



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 173/04

Verkündet am:
14. Juni 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

STILNOX

MarkenG § 24

- a) Das Erfordernis, dass das Umpacken eines parallelimportierten Arzneimittels notwendig ist, um die Ware in dem Einfuhrmitgliedstaat vermarkten zu können, als eine der Voraussetzungen dafür, dass sich der Markeninhaber dem Vertrieb des Arzneimittels in einer neuen Verpackung unter Wiederanbringung der Marke nicht widersetzen kann, gilt nur für das Umpacken der Ware als solches sowie für die Wahl, ob die Wiederanbringung der Marke durch Neuverpackung oder durch Aufkleben eines Etiketts auf die Verpackung der Ware erfolgt, nicht dagegen für die Art und Weise, in der das Umpacken durchgeführt wird (im Anschluss an EuGH, Urt. v. 26.4.2007 - C-348/04, GRUR 2007, 586 Tz. 38 = WRP 2007, 627 - Boehringer Ingelheim/Swingward II).
- b) Ist das Umpacken des parallelimportierten Arzneimittels erforderlich, weil die Originalpackung mehr Tabletten enthält, als im Inland verschreibungsüblich sind, so betrifft auch die Frage, ob für den Vertrieb eines Teils des Inhalts die Originalverpackung zu verwenden ist, die Art und Weise des Umpackens.
- c) Zur Frage der Schädigung des Rufs der Marke bei Verwendung eines vom Parallelimporteur neu gestalteten Packungsdesigns.

BGH, Urt. v. 14. Juni 2007 - I ZR 173/04 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2007 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 21. Oktober 2004 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 3. Februar 2004 im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

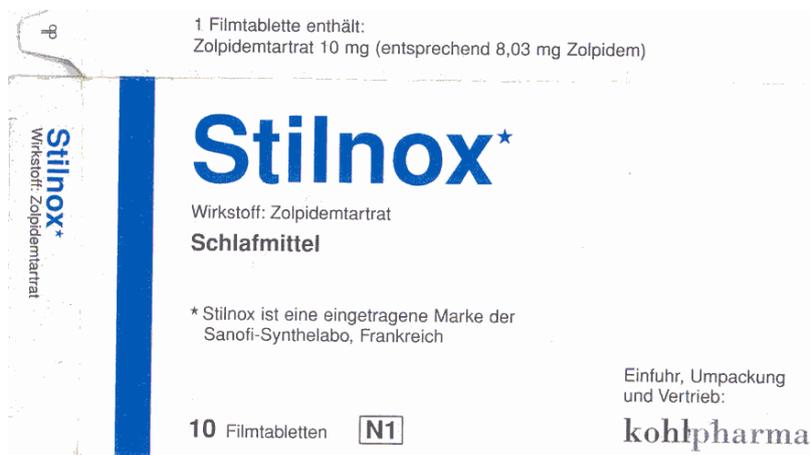
- 1 Die Klägerin vertreibt in Deutschland unter ihrer IR-Marke Nr. 485741 "STILNOX" ein Schlafmittel in Zehner- und Zwanzigerpackungen. Unter derselben Marke vertreibt sie das Präparat auch in Spanien, und zwar in Packungen mit drei Blistern zu je 10 Tabletten. Die Packungen unterscheiden sich in der Aufmachung. Die in Deutschland vertriebene Originalpackung trägt das Zeichen "Stilnox" in blauer Farbe und weist auf der linken Seite vier senkrechte blaue Streifen auf, die nach links hin heller und schmaler werden:



- 2 Dagegen zeichnet sich die in Spanien vertriebene Packung ("STILNOX[®] 10" ist hier schwarz gedruckt) durch mehrere horizontale Streifen aus, die in roter Farbe gehalten sind:



3 Die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) importiert "STILNOX" aus Spanien nach Deutschland und vertreibt dieses Produkt zusammen mit der Beklagten zu 2. Sie verpackt dabei die drei Blister zu je 10 Tabletten in neue Verpackungen. Diese weisen auf der linken Seite einen vertikalen Streifen auf, der ebenso wie das Zeichen "Stilnox" in blauer Farbe gehalten ist:



