisses — Arzneimittel, das vom Markeninhaber auf dem Exportmarkt und dem Importmarkt mit den gleichen Verpackungsarten vertrieben wird“

In der Rechtssache C-297/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Sø- og Handelsretten (See- und Handelsgericht, Dänemark) mit Entscheidung vom 10. Juni 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Juni 2015, in dem Verfahren

Ferring Lægemedler A/S, handelnd für die Ferring BV,

gegen

Orifarm A/S

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J. L. da Cruz Vilaça (Berichterstatter), der Richterin M. Berger sowie der Richter A. Borg Barthet, E. Levits und F. Biltgen,

Generalanwalt: M. Wathelet,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Ferring Lægemedler A/S, handelnd für die Ferring BV, vertreten durch T. Ryhl, advokat,

— der Orifarm A/S, vertreten durch K. Jensen, advokat,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch H. Støvlbæk, T. Scharf und J. Samnadda als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

* Verfahrenssprache: Dänisch.

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 2008, L 299, S. 25).
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Ferring Lægemedler A/S, handelnd für die Ferring BV (im Folgenden: Ferring), und der Orifarm A/S (im Folgenden: Orifarm) über den Widerspruch von Ferring gegen den Vertrieb eines ihrer Arzneimittel, das von Orifarm im Zusammenhang mit von dieser Gesellschaft durchgeführten Parallelimporten aus Norwegen umgepackt wird, in Dänemark.

Rechtlicher Rahmen

EWR-Abkommen

- 3 Art. 13 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (ABl. 1994, L 1, S. 3, im Folgenden: EWR-Abkommen) übernimmt den Inhalt von Art. 36 AEUV.
- 4 Die Richtlinie 2008/95 wurde durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 146/2009 vom 4. Dezember 2009 zur Änderung von Anhang XVII (Geistiges Eigentum) des EWR-Abkommens (ABl. 2010, L 62, S. 43) in dieses Abkommen aufgenommen.

Unionsrecht

- 5 Art. 7 der Richtlinie 2008/95 bestimmt:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.“

Dänisches Recht

- 6 Aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt sich, dass Art. 6 des Varemærkelov (Markengesetz), mit dem die Richtlinie 2008/95 in Dänemark umgesetzt wurde, im Wesentlichen mit Art. 7 der Richtlinie 2008/95 übereinstimmt.

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

- 7 Ferring verkauft in Dänemark, Finnland, Schweden und Norwegen ein Arzneimittel unter der Marke Klyx, deren Inhaberhin sie ist. Klyx wird in allen diesen Staaten in den gleichen Packungsgrößen vermarktet, d. h. in Fläschchen zu 120 ml oder 240 ml sowie in Verpackungen zu einer oder zehn Einzeldosen des Erzeugnisses.

- 8 Im Rahmen ihrer Parallelimporttätigkeit kauft Orifarm in Norwegen Klyx in Schachteln zu zehn Einzeldosen ein und verkauft dieses Erzeugnis, nachdem sie es in neue Verpackungen zu einer Einzeldosis umgepackt und hierauf wieder die Marke Klyx angebracht hat (im Folgenden: streitiges Umpacken), auf dem dänischen Markt.
- 9 Ferring macht vor dem vorlegenden Gericht geltend, sie sei berechtigt, sich dem streitigen Umpacken zu widersetzen, da dieses erstens für das Inverkehrbringen der parallel importierten Ware nicht erforderlich und zweitens allein durch das Streben des Importeurs nach einem wirtschaftlichen Vorteil begründet sei.
- 10 Orifarm macht ihrerseits geltend, das Umpacken sei erforderlich, um Zugang zu dem Segment des dänischen Marktes zu erhalten, das in Klyx in Packungen zu einer Dosis bestehe.
- 11 Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass sich der Markeninhaber nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dem Umpacken nicht widersetzen könne, wenn dieser Widerspruch zu einer Abschottung der Märkte beitrage. Dies sei der Fall, wenn der Widerspruch ein für den Vertrieb des Arzneimittels im Einfuhrstaat erforderliches Umpacken verhindere. Dem vorlegenden Gericht stellt sich daher die Frage, ob das streitige Umpacken vor dem Hintergrund als „erforderlich“ angesehen werden kann, dass Klyx in allen Vertragsstaaten des EWR-Abkommens, in denen das Arzneimittel angeboten wird, einschließlich der vom Ausgangsverfahren betroffenen Staaten, in Packungsgrößen zu einer oder zu zehn Einzeldosen erhältlich ist.
- 12 Unter diesen Umständen hat das Sø- og Handelsretten (See- und Handelsgericht, Dänemark) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
 1. Sind Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95 und die einschlägige Rechtsprechung dahin auszulegen, dass sich ein Markeninhaber dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels durch einen Parallelimporteur rechtmäßig widersetzen kann, wenn der Importeur das Arzneimittel in eine neue äußere Verpackung umgepackt und die Marke wieder angebracht hat, in einer Situation, in der der Markeninhaber das Arzneimittel in denselben Mengen- oder Packungsgrößen in allen EWR-Staaten, in denen das Arzneimittel angeboten wird, in Verkehr gebracht hat?
 2. Ist die erste Frage anders zu beantworten, wenn der Markeninhaber sowohl im Ausfuhrstaat als auch im Einfuhrstaat das Arzneimittel in zwei verschiedenen Packungsgrößen, nämlich in Packungen zu zehn Fläschchen und in Packungen zu einem Fläschchen, in Verkehr gebracht hat und der Importeur Packungen zu zehn Fläschchen im Ausfuhrstaat eingekauft und diese zu Packungen zu einem Fläschchen umgepackt hat, auf denen die Marke wieder angebracht wird, bevor diese im Einfuhrstaat in Verkehr gebracht werden?

