BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 165/15

Verkündet am:
6. Oktober 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Debrisoft

Verordnung (EG) Nr. 207/2009 Art. 13 Abs. 2

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung des Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (Abl. Nr. L 78 vom 24. März 2009) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 dahin auszulegen, dass der Inhaber der Marke sich dem weiteren Vertrieb eines aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Medizinprodukts in seiner inneren und äußeren Originalverpackung, die vom Importeur mit einem zusätzlichen äußeren Aufkleber versehen wurde, widersetzen kann, es sei denn

- es ist erwiesen, dass die Geltendmachung einer Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der mit einem neuen Aufkleber versehenen Ware unter der Marke zu widersetzen, zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde;
- es ist dargetan, dass die Neuetikettierung den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann;
- auf der Verpackung ist klar angegeben, von wem der neue Aufkleber auf der Ware angebracht worden ist und wer deren Hersteller ist;
- das mit diesem neuen Aufkleber versehene Erzeugnis ist nicht so aufgemacht, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann; der Aufkleber darf folglich nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich sein, und
- der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vor dem Inverkehrbringen des mit einem neuen Aufkleber versehenen Erzeugnisses und liefert ihm auf Verlangen ein Muster dieser Ware.

BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2016 - I ZR 165/15 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2016:061016BIZR165.15.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung des Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (Abl. Nr. L 78 vom 24. März 2009) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 dahin auszulegen, dass der Inhaber der Marke sich dem weiteren Vertrieb eines aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Medizinprodukts in seiner inneren und äußeren Originalverpackung, die vom Importeur mit einem zusätzlichen äußeren Aufkleber versehen wurde, widersetzen kann, es sei denn

- es ist erwiesen, dass die Geltendmachung einer Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der mit einem neuen Aufkleber versehenen Ware unter der Marke zu widersetzen, zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde;

- es ist dargetan, dass die Neuetikettierung den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann;

- auf der Verpackung ist klar angegeben, von wem der neue Aufkleber auf der Ware angebracht worden ist und wer deren Hersteller ist;

- das mit diesem neuen Aufkleber versehene Erzeugnis ist nicht so aufgemacht, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann; der Aufkleber darf folglich nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich sein, und

- der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vor dem Inverkehrbringen des mit einem neuen Aufkleber versehenen Erzeugnisses und liefert ihm auf Verlangen ein Muster dieser Ware.

Gründe:

1 A. Die Klägerin ist Inhaberin der am 22. Juni 2010 für "Sanitärprodukte für medizinische Zwecke", "Pflaster" und "Verbandsmaterial" eingetragenen Gemeinschaftswortmarke Nr. 8852279 "DEBRISOFT". Sie stellt her und vertreibt unter anderem das Produkt "Debrisoft zum Debridement, STERILE, 10x10 cm, 5 Stück". Es handelt sich dabei um Verbandsmaterial, das bei der oberflächlichen Behandlung von Wunden und der Wundumgebung verwendet wird.

2 Die Beklagte, eine in Österreich ansässige Gesellschaft, vertreibt im Wege des Parallelimports von der Klägerin hergestellte und nach Österreich exportierte Sanitärprodukte für medizinische Zwecke und Verbandsmaterial in Deutschland.

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

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

3 Am 25. Mai 2012 erwarb die Klägerin in einer Apotheke in Düsseldorf ein Paket des von der Beklagten zuvor aus Österreich importierten Produkts "Debrisoft zum Debridement, STERILE, 10x10 cm, 5 Stück". Auf der Faltschachtel des Produkts hatte die Beklagte vor der Veräußerung an die Apotheke einen (nachfolgend aus der Wiedergabe im Klageantrag ersichtlichen) Aufkleber angebracht, der folgende Angaben enthielt:

Import BRD:
Europ-Vertrieb GmbH
Postfach 20, A-8753 Fohnsdorf
Tel.: ...