4 Die Klägerin sieht hierin eine Verletzung ihrer Marke. Sie beanstandet zum einen, dass die Beklagte, nachdem sie zwei Blister entnommen hat, den dritten Blister nicht in der Originalverpackung weitervertriebt (Antrag 1 a). Zum anderen hält sie es zwar für zulässig, dass die Beklagte für die beiden her-

ausgenommenen Blister, für die keine Originalverpackung mehr zur Verfügung steht, neue Umverpackungen verwendet, die mit der Marke "Stilnox" gekennzeichnet sind. Sie beanstandet jedoch die Gestaltung der von der Beklagten dabei verwendeten neuen Umverpackungen (Antrag 1 b).

5 Die Klägerin hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen,

das Arzneimittel "STILNOX" aus Spanien in Umverpackungen à 30 Tabletten zu importieren und in Deutschland in eigenen neu hergestellten Umverpackungen à 10 Tabletten zu vertreiben, sofern diese eigenen Umverpackungen nicht zum Aufbrauch derjenigen Blister erforderlich sind, die den aus Spanien importierten Originalpackungen à 30 Tabletten zur Erstellung einer Packungsgröße à 10 Tabletten entnommen werden müssen (Klageantrag 1 a)

und/oder

eigene Umverpackungen, die zulässigerweise zur Verwendung der Tabletten erstellt werden, die aus den aus Spanien importierten Umverpackungen à 30 Tabletten zur Erstellung einer Umverpackung à 10 Tabletten herausgenommen werden, wie in Ziffer 1 a beschrieben, mit dem oben wiedergegebenen Design zu vertreiben (Klageantrag 1 b).

6 Ferner hat sie die Beklagten auf Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen.

7 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie begründen ihr Vorgehen damit, dass ein einheitliches Erscheinungsbild ihrer Produkte von großer Bedeutung sei. Sie verweisen darauf, dass sie auch noch "Stilnox" aus Griechenland importierten, das wieder anders aufgemacht sei (diagonale rote Streifen). Gehe es nach der Klägerin, so müssten sie das parallelimportierte Präparat in drei verschiedenen Aufmachungen auf den Markt bringen.

8 Das Landgericht hat der Klage - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

9 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr auf Abweisung der Klage gerichtetes Begehren weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die geltend gemachten Unterlassungsansprüche gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 5 MarkenG zu. Der Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht sei nach § 14 Abs. 6 MarkenG begründet, der Anspruch auf Auskunftserteilung folge aus § 19 MarkenG. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Die Markenrechte der Klägerin seien nicht gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG erschöpft. Denn diese könne sich dem Vertrieb sämtlicher den spanischen Packungen entnommenen Blister in einer Verpackung mit blauen Streifen, die ihrer Produktausstattung ähnele, aus berechtigten Gründen i.S. von § 24 Abs. 2 MarkenG widersetzen. Das Umpacken jeweils eines Blisterstreifens sei nicht erforderlich, weil dieser in der abgestockten Originalpackung des Exportlandes vertrieben werden könnte (Unterlassungsantrag 1 a). Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte für die beiden anderen Blisterstreifen ohnehin neue Umverpackungen schaffen müsse und es möglicherweise wirtschaftlicher wäre, die gesamte Charge der parallelimportierten Produkte neu auszustatten. Der Paral-

lelimporteur dürfe Veränderungen der Originalpackungen nicht allein deswegen vornehmen, weil dies für ihn wirtschaftlich vorteilhafter sei. Der Unterlassungsantrag 1 b sei begründet, weil die Beklagten die Marke der Klägerin bei ihrer neuen Umverpackung in einer Weise benutzten, die sich bei Berücksichtigung der Vermarktungsinteressen der Beklagten nicht als schonendster Eingriff in das der Markeninhaberin zustehende Kennzeichnungsrecht erweise. Die von den Beklagten für die restlichen beiden Blisterstreifen verwendete neue Verpackung sei nicht neutral, sondern mit den blauen Streifen dem inländischen Produktauftritt der Klägerin in einer Weise angenähert, die vermuten lasse, dass die Klägerin die Packung geschaffen haben könnte. Den damit vermittelten Eindruck eines uneinheitlichen Marktauftritts müsse die Klägerin nicht hinnehmen.

