

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Erste Kammer)

28. Juli 2011 \*

In den verbundenen Rechtssachen C-400/09 und C-207/10

betreffend Vorabentscheidungsersuchen nach den Art. 234 EG und Art. 267 AEUV, eingereicht vom Højesteret (Dänemark) mit Entscheidungen vom 7. Oktober 2009 und 22. April 2010, beim Gerichtshof eingegangen am 19. Oktober 2009 und 30. April 2010, in den Verfahren

**Orifarm A/S,**

**Orifarm Supply A/S,**

**Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S, in Liquidation,**

**Ompakningselskabet af 1. november 2005 A/S (C-400/09)**

und

**Paranova Danmark A/S,**

\* Verfahrenssprache: Dänisch.

**Paranova Pack A/S (C-207/10)**

gegen

**Merck Sharp & Dohme Corp.**, ehemals Merck & Co. Inc.,

**Merck Sharp & Dohme BV,**

**Merck Sharp & Dohme**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Tizzano sowie der Richter J.-J. Kasel,  
M. Ilešič (Berichterstatter), E. Levits und M. Safjan,

Generalanwalt: Y. Bot,  
Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom  
7. April 2011,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Orifarm A/S, der Orifarm Supply A/S, der Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S, in Liquidation, und der Ompakningsselskabet af 1. november 2005 A/S, vertreten durch J. J. Bugge und K. Jensen, advokater,
  
- der Paranova Danmark A/S und der Paranova Pack A/S, vertreten durch E. B. Pfeiffer, advokat,
  
- der Merck Sharp & Dohme Corp., ehemals Merck & Co. Inc., der Merck Sharp & Dohme BV und der Merck Sharp & Dohme, vertreten durch R. Subiotto, QC, und T. Weincke, advokat,
  
- der tschechischen Regierung, vertreten durch M. Smolek und K. Havlíčková als Bevollmächtigte,
  
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
  
- der portugiesischen Regierung, vertreten durch L. Inez Fernandes und P. A. Antunes als Bevollmächtigte,
  
- der Europäischen Kommission, vertreten durch H. Krämer, H. Støvlbæk und F. W. Bulst als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 12. Mai 2011

folgendes

## Urteil

- 1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung des Art. 7 Abs. 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1) und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere der Urteile vom 23. Mai 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, Slg. 1978, 1139), vom 3. Dezember 1981, Pfizer (1/81, Slg. 1981, 2913), und vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a. (C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457) und MPA Pharma (C-232/94, Slg. 1996, I-3671). In diesen Urteilen hat der Gerichtshof die Voraussetzungen näher bestimmt, unter denen ein Parallelimporteur umgepackte Arzneimittel, die mit einer Marke versehen sind, vertreiben darf, ohne dass sich der Inhaber der Marke dem widersetzen kann.
  
- 2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen einerseits der Orifarm A/S (im Folgenden: Orifarm), der Orifarm Supply A/S (im Folgenden: Orifarm Supply), der Handelselskabet af 5. januar 2002 A/S, in Liquidation (im Folgenden: Handelselskabet), und der Ompakningsselskabet af 1. november 2005 A/S (im Folgenden: Ompakningsselskabet) (Rechtssache C-400/09) bzw. der Paranova Danmark A/S (im Folgenden: Paranova Danmark) und der Paranova Pack A/S (im Folgenden: Paranova Pack) (Rechtssache C-207/10) und andererseits der Merck Sharp & Dohme Corp., ehemals Merck & Co. Inc., der Merck Sharp & Dohme BV und der Merck Sharp & Dohme (im Folgenden zusammen: Merck) über das Fehlen der Angabe des tatsächlichen Umpackers auf der neuen Verpackung parallel importierter Arzneimittel.

## Rechtlicher Rahmen

3 Die Richtlinie 89/104 wurde durch die am 28. November 2008 in Kraft getretene Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 299, S. 25) aufgehoben. Für die Sachverhalte der Ausgangsrechtsstreitigkeiten gilt jedoch aufgrund des zeitlichen Rahmens weiterhin die Richtlinie 89/104.