[Wiedergabe eines Strichcodes]
PZN-9678442

4 Der Aufkleber war auf einem unbedruckten Teil der Faltschachtel in ordentlicher Weise aufgebracht und verdeckte nicht die Marke der Klägerin. Die Angabe "PZN" kürzt den Begriff "Pharmazentralnummer" ab. Diese dient dazu, den Warenverkehr mit Apotheken zu organisieren und die vereinfachte Abrechnung der Apotheken mit den Krankenkassen zu ermöglichen.

5 Die Beklagte hatte die Klägerin nicht über den Re-Import des Produkts "Debrisoft zum Debridement, STERILE, 10x10 cm, 5 Stück" vorab informiert und ihr auch keine durch den Aufkleber veränderte Produktpackung zur Verfügung gestellt. Die Klägerin sieht in dem Verhalten der Beklagten eine Verletzung ihrer Marke. Eine Erschöpfung ihres Markenrechts sei nicht eingetreten, weil die Beklagte sie über den Re-Import nicht vorab informiert und ihr auch kein Muster der veränderten Packung überlassen habe.

6 Die Klägerin hat beantragt,

es der Beklagten bei Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung der Klägerin die Marke "DEBRISOFT" zur Kennzeichnung von Sanitätsprodukten, nämlich Verbandsmaterial zum Debridement, zu benutzen, insbesondere zu bewerben, anzubieten und/oder zu vertreiben und/oder zu den vorgenannten Zwecken zu besitzen,
wenn sie nicht die Markeninhaberin vorab vom Freihalten [gemeint: Feilhalten] der wie hier ersichtlichen

an relevanter Stelle vergrößert:

veränderten Verbandsmaterialien, nämlich Verbandsmaterial zum Debridement, unterrichtet hat und ihr auf Verlangen ein Muster der veränderten Ware zur Verfügung gestellt hat (Klageantrag zu I).

7 Die Klägerin hat die Beklagte ferner auf Auskunftserteilung, Herausgabe von Belegen im Umfang der zu erteilenden Auskunft (Klageantrag zu III) sowie auf Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 4.015,42 € (Klageantrag zu IV) in Anspruch genommen. Außerdem hat sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht begehrt (Klageantrag zu II). Ferner hat die Klägerin beantragt,

> die Beklagte zu verurteilen, die gemäß Antrag zu I gekennzeichneten, nicht vorab angezeigten und auf Verlangen als Muster vorgelegten Waren zurückzurufen, sie endgültig aus den Vertriebswegen zu entfernen sowie solche in ihrem Besitz oder Eigentum stehenden Waren zu vernichten (Klageantrag zu V).

8 Das Landgericht hat der Klage antragsgemäß stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die Unterlassungsverpflichtung und die Folgeansprüche lediglich auf Deutschland beziehen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

9 B. Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung des Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke ab. Vor einer Entscheidung über das Rechtsmittel ist deshalb das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

10 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe mit dem beanstandeten Verhalten die Gemeinschaftsmarke der Klägerin gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a GMV verletzt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Der Annahme einer Markenverletzung stehe nicht entgegen, dass die Klägerin das streitgegenständliche Produkt ursprünglich in der Europäischen Union

in Verkehr gebracht habe. Eine Erschöpfung des Markenrechts der Klägerin sei dadurch nicht eingetreten. Sie könne sich dem weiteren Vertrieb der Ware durch die Beklagte aus berechtigten Gründen widersetzen. Im Streitfall liege in der Aufbringung des Aufklebers durch die Beklagte eine Neuetikettierung im Sinne der vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Grundsätze zur markenrechtlichen Behandlung von umgepackten und neuetikettierten parallelimportierten Arzneimitteln. Diese Grundsätze seien vorliegend ebenfalls anzuwenden. Die Zulässigkeit des Parallelimports hänge somit davon ab, dass der Parallelimporteur den Markeninhaber vor dem Inverkehrbringen der Produkte über die Neuetikettierung informiere und diesem auf Verlangen ein Muster der Ware liefere. Dass der Gerichtshof der Europäischen Union seine Grundsätze zur Produktgruppe der Arzneimittel aufgestellt habe, während es vorliegend um ein Medizinprodukt gehe, ändere daran wegen der vergleichbaren Bedeutung der mit der Marke verbundenen Herkunftsgarantie für Hersteller und Verbraucher nichts.