12 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

13 1. Der Klägerin stehen sowohl hinsichtlich des Antrags 1 a als auch hinsichtlich des Antrags 1 b die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG) nicht zu, weil ihre Markenrechte erschöpft sind, § 24 Abs. 1 MarkenG, und sie sich dem weiteren Vertrieb auch nicht aus berechtigten Gründen i.S. des § 24 Abs. 2 MarkenG widersetzen kann.

14 a) Die Arzneimittel, die die Beklagte mit einer Verpackung versieht, auf der sie die Klagemarke (wieder) anbringt, hat die Klägerin in Spanien unter dieser Marke in den Verkehr gebracht. Hinsichtlich der Markenrechte der Klägerin sind in Bezug auf diese Waren demzufolge die Voraussetzungen der Erschöpfung nach § 24 Abs. 1 MarkenG gegeben. Die Erschöpfung erstreckt sich - vorbehaltlich der Anwendung des § 24 Abs. 2 MarkenG - auf alle Handlungen, die nach § 14 Abs. 3 MarkenG eine Markenverletzung sein können. Auch das Recht, die Ware mit der Marke (neu) zu kennzeichnen oder die Marke auf der

Verpackung anzubringen und die Ware mit dieser Verpackung zu vertreiben (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MarkenG), unterliegt der Erschöpfung (vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.1996 - C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457 Tz. 34-37, 49 f. = GRUR Int. 1996, 1144 = WRP 1996, 880 - Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova; BGH, Urt. v. 10.4.1997 - I ZR 65/92, GRUR 1997, 629, 632 = WRP 1997, 742 - Sermion II).

15 b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann sich die Klägerin nicht aus berechtigten Gründen i.S. von § 24 Abs. 2 MarkenG dem widersetzen, dass die Beklagte die Marke "STILNOX" der Klägerin im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der aus Spanien importierten Arzneimittel in einer von ihr neu gestalteten Verpackung benutzt.

16 aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften beeinträchtigt das Umpacken mit einer Marke versehener Arzneimittel zwar als solches den spezifischen Gegenstand der Marke, der darin besteht, die Herkunft der mit ihr versehenen Ware zu garantieren. Denn ein Umpacken der Ware durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers kann tatsächliche Gefahren für diese Herkunftsgarantie begründen (vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.2002 - C-143/00, Slg. 2002, I-3759 Tz. 29 = GRUR 2002, 879 - Boehringer Ingelheim u.a.; Urt. v. 26.4.2007 - C-348/04, GRUR 2007, 586 Tz. 15, 30 = WRP 2007, 627 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Der Widerspruch des Markeninhabers gegen den Vertrieb umgepackter Arzneimittel nach Art. 7 Abs. 2 MRRL (§ 24 Abs. 2 MarkenG), der eine Abweichung vom Grundsatz des freien Warenverkehrs darstellt, ist jedoch nicht zulässig, wenn die Ausübung dieses Rechts durch den Markeninhaber eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten i.S. des Art. 30 Satz 2 EG darstellt (vgl. EuGH GRUR 2002, 879 Tz. 18, 31 - Boehringer Ingelheim u.a.; GRUR 2007, 586 Tz. 16 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Eine solche

verschleierte Beschränkung 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 der Parallelimporteur das Umpacken unter Beachtung der berechtigten Interessen des Markeninhabers vornimmt. Der Markeninhaber kann danach die Veränderung, die mit jedem Umpacken eines mit seiner Marke versehenen Arzneimittels verbunden ist und die ihrem Wesen nach die Gefahr einer Beeinträchtigung des Originalzustands des Arzneimittels schafft, verbieten, es sei denn, das Umpacken ist erforderlich, um die Vermarktung der parallel importierten Ware zu ermöglichen, und die berechtigten Interessen des Markeninhabers sind gewahrt (EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 19 - Boehringer Ingelheim/Swingward II; BGH, Urt. v. 12.12.2002 - I ZR 133/00, GRUR 2003, 336, 337 f. = WRP 2003, 528 - Beloc, jeweils m.w.N.).