4 Art. 5 („Rechte aus der Marke“) der Richtlinie 89/104 sah vor:

„(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

(2) Die Mitgliedstaaten können ferner bestimmen, dass es dem Inhaber gestattet ist, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu

benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese in dem betreffenden Mitgliedstaat bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

- a) das Zeichen auf Waren oder deren Aufmachung anzubringen;
- b) unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen;
- c) Waren unter dem Zeichen einzuführen oder auszuführen;
- d) das Zeichen in den Geschäftspapieren und in der Werbung zu benutzen.

...“

5 Art. 7 („Erschöpfung des Rechts aus der Marke“) der Richtlinie 89/104 lautet:

„(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 I 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.“

## **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

### *Rechtssache C-400/09*

- 6 Orifarm, Orifarm Supply, Handelsselskabet und Ompakningsselskabet gehören zum Orifarm-Konzern. Dieser Konzern ist der größte Parallelimporteure von Arzneimitteln in den nordischen Ländern und war 2008 der größte Arzneimittellieferant der dänischen Apotheken. Er hat seinen Hauptsitz in Odense (Dänemark).
- 7 Der Merck-Konzern, einer der größten Arzneimittelhersteller weltweit, stellte die in diesem Ausgangsverfahren fraglichen Arzneimittel her, die vom Orifarm-Konzern im Wege des Parallelimports nach Dänemark eingeführt wurden. Merck ist auch Inhaberin der entsprechenden Markenrechte bzw. aufgrund von Lizenzverträgen mit den Markeninhabern ermächtigt, die Markenrechte gerichtlich geltend zu machen.
- 8 Orifarm und Handelsselskabet sind bzw. waren Inhaberinnen von Genehmigungen für das Inverkehrbringen und den Vertrieb dieser Arzneimittel; Orifarm Supply und Ompakningsselskabet, die deren Umpacken besorgt haben, besitzen bzw. besaßen eine entsprechende Umpackgenehmigung.

- 9 Alle Entscheidungen betreffend den Einkauf, das Umpacken und den Verkauf der im Ausgangsverfahren fraglichen Arzneimittel einschließlich des Entwurfs neuer Verpackungen sowie der Etikettierung wurden von Orifarm oder Handelsselskabet getroffen. Ompakningsselskabet und Orifarm Supply kauften diese Arzneimittel, packten sie um und übernahmen die Verantwortung für die Beachtung der an die Umpacker gerichteten Richtlinien des Lægemedelstyrelse (dänische Arzneimittelagentur).
- 10 Auf der Verpackung der genannten Arzneimittel befand sich der Hinweis, dass sie von Orifarm bzw. Handelsselskabet umgepackt worden seien.
- 11 Merck erhob beim SØ- og Handelsret (See- und Handelsgericht) zwei Klagen gegen Orifarm und Orifarm Supply bzw. gegen Handelsselskabet und Ompakningsselskabet mit der Begründung, dass auf den Verpackungen der im Ausgangsverfahren fraglichen Arzneimittel die Angabe des tatsächlichen Umpackers fehle. Mit Urteilen vom 21. Februar und 20. Juni 2008 stellte das SØ- og Handelsret fest, dass die Beklagten dadurch die Markenrechte von Merck verletzt hätten, dass sie es unterlassen hätten, auf der Verpackung den Namen des tatsächlichen Umpackers anzugeben, und verurteilte sie demgemäß, eine Entschädigung in Geld an Merck zu zahlen.
- 12 Das Højesteret, das mit den gegen diese Urteile des SØ- og Handelsret eingelegten Kassationsbeschwerden von Orifarm, Orifarm Supply, Handelsselskabet und Ompakningsselskabet befasst wurde, hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Sind die Urteile des Gerichtshofs Bristol-Myers Squibb u. a. und MPA Pharma so auszulegen, dass ein Parallelimporteur, der Inhaber einer Genehmigung für das Inverkehrbringen eines parallel eingeführten Arzneimittels ist und über die dieses Arzneimittel betreffenden Informationen verfügt und der einem selbständigen Unternehmen Anweisungen für den Einkauf und die Verpackung des