12 II. Das Landgericht, auf dessen Urteil das Berufungsgericht Bezug genommen hat, ist von einer Markenverletzung unter dem Gesichtspunkt der Doppelidentität im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a GMV ausgegangen. Gegen diese Annahme erhebt die Revision keine Rüge. Sie ist deshalb der revisionsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Die in Rede stehende Vorschrift ist zwar durch die Verordnung (EU) 2015/2424 vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2869/95 der Kommission über die an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren modifiziert worden. An die Stelle des Art. 9

Abs. 1 Satz 2 Buchst. a GMV ist die inhaltsgleiche Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a UMV getreten. Im vorliegenden Rechtsstreit findet aber im Hinblick auf den für die Beurteilung des Sachverhalts maßgeblichen Zeitraum, der vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2015/2424 liegt, die Gemeinschaftsmarken-Verordnung Anwendung.

13 Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt deshalb davon ab, ob sich die Beklagte auf eine Erschöpfung des Markenrechts der Klägerin berufen kann. Da es sich nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts bei dem Produkt "Debrisoft zum Debridement, STERILE, 10x10 cm, 5 Stück" um ein Medizinprodukt handelt und die Beklagte die Klägerin nicht über den Re-Import des Produkts "Debrisoft zum Debridement, STERILE, 10x10 cm, 5 Stück" vorab informiert und ihr auch keine durch den Aufkleber veränderte Produktpackung zur Verfügung gestellt hat, stellt sich die Frage, ob die vom Gerichtshof für den Parallelimport von Arzneimitteln entwickelten Grundsätze, nach denen die Vorabinformation und die Zurverfügungstellung eines Packungsmusters auf Verlangen des Markeninhabers eine Voraussetzung der Erschöpfung darstellt, auch auf den Parallelimport von Medizinprodukten Anwendung finden.

14 1. Gemäß Art. 13 Abs. 2 GMV kann sich ein Dritter nicht auf die Erschöpfung des Rechts des Markeninhabers aus der Gemeinschaftsmarke berufen, 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. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union beeinträchtigt das Umpacken mit einer Marke versehener Arzneimittel als solches den spezifischen Gegenstand der Marke, der darin besteht, die Herkunft der mit ihr gekennzeichneten Ware zu garantieren. Ein Umpacken der Ware durch einen Dritten ohne

Zustimmung des Markeninhabers kann tatsächliche Gefahren für diese Herkunftsgarantie begründen (vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2002 - C-143/00, Slg. 2002, I-3759 = GRUR 2002, 879 Rn. 29 - Boehringer Ingelheim/Swingward I; Urteil vom 26. April 2007 - C-348/04, Slg. 2007, I-3391 = GRUR 2007, 586 Rn. 15, 30 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Unter den Begriff des Umpackens fällt auch eine Neuetikettierung der Verpackung (EuGH, GRUR 2007, 586 Rn. 28 - Boehringer Ingelheim/Swingward II). Hierzu rechnet regelmäßig bereits das Aufbringen eines Aufklebers mit wichtigen Informationen in der Sprache des Einfuhrlands. Eine solche Veränderung schafft ihrem Wesen nach tatsächliche Gefahren für die Herkunftsgarantie der Marke, ohne dass in diesem Zusammenhang bereits zu prüfen ist, welche konkreten Auswirkungen die vom Parallelimporteur vorgenommene Handlung hat (vgl. EuGH, GRUR 2007, 586 Rn. 29 f. - Boehringer Ingelheim/Swingward II; BGH, Urteil vom 22. November 2012 - I ZR 72/11, GRUR 2013, 739 Rn. 39 = WRP 2013, 902 - Barilla).