17 bb) Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat insoweit entschieden (EuGH GRUR Int. 1996, 1144 Tz. 79 - Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova), dass sich ein Markeninhaber dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels nach Art. 7 Abs. 2 MRRL (§ 24 Abs. 2 MarkenG) widersetzen kann, wenn der Importeur es umgepackt und die Marke wieder darauf angebracht hat, es sei denn, es sind folgende fünf Voraussetzungen erfüllt:

18 - Es ist erwiesen, dass die Geltendmachung einer Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der umgepackten Waren unter der Marke zu widersetzen, zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Markeninhaber das gleiche Arzneimittel in unterschiedlichen Packungen in verschiedenen Mitgliedstaaten in den Verkehr gebracht hat und das Umpacken durch den Importeur erforderlich ist, um das Arzneimittel im Einfuhrmitgliedstaat vertreiben zu können.

- 19 - Es ist dargetan, dass das Umpacken den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann.
- 20 - Auf der neuen Verpackung ist klar angegeben, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist und wer der Hersteller ist.
- 21 - Das umgepackte Arzneimittel ist nicht so aufgemacht, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann. Die Verpackung darf folglich nicht schadhaf, von schlechter Qualität oder unordentlich sein.
- 22 - Der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vorab vom Feilhalten des umgepackten Arzneimittels und liefert ihm auf Verlangen ein Muster der umgepackten Ware.
- 23 Das Erfordernis, dass das Umpacken notwendig ist, um die Ware in dem Einfuhrmitgliedstaat vermarkten zu können, gilt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften jedoch nur für das Umpacken der Ware als solches sowie für die Wahl, ob die Wiederanbringung der Marke durch Neuverpackung oder durch Aufkleben eines Etiketts auf die Verpackung der Ware erfolgt, im Hinblick darauf, den Vertrieb dieser Ware auf dem Markt des Einfuhrmitgliedstaats zu ermöglichen, nicht dagegen für die Art und Weise, in der das Umpacken durchgeführt wird (EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 38 - Boehringer Ingelheim/Swingward II; vgl. auch EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 8.7.2003 - E-3/02, GRUR Int. 2003, 936 Tz. 41-45 - Paranova/Merck).
- 24 Sofern das Umpacken als solches erforderlich ist, ist allein zu prüfen, ob die neue Umverpackung, mit der der Parallelimporteur die importierte Ware versieht, berechnigte Interessen des Markeninhabers beeinträchtigt. Dies ist

insbesondere dann der Fall, wenn das Umpacken den Originalzustand des Arzneimittels oder den Ruf der Marke schädigt (EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 17 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Die Frage, ob ein solcher Umstand und damit ein berechtigter Grund i.S. von Art. 7 Abs. 2 MRRL, § 24 Abs. 2 MarkenG vorliegt, hat das nationale Gericht nach dem jeweiligen Sachverhalt zu entscheiden (vgl. EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 46 - Boehringer Ingelheim/Swingward II).

25 cc) Das Berufungsgericht ist ersichtlich dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien folgend davon ausgegangen, dass die von der Beklagten aus Spanien eingeführten Arzneimittel der Klägerin in Deutschland deshalb nicht in den Originalpackungen, die 30 Tabletten enthalten, vertrieben werden können, weil in Deutschland Packungen zu je 10 Tabletten verschreibungsüblich sind. Dem weiteren Vertrieb der spanischen Originalpackungen mit einem Inhalt von 30 Tabletten in Deutschland steht demnach ein Hindernis im Sinne der vorstehend angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften entgegen.

26 dd) Das Umpacken der Arzneimittel ist danach im vorliegenden Fall für den weiteren Vertrieb im Inland im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften erforderlich, und zwar, anders als das Berufungsgericht angenommen hat, hinsichtlich der gesamten Originalware. Die Klägerin kann sich deshalb dem Umpacken nicht widersetzen, weil ihr Widerspruch zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen würde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind im vorliegenden Fall keine berechtigten Gründe gegeben, aus denen sich die Klägerin aus ihrem Markenrecht dem weiteren Vertrieb der importierten Arzneimittel durch die Beklagten in der aus dem Klageantrag 1 b ersichtlichen Verpackung widersetzen kann.