Arzneimittels, die nähere Gestaltung der Arzneimittelpackung und bezüglich der Verfügungen im Hinblick auf das Arzneimittel erteilt, die Rechte des Markeninhabers verletzt, wenn er sich selbst — und nicht das selbständige Unternehmen, das Inhaber der Umpackgenehmigung ist, das Arzneimittel eingeführt und das physische Umpacken einschließlich der (Neu-)Anbringung der Marke des Markeninhabers vorgenommen hat — auf der äußeren Verpackung des parallel eingeführten Arzneimittels als Umpacker angibt?

2. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage erheblich, wenn anzunehmen ist, dass der Umstand, dass der Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen sich selbst und nicht denjenigen als Umpacker angibt, der in seinem Auftrag das Umpacken physisch vorgenommen hat, nicht die Gefahr einer Irreführung in sich birgt, die den Verbraucher/Endabnehmer zu der Annahme verleiten könnte, dass der Markeninhaber für die Umpackung verantwortlich ist?
  
3. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage erheblich, wenn anzunehmen ist, dass die Gefahr einer Irreführung in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Markeninhabers für das Umpacken ausgeschlossen ist, wenn derjenige, der das Umpacken physisch vorgenommen hat, als Umpacker angegeben ist?
  
4. Ist allein die Gefahr einer Irreführung in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Markeninhabers für das Umpacken für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, oder gibt es noch weitere Gründe im Hinblick auf den Markeninhaber, die von Bedeutung sind, z. B.
  - a) dass derjenige, der die Einfuhr und das physische Umpacken vornimmt und die Marke des Markeninhabers auf der äußeren Verpackung des Arzneimittels (neu) anbringt, dadurch möglicherweise in eigener Person die Marke des Markeninhabers verletzt und

- b) dass Umstände, für die derjenige, der das Umpacken physisch vorgenommen hat, verantwortlich ist, dazu führen können, dass die Umpackung den Originalzustand des Arzneimittels beeinträchtigt oder dass die Aufmachung der Umpackung so beschaffen ist, dass von einer Schädigung des Rufs des Markeninhabers auszugehen ist (vgl. u. a. Urteil Bristol-Myers Squibb u. a.)?
5. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, dass der Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen, der sich selbst als Umpacker angegeben hat, zum Zeitpunkt der Benachrichtigung des Markeninhabers, die vor dem beabsichtigten Verkauf des umgepackten parallel eingeführten Arzneimittels stattfand, zum selben Konzern gehörte wie der physische Umpacker (Schwestergesellschaft)?

*Rechtssache C-207/10*

- <sup>13</sup> Paranova Danmark und Paranova Pack sind Tochtergesellschaften der Paranova Group A/S (im Folgenden: Paranova Group), die Parallelimporte von Arzneimitteln nach Dänemark, Finnland und Schweden durchführt. Dieser Konzern hat seinen Hauptsitz in Ballerup (Dänemark), wo sich auch der Sitz der beiden Tochtergesellschaften befindet.
- <sup>14</sup> Entsprechend dem Sachverhalt in der Rechtssache C-400/09 führte Paranova Group im Wege des Parallelimports die in diesem Ausgangsverfahren fraglichen Arzneimittel nach Dänemark ein, die von Merck hergestellt wurden, die Inhaberin der Markenrechte an diesen Arzneimitteln bzw. aufgrund von Lizenzverträgen mit den Markeninhabern ermächtigt ist, die Markenrechte gerichtlich geltend zu machen.

- 15 Paranova Danmark ist Inhaberin einer Genehmigung für das Inverkehrbringen dieser Arzneimittel, während Paranova Pack, die deren Umpacken besorgt hat, Inhaberin einer entsprechenden Umpackgenehmigung ist.
- 16 Alle Entscheidungen betreffend den Einkauf, das Umpacken und den Verkauf der im Ausgangsverfahren fraglichen Arzneimittel einschließlich des Entwurfs neuer Verpackungen sowie der Etikettierung wurden von Paranova Danmark getroffen. Paranova Pack kaufte die Arzneimittel ein, packte sie unter Beachtung der vom Lægemiddelstyrelse an die Umpackunternehmen gestellten Anforderungen selbst um und brachte sie im Einklang mit den arzneimittelrechtlichen Vorschriften wieder in den Handel, wobei es die Verantwortung für diese verschiedenen Vorgänge trug.
- 17 Auf der Verpackung der genannten Arzneimittel befand sich der Hinweis, dass diese von Paranova Danmark umgepackt worden seien.
- 18 Merck erhob gegen Paranova Danmark und Paranova Pack jeweils Klage wegen des Fehlens der Angabe des tatsächlichen Umpackers auf der Verpackung der streitigen Arzneimittel. Auf diese Klagen hin wurde Paranova Danmark — mit Beschluss des Fogedret i Ballerup vom 26. Oktober 2004, bestätigt im Berufungsverfahren durch Entscheidung des SØ- og Handelsret vom 15. August 2007 — und Paranova Pack — durch Urteil des SØ- og Handelsretten vom 31. März 2008 — untersagt, diese Arzneimittel zu verkaufen, da auf deren Verpackung nicht der Name des Unternehmens angegeben sei, das das Umpacken tatsächlich besorgt habe.
- 19 Das Højesteret, das mit den gegen diese Urteile des SØ- og Handelsret eingelegten Kassationsbeschwerden von Paranova Danmark und Paranova Pack befasst wurde, hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Sind Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 und die dazu ergangene Rechtsprechung, nämlich die Urteile Hoffmann-La Roche, Pfizer und Bristol Myers Squibb u. a., so auszulegen, dass sich der Inhaber einer Marke auf diese Marke berufen kann, um

ein Vertriebsunternehmen eines Parallelimporteurs, der Inhaber einer Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels in einem Mitgliedstaat ist, daran zu hindern, dieses mit der Angabe zu verkaufen, dass es vom Vertriebsunternehmen umgepackt worden sei, obwohl das Vertriebsunternehmen das physische Umpacken von einem anderen Unternehmen, dem Umpackunternehmen, vornehmen lässt, dem das Vertriebsunternehmen Weisungen in Bezug auf den Einkauf, das Umpacken, die nähere Gestaltung der Arzneimittelverpackung und sonstige Weisungen im Zusammenhang mit dem Arzneimittel erteilt und das Inhaber der Umpackgenehmigung ist und im Zusammenhang mit dem Umpacken die Marke auf der neuen Verpackung wieder anbringt?

2. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage erheblich, wenn anzunehmen ist, dass der Verbraucher oder der Endabnehmer durch die Angabe des Namens des Herstellers neben der erwähnten Angabe des für das Umpacken Verantwortlichen auf der Verpackung durch den Parallelimporteur nicht über den Ursprung der Ware in die Irre geführt werden und nicht zu der Annahme veranlasst werden kann, dass der Inhaber der Marke für das Umpacken verantwortlich ist?
  
3. Ist allein die Gefahr einer Irreführung in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Markeninhabers für das Umpacken für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, oder gibt es noch weitere Gründe im Hinblick auf den Markeninhaber, die von Bedeutung sind, z. B.
  - a) dass derjenige, der den Einkauf, das Umpacken und die Neuanbringung der Marke des Markeninhabers auf der Verpackung des Arzneimittels vornimmt, dadurch möglicherweise in eigener Person die Marke des Markeninhabers verletzt und dass dies auf Umstände zurückzuführen ist, für die derjenige, der das Umpacken physisch vorgenommen hat, verantwortlich ist,

b) dass das Umpacken den Originalzustand des Arzneimittels beeinträchtigt oder

c) dass die Aufmachung der umgepackten Ware so beschaffen ist, dass von einer Schädigung der Marke oder des Rufs des Markeninhabers auszugehen ist?

4. Wenn der Gerichtshof in Beantwortung der dritten Frage zu dem Ergebnis gelangt, dass es auch erheblich ist, zu berücksichtigen, ob das Umpackunternehmen selbständig möglicherweise die Markenrechte des Markeninhabers verletzt, ist es dann für diese Antwort erheblich, ob das Vertriebsunternehmen des Parallelimporteurs und das Umpackunternehmen nach nationalem Recht selbständig und als Gesamtschuldner für die Verletzung der Markenrechte des Inhabers haften?

5. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, dass der Parallelimporteur, der Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen ist und der sich selbst als für das Umpacken Verantwortlicher angegeben hat, zum Zeitpunkt der vorherigen Benachrichtigung des Markeninhabers von dem beabsichtigten Verkauf des umgepackten Arzneimittels zum selben Konzern wie die Gesellschaft gehörte, die das Umpacken vorgenommen hat (Schwestergesellschaft)?

6. Ist es für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, ob das Umpackunternehmen auf dem Beipackzettel als Hersteller angegeben ist?

20 Die Rechtssachen C-400/09 und C-207/10 sind durch Beschluss des Präsidenten der Ersten Kammer des Gerichtshofs vom 31. Januar 2011 zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden worden.

## Zu den Vorlagefragen

- 21 Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 dahin auszulegen ist, dass er es dem Inhaber einer mit einem Arzneimittel verbundenen Marke, das Gegenstand von Parallelimporten ist, erlaubt, sich dem weiteren Vertrieb dieser umgepackten Ware zu widersetzen, weil die neue Verpackung nicht das Unternehmen als Umpacker angibt, das die Ware in Erfüllung eines Auftrags tatsächlich umgepackt hat und im Besitz einer entsprechenden Genehmigung ist, sondern dasjenige, das Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen der Ware ist, nach dessen Anweisungen das Umpacken erfolgte und das für das Umpacken verantwortlich ist.
- 22 Diese so umformulierten Fragen sind nach Ansicht von Orifarm, Paranova Dänemark, der tschechischen und der portugiesischen Regierung sowie der Europäischen Kommission zu verneinen, nach Ansicht von Merck und der italienischen Regierung zu bejahen.
- 23 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 der Widerspruch des Markeninhabers gegen das Umpacken von mit dieser Marke gekennzeichneten Waren, 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 Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 30 Satz 2 EG (jetzt Art. 36 Satz 2 AEUV) darstellt (vgl. Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a., C-348/04, Slg. 2007, I-3391, Randnr. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 24 Eine solche verschleierte Beschränkung im Sinne der genannten Bestimmung liegt vor, wenn der Markeninhaber durch die Ausübung seines Rechts, sich dem Umpacken zu widersetzen, zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beiträgt und wenn das Umpacken zudem unter Beachtung der berechtigten

Interessen des Markeninhabers erfolgt (vgl. Urteil Boehringer Ingelheim u. a., Randnr. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 25 Zum letztgenannten Punkt hat der Gerichtshof festgestellt, dass dann, wenn das Umpacken unter Bedingungen erfolgt, die den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen können, die Hauptfunktion der Marke, die Herkunftsgarantie, gewahrt ist. Der Verbraucher oder Endabnehmer wird über die Herkunft der Waren nicht irreführt, sondern erhält tatsächlich unter der alleinigen Kontrolle des Markeninhabers hergestellte Waren (vgl. Urteile Bristol-Myers Squibb u. a., Randnr. 67, und MPA Pharma, Randnr. 39).
- 26 Der Gerichtshof hat allerdings auch befunden, dass, wenn der Markeninhaber sich dem Vertrieb von durch einen Importeur umgepackten Waren unter seiner Marke unter Berufung auf die Marke nicht widersetzen kann, dies zugleich bedeutet, dass dem Importeur damit eine bestimmte Befugnis eingeräumt wird, die unter normalen Umständen dem Markeninhaber selbst vorbehalten ist. Daher ist dem Importeur diese Befugnis im Interesse des Markeninhabers und zu dessen Schutz vor Missbrauch nur insoweit zuzuerkennen, als er bestimmte weitere Erfordernisse beachtet (vgl. in diesem Sinne Urteile Bristol-Myers Squibb u. a., Randnrn. 68 und 69, und MPA Pharma, Randnrn. 40 und 41).
- 27 So ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, insbesondere den Urteilen, zu deren Auslegung das vorliegende Gericht den Gerichtshof befragt, dass sich ein Markeninhaber dem weiteren Vertrieb eines mit seiner Marke gekennzeichneten Arzneimittels, das von einem Importeur umgepackt worden ist, der diese Marke wieder darauf angebracht hat, dann nicht widersetzen kann,