Zu den Vorlagefragen

- 13 Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass sich der Inhaber einer Marke dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels durch einen Parallelimporteur widersetzen kann, wenn dieser das Arzneimittel in eine neue Verpackung umgepackt und hierauf die Marke wieder angebracht hat.
- 14 Insoweit ist zum einen darauf hinzuweisen, dass der spezifische Gegenstand der Marke darin besteht, die Herkunft des mit ihr versehenen Erzeugnisses zu garantieren und dass ein Umpacken dieses Erzeugnisses durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers tatsächliche Gefahren für diese Herkunftsgarantie begründen kann (vgl. entsprechend Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 15 Zum anderen ist festzustellen, dass nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95 der Widerspruch des Markeninhabers gegen das Umpacken, der eine Abweichung vom Grundsatz des freien Warenverkehrs darstellt, nicht zulässig ist, wenn die Ausübung dieses Rechts durch den Markeninhaber eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Vertragsstaaten des EWR-Abkommens im Sinne von Art. 13 Satz 2 dieses Abkommens darstellt (vgl. entsprechend zu Art. 36 Satz 2 AEUV Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 16 Sofern das Umpacken unter Wahrung der berechtigten Interessen des Markeninhabers erfolgt, liegt eine solche verschleierte Beschränkung im Sinne der genannten Bestimmung vor, wenn der Markeninhaber durch die Ausübung seines Rechts, sich dem Umpacken zu widersetzen, zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Vertragsstaaten des EWR-Abkommens beiträgt (vgl. entsprechend zu Art. 36 Satz 2 AEUV Urteile vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 17, und vom 28. Juli 2011, Orifarm u. a., C-400/09 und C-207/10, EU:C:2011:519, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 17 Zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Vertragsstaaten des EWR-Abkommens trägt es allerdings bei, wenn sich der Inhaber einer Marke einem Umpacken widersetzt, das erforderlich ist, um das parallel importierte Erzeugnis im Einfuhrstaat vermarkten zu können (vgl. entsprechend Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 18 Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, darf die Befugnis des Inhabers einer in einem Mitgliedstaat geschützten Marke, sich dem Vertrieb umgepackter Waren unter dieser Marke zu widersetzen, nämlich nur insoweit beschränkt werden, als das Umpacken durch den Importeur erforderlich ist, um die Ware im Einfuhrmitgliedstaat vertreiben zu können (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a., C-427/93, C-429/93 und C-436/93, EU:C:1996:282, Rn. 56).
- 19 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Markeninhaber die mit jedem Umpacken eines mit seiner Marke versehenen Arzneimittels verbundene Veränderung, die ihrem Wesen nach die Gefahr einer Beeinträchtigung des Originalzustands des Arzneimittels schafft, verbieten kann, es sei denn, das Umpacken ist erforderlich, um den Vertrieb der parallel importierten Ware zu ermöglichen, und die berechtigten Interessen des Markeninhabers sind überdies gewahrt (vgl. entsprechend Urteile vom 23. April 2002, Boehringer Ingelheim u. a., C-143/00, EU:C:2002:246, Rn. 34, und vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 19).
- 20 Die Voraussetzung der Erforderlichkeit eines Umpackens ist unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt des Vertriebs im Einfuhrstaat bestehenden Umstände zu prüfen, die das Umpacken objektiv erforderlich machen, damit das Arzneimittel vom Parallelimporteure in diesem Staat in den Verkehr gebracht werden kann. Der Widerstand des Markeninhabers gegen das Umpacken ist nicht gerechtfertigt, wenn er den tatsächlichen Zugang des eingeführten Erzeugnisses zum Markt des Einfuhrstaats behindert (vgl. entsprechend Urteile vom 12. Oktober 1999, Upjohn, C-379/97, EU:C:1999:494, Rn. 43, und vom 23. April 2002, Boehringer Ingelheim u. a., C-143/00, EU:C:2002:246, Rn. 46).
- 21 Im Einzelnen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich ein Markeninhaber dem Umpacken der Ware nicht widersetzen kann, wenn Packungen der Größe, die er in dem Vertragsstaat des EWR-Abkommens, in dem der Importeur die Ware gekauft hat, verwendet, im Einfuhrstaat insbesondere deshalb nicht vertrieben werden können, weil dort nur Packungen einer bestimmten Größe zulässig sind oder eine entsprechende nationale Praxis besteht, weil Krankenversicherungsvorschriften die Erstattung der Krankheitskosten von der Packungsgröße abhängig machen oder weil feste ärztliche Verschreibungsgewohnheiten bestehen, die u. a. auf durch

Berufsverbände und Krankenversicherungsträger empfohlenen Normgrößen beruhen (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a., C-427/93, C-429/93 und C-436/93, EU:C:1996:282, Rn. 53).

- 22 Ferner lässt sich, wenn der Markeninhaber entsprechend den Vorschriften und der Praxis im Einfuhrstaat dort verschiedene Packungsgrößen verwendet, allein daraus, dass eine dieser Größen auch im Vertragsstaat des EWR-Abkommens, aus dem das Erzeugnis ausgeführt wird, vertrieben wird, nicht schließen, dass ein Umpacken des Erzeugnisses nicht erforderlich ist. Es läge nämlich eine Abschottung der Märkte vor, wenn der Importeur das Erzeugnis nur auf einem begrenzten Teil des Marktes für dieses Erzeugnis vertreiben könnte (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a., C-427/93, C-429/93 und C-436/93, EU:C:1996:282, Rn. 54).
- 23 Schließlich obliegt dem Parallelimporteur der Nachweis, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb der Arzneimittel nicht widersetzen kann (vgl. entsprechend Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, EU:C:2007:249, Rn. 52).
- 24 Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass Klyx von Ferring in allen Vertragsstaaten des EWR-Abkommens, in denen es angeboten wird, einschließlich der vom Ausgangsverfahren betroffenen Staaten, in den gleichen Verpackungen vertrieben wird.
- 25 Aus den dem Gerichtshof zur Verfügung stehenden Informationen ergibt sich hingegen nicht, dass hier einer der in Rn. 21 des vorliegenden Urteils angeführten Fälle vorläge oder dass der tatsächliche Zugang von Klyx zum dänischen Markt durch besondere, zum Zeitpunkt des Vertriebs bestehende Umstände behindert würde.
- 26 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob im Ausgangsrechtsstreit ein oder mehrere der in Rn. 21 des vorliegenden Urteils angeführten Umstände vorliegen. Ist dies nicht der Fall, kann sich der Markeninhaber dem streitigen Umpacken widersetzen, da das parallel importierte Erzeugnis in Dänemark in der gleichen Verpackung vertrieben werden kann wie derjenigen, in der dieses Erzeugnis in Norwegen vertrieben wird.
- 27 In ihren schriftlichen Erklärungen macht Orifarm geltend, dass der Widerspruch gegen das Umpacken zwangsläufig zu einer Abschottung der Märkte führe, da der Importeur in den dänischen Teilmarkt für Packungen mit einer Einzeldosis Klyx nur eindringen könne, indem er das Erzeugnis in derselben Verpackung aus Norwegen einführe. Ohne das streitige Umpacken könne das eingeführte Erzeugnis somit nur auf einem begrenzten Teil des dänischen Marktes vertrieben werden.
- 28 Hierzu ist festzustellen, dass sich der Akte kein Anhaltspunkt dafür entnehmen lässt, dass der Markt für Klyx in Packungen zu zehn Einzeldosierungen nur einen begrenzten Teil des Marktes des Einfuhrstaats, d. h. Dänemarks, ausmacht. Es ist jedenfalls Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine solche Voraussetzung im Ausgangsrechtsstreit erfüllt ist.
- 29 Daher ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass sich der Inhaber einer Marke dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels durch einen Parallelimporteur, der das Arzneimittel in eine neue Verpackung umgepackt und hierauf die Marke wieder angebracht hat, widersetzen kann, wenn das Arzneimittel in dem Vertragsstaat des EWR-Abkommens, in den es eingeführt wird, in der gleichen Verpackung vertrieben werden kann wie derjenigen, in der es im Vertragsstaat des EWR-Abkommens, aus dem es ausgeführt wird, vertrieben wird und der Importeur nicht nachgewiesen hat, dass das eingeführte Erzeugnis nur auf einem begrenzten Teil des Marktes des Einfuhrstaats vertrieben werden kann, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

Kosten

- 30 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass sich der Inhaber einer Marke dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels durch einen Parallelimporteur, der das Arzneimittel in eine neue Verpackung umgepackt und hierauf die Marke wieder angebracht hat, widersetzen kann, wenn das Arzneimittel im Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, in den es eingeführt wird, in der gleichen Verpackung vertrieben werden kann wie derjenigen, in der es im Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, aus dem es ausgeführt wird, vertrieben wird und der Importeur nicht nachgewiesen hat, dass das eingeführte Erzeugnis nur auf einem begrenzten Teil des Marktes des Einfuhrstaats vertrieben werden kann, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

Unterschriften