27

(1) Der hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens nach dem Antrag 1 a vertretenen Ansicht des Berufungsgerichts, das Umpacken sei nur für zwei Drittel des Inhalts der Originalpackungen erforderlich, weil ein Blisterstreifen mit 10 Tabletten in der abgestockten spanischen Originalpackung vertrieben werden könnte, kann nicht zugestimmt werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist im Streitfall die Erforderlichkeit des Umpackens für den gesamten Inhalt der importierten Originalpackung zu bejahen. Ein Umpacken im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist bei jeder Veränderung der Verpackung der betroffenen Arzneimittel gegeben, durch die der spezifische Gegenstand der Marke, die Herkunft der mit ihr versehenen Ware zu garantieren, beeinträchtigt wird (vgl. EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 28 ff. - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Wenn die Packung geöffnet und ihr zwei Blisterstreifen entnommen werden, ist die Originalverpackung auch bezogen auf den in der Packung verbleibenden Blisterstreifen in einer Weise verändert, die tatsächliche Gefahren für die Herkunftsgarantie begründet, die durch die Marke gewährleistet werden soll. Der vom Berufungsgericht vorgenommenen Unterscheidung zwischen einzelnen Blisterstreifen steht weiter entgegen, dass die Feststellung, ob die Voraussetzungen einer Erschöpfung der Rechte des Markeninhabers nach § 24 Abs. 1 und 2 MarkenG (Art. 7 Abs. 1 und 2 MRRL) eingetreten sind, im Hinblick auf bestimmte Warenstücke zu treffen ist (vgl. EuGH, Urt. v. 1.7.1999 - C-173/98, Slg. 1999, I-4103 Tz. 19 = GRUR Int. 1999, 870 = WRP 1999, 803 - Sebago; BGH, Urt. v. 17.7.2003 - I ZR 256/00, GRUR 2003, 878, 879 = WRP 2003, 1231 - Vier Ringe über Audi; Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 24 Rdn. 39). Hinsichtlich der Erforderlichkeit des Umpackens, die als solche außer Streit steht, ist zwischen den drei Blisterstreifen zu je 10 Tabletten kein Unterschied ersichtlich. Wenn ein Markeninhaber mehrere gleichartige Warenstücke einheitlich in einer Verpackung in den Verkehr bringt, hat er es hinzunehmen, dass für die Frage, ob und

inwieweit eine Erschöpfung seiner Markenrechte eingetreten ist, grundsätzlich auf die Wareneinheit als solche abgestellt wird. Die Frage, wie die drei Blisterstreifen aus der Originalverpackung weiter vertrieben werden dürfen, betrifft demnach die Art und Weise des Umpackens. Dies gilt auch für die Frage, ob ein Blisterstreifen in der (geöffneten und wieder verschlossenen) Originalverpackung zu verbleiben hat.

28 (2) Da das Umpacken als solches erforderlich ist, beschränkt sich die Prüfung, ob die Beklagte die neue Umverpackung mit dem von der Klägerin beanstandeten Design versehen darf, darauf, ob durch die Art und Weise des Umpackens berechnete Interessen der Klägerin als Markeninhaberin beeinträchtigt werden, insbesondere der Ruf der Marke geschädigt wird. Demgegenüber hat das Berufungsgericht maßgeblich darauf abgestellt, dass die von den Beklagten gewählte Gestaltung nicht notwendig sei, um eine im Inland vermarktungsfähige Verpackung zu schaffen. Es hat somit auch die Art und Weise des Umpackens unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit beurteilt und ist deshalb von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen.

29 (3) Eine Schädigung des Rufs der Marke "STILNOX" der Klägerin kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht angenommen werden.