— wenn erwiesen ist, dass ein solcher Widerspruch zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde, insbesondere weil das Umpacken erforderlich ist, um das Arzneimittel im Einfuhrmitgliedstaat vertreiben zu können,

- wenn dargetan ist, dass das Umpacken den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann,
  
  - wenn auf der neuen Verpackung klar angegeben ist, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist und wer der Hersteller ist,
  
  - wenn das umgepackte Arzneimittel nicht so aufgemacht ist, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann, was insbesondere impliziert, dass die Verpackung nicht schadhaf, von schlechter Qualität oder unordentlich sein darf, und
  
  - wenn der Importeur den Markeninhaber vorab vom Feilhalten des umgepackten Arzneimittels unterrichtet und ihm auf Verlangen ein Muster der umgepackten Ware liefert (vgl. insbesondere Urteile Hoffmann-La Roche, Randnr. 14, Bristol-Myers Squibb u. a., Randnr. 79, MPA Pharma, Randnr. 50, und Boehringer Ingelheim u. a., Randnr. 21, sowie vom 22. Dezember 2008, The Wellcome Foundation, C-276/05, Slg. 2008, I-10479, Randnr. 23).
- <sup>28</sup> Was die in den Ausgangsverfahren fragliche Bedingung angeht, nach der auf der neuen Verpackung klar angegeben sein muss, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist, so ist dieses Erfordernis durch das Interesse des Markeninhabers daran gerechtfertigt, dass der Verbraucher oder Endabnehmer nicht zu der Annahme veranlasst wird, der Markeninhaber sei für das Umpacken verantwortlich (vgl. Urteile Bristol-Myers Squibb u. a., Randnr. 70, und MPA Pharma, Randnr. 42).
- <sup>29</sup> Wie jedoch der Generalanwalt in den Nrn. 34 und 35 seiner Schlussanträge festgestellt hat, ist dieses Interesse des Markeninhabers in vollem Umfang gewahrt, wenn auf der Verpackung der umgepackten Ware klar ersichtlich der Name des Unternehmens angegeben ist, in dessen Auftrag und nach dessen Anweisungen das Umpacken



vorgenommen wurde und der dieses verantwortet. Sofern eine solche Angabe so aufgedruckt ist, dass sie von einer Person mit einem normalen Maß an Aufmerksamkeit verstanden werden kann, kann nämlich durch sie verhindert werden, dass beim Verbraucher oder Endabnehmer der falsche Eindruck entsteht, die Ware sei vom Markeninhaber umgepackt worden.

- 30 Außerdem kann der Markeninhaber, weil dieses Unternehmen die volle Verantwortung für die mit dem Umpacken verbundenen Vorgänge trägt, seine Rechte geltend machen und gegebenenfalls Schadensersatz erlangen, falls der Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware durch das Umpacken beeinträchtigt worden oder das umgepackte Arzneimittel so aufgemacht ist, dass dadurch der Ruf des Markeninhabers geschädigt werden könnte. Dabei ist zu beachten, dass in einem solchen Fall ein Unternehmen, das auf der neuen Verpackung einer umgepackten Ware als Umpacker angegeben ist, für alle Schäden, die vom tatsächlichen Umpacker verursacht wurden, haftbar gemacht werden und sich von seiner Haftung nicht mit der Behauptung befreien kann, Letzterer habe gegen seine Anweisungen verstoßen.
- 31 Der Inhaber der Marke hat mithin nicht schon deshalb ein berechtigtes Interesse daran, zu verlangen, dass auf der Verpackung der Name des tatsächlichen Umpackers angegeben werde, weil das Umpacken den ursprünglichen Zustand dieser Ware beeinträchtigen und damit gegebenenfalls die Markenrechte verletzen könnte.
- 32 Das Interesse des Inhabers der Marke an der Beibehaltung des ursprünglichen Zustands der in der Verpackung enthaltenen Ware wird nämlich hinreichend durch das in Randnr. 27 des vorliegenden Urteils aufgeführte Erfordernis geschützt, darzutun, dass das Umpacken den ursprünglichen Zustand dieser Ware nicht beeinträchtigen kann. Dieser Nachweis obliegt unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren dem Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen, nach dessen Anweisungen das Umpacken vorgenommen wurde und der für dieses verantwortlich ist.

- 33 Merck trägt jedoch vor, zum Schutz der Verbraucher sei es erforderlich, auf der Verpackung der umgepackten Ware den tatsächlichen Umpacker anzugeben. Die Verbraucher hätten nämlich ein Interesse daran, den Namen dieses Unternehmens zu erfahren, insbesondere wenn es ihnen nach ihrem nationalen Recht möglich sei, nicht nur gegen den Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen, sondern auch gegen den Umpacker eine Klage zu erheben, wenn sie durch das Umpacken einen Schaden erlitten hätten.
- 34 Dieses Vorbringen ist indessen zurückzuweisen. Insoweit genügt die Feststellung, dass aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 klar hervorgeht, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme vom Grundsatz der Erschöpfung des Rechts aus der Marke auf den Schutz der berechtigten Interessen des Markeninhabers beschränkt ist, während der spezifische Schutz der berechtigten Interessen von Verbrauchern durch andere rechtliche Instrumente gewährleistet wird.
- 35 Selbst wenn jedoch angenommen würde, dass sich die Interessen des Markeninhabers, sei es auch nur teilweise, mit denen des Verbrauchers deckten, würde jedenfalls, wie der Generalanwalt in den Nrn. 42 und 43 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die auf der Verpackung der Ware stehende Angabe des Unternehmens, das für das Umpacken verantwortlich ist, dem Verbraucher eine angemessene Unterrichtung im Sinne des Markenrechts erlauben.
- 36 Nach alledem ist Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 dahin auszulegen, dass er es dem Inhaber einer mit einem Arzneimittel verbundenen Marke, das Gegenstand von Parallelimporten ist, nicht erlaubt, sich dem weiteren Vertrieb dieser umgepackten Ware nur deshalb zu widersetzen, weil die neue Verpackung nicht das Unternehmen als Umpacker angibt, das die Ware in Erfüllung eines Auftrags tatsächlich umgepackt hat und im Besitz einer entsprechenden Genehmigung ist, sondern dasjenige, das Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen der Ware ist, nach dessen Anweisungen das Umpacken erfolgte und das für das Umpacken verantwortlich ist.

## Kosten

- <sup>37</sup> Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem 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 (Erste Kammer) für Recht erkannt:

**Art. 7 Abs. 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass er es dem Inhaber einer mit einem Arzneimittel verbundenen Marke, das Gegenstand von Parallelimporten ist, nicht erlaubt, sich dem weiteren Vertrieb dieser umgepackten Ware nur deshalb zu widersetzen, weil die neue Verpackung nicht das Unternehmen als Umpacker angibt, das die Ware in Erfüllung eines Auftrags tatsächlich umgepackt hat und im Besitz einer entsprechenden Genehmigung ist, sondern dasjenige, das Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen der Ware ist, nach dessen Anweisungen das Umpacken erfolgte und das für das Umpacken verantwortlich ist.**

Unterschriften