15 Der Widerspruch des Markeninhabers gegen den Vertrieb umgepackter Arzneimittel nach Art. 13 Abs. 2 GMV, der eine Abweichung von dem 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 im Sinne des Art. 36 Satz 2 AEUV darstellt (vgl. EuGH, GRUR 2007, 586 Rn. 16 - Boehringer Ingelheim/Swingward II; EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2008 - C-276/05, Slg. 2008, I-10479 = GRUR 2009, 154 Rn. 23 - Wellcome/Paranova). 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 der Parallelimporteur das Umpacken unter Berücksichtigung 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 eine Beeinträchtigung des Originalzustands des Arzneimittels schafft, verbieten, es sei denn, es liegen die nachfolgend wiedergegebenen fünf in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entwickelten Voraussetzungen vor (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996 - C-427/93, Slg. 1996, I-3457 = GRUR Int. 1996, 1144 Rn. 79 - Bristol-Myers Squibb/Paranova; EuGH, GRUR 2007, 586 Rn. 21 - Boehringer Ingelheim/Swingward II; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - I ZR 173/04, GRUR 2007, 1075 Rn. 16 = WRP 2007, 1472 - STILNOX; BGH, GRUR 2013, 739 Rn. 40 - Barilla):

- 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.

- Es ist dargetan, dass das Umpacken den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann.

- Auf der neuen Verpackung ist klar angegeben, von wem das Arzneimittel umgepackt worden ist und wer der Hersteller ist.

- Das umgepackte Arzneimittel ist nicht so aufgemacht, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden

kann. Die Verpackung darf folglich nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich sein.

- Der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vorab vom Feilhalten des umgepackten Arzneimittels und liefert ihm auf Verlangen ein Muster der umgepackten Ware.

16 2. Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze ist nicht auf Fälle des Parallelimports von Arzneimitteln beschränkt. Sie können jedenfalls in modifizierter Form auch auf das Umpacken anderer Erzeugnisse übertragen werden.

17 a) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass diese Maßstäbe zum Umpacken von Arzneimitteln im Grundsatz auch auf den Parallelhandel mit anderen Erzeugnissen Anwendung finden (vgl. zu alkoholischen Getränken EuGH, Urteil vom 11. November 1997 - C-349/95, Slg. 1997, I-6227 = GRUR Int. 1998, 145 Rn. 27, 47 bis 50 - Loendersloot/Ballantine). Der Senat wendet diese Grundsätze ebenfalls nicht nur auf den Parallelimport von Arzneimitteln an, sondern legt sie auch der Prüfung der Erschöpfungsvoraussetzungen in Bezug auf andere Erzeugnisse zugrunde (für Medizinprodukte vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 - I ZR 185/07, GRUR 2010, 756 Rn. 20 = WRP 2010, 1020 - One Touch Ultra; für Lebensmittel vgl. BGH, GRUR 2013, 739 Rn. 41, 51, 53 - Barilla). Auch das Schrifttum geht davon aus, dass die unionsrechtlichen Erschöpfungsgrundsätze nicht auf Arzneimittel beschränkt sind, sondern für alle Produkte gelten, bei denen es für den inländischen Marktzutritt des aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Originalprodukts erforderlich ist, Änderungen an der Verpackung oder der Marke vorzunehmen (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 24 Rn. 67; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 24 MarkenG Rn. 55; v. Ekey in HK MarkenR, 3. Aufl., § 24 MarkenG Rn. 86; Streudtner in

BeckOK.MarkenR, 6. Edition, Stand: 1. Februar 2016, § 24 Rn. 76 ff.; Müller in BeckOK.UMV, 2. Edition, Stand: 24. März 2016, Art. 13 Rn. 77; Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 24 Rn. 115; Abrar, MarkenR 2011, 382, 389, 390; für Medizinprodukte ausdrücklich Beyerlein, MPR 2008, 3 