30 In der Entscheidung "Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova" hat der Gerichtshof nur als Beispiele (vgl. EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 44 - Boehringer Ingelheim/Swingward II) dafür, dass eine unangemessene Aufmachung der umgepackten Ware den Ruf der Marke oder ihres Inhabers schädigen könne, angeführt, dass die Verpackung schadhafte, von schlechter Qualität oder unordentlich ist (EuGH GRUR Int. 1996, 1144 Tz. 76). Das Berufungsgericht hat im Streitfall die Annahme einer unordentlichen Verpackung in diesem Sinne damit begründet, die von den Beklagten verwendete Packung sei nicht neutral, son-

dem mit den blauen Streifen dem inländischen Produktauftritt der Klägerin mit "Stilnox" in einer Weise angenähert, die vermuten lasse, dass die Klägerin die Packung geschaffen haben könnte. Darin hat das Berufungsgericht eine Rufschädigung gesehen, weil auf diese Weise der Eindruck eines uneinheitlichen Marktauftritts der Klägerin vermittelt werde. Die Klägerin könne dadurch auf dem Markt als ein Unternehmen erscheinen, das ein einheitliches Packungsdesign nicht erreichen könne.

31 Dieser Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Der Parallelimporteur muss nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Zulässigkeit des Umpackens auf der neuen Verpackung die Angabe, von wem die Ware umgepackt worden ist, so deutlich aufdrucken, "dass sie ein normalsichtiger Verbraucher bei Anwendung eines normalen Maßes an Aufmerksamkeit verstehen kann" (EuGH GRUR Int. 1996, 1144 Tz. 71 - Bristol-Myers Squibb u.a./Paranova). Diese Zulässigkeitsvoraussetzung für das Umpacken wird im vorliegenden Fall von der Beklagten ersichtlich eingehalten. Die deutliche Angabe, dass die Beklagte für das Umpacken verantwortlich ist, steht aber, wie die Revision mit Recht rügt, der Annahme des Berufungsgerichts entgegen, die Gestaltung der Verpackung erwecke den Eindruck, dass die Klägerin sie geschaffen habe. Der durchschnittlich aufmerksame Verbraucher nimmt nicht nur die blauen Streifen wahr, auf die das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft allein abgestellt hat, sondern auch die auf die Beklagte hinweisende Verpackungsangabe.

32 Bereits aus diesem Grund fehlt der Auffassung des Berufungsgerichts, der Ruf der Klägerin werde geschädigt, weil der Eindruck erweckt werde, sie könne kein einheitliches Packungs-Design erreichen, die Grundlage. Im Übrigen muss die Klägerin einen uneinheitlichen Marktauftritt durch eine unterschiedliche Gestaltung ihrer Verpackungen sowie der von Parallelimporteuren

verwendeten Verpackungen hinnehmen, soweit dies lediglich eine Folge dessen ist, dass ihre Marke für erschöpfte Waren unter den Voraussetzungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auch von Parallelimporteuren verwendet werden darf (vgl. EFTA-Gerichtshof GRUR Int. 2003, 936 Tz. 55 - Paranova/Merck).

33 Für die Rechtmäßigkeit der von der Beklagten gewählten Verpackungsgestaltung kommt es nicht darauf an, ob diese dem Aufbau eines eigenen Markenimages dient. Vielmehr ist auch insoweit maßgeblich darauf abzustellen, ob die Aufmachung geeignet ist, den Ruf der Marke der Klägerin zu schädigen (vgl. EuGH GRUR 2007, 586 Tz. 45 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Dies ist - wie dargelegt - nicht der Fall.

34 Die Frage, welche Verpackungsgestaltung der Parallelimporteur verwenden darf, wenn der Markeninhaber im Inland für das betreffende Arzneimittel zusätzlich über eine Benutzungsmarke verfügt (vgl. dazu BGH, Urt. v. 11.7.2002 - I ZR 35/00, GRUR 2002, 1063, 1066 = WRP 2002, 1273 - Aspirin), stellt sich im vorliegenden Fall nicht, weil die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine solche Marke besitzt.

35 2. Da die Beklagte die Marke der Klägerin nicht verletzt, sind auch die auf die Anträge 1 a und 1 b rückbezogenen Anträge auf Auskunftserteilung und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten unbegründet.

36 III. Danach ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist die Klage unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung auf die Berufung der Beklagten insgesamt abzuweisen.

37

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

v. Ungern-Sternberg

Pokrant

Büscher

Schaffert

Bergmann

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 03.02.2004 - 312 O 792/03 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 21.10.2004 - 3 U 42/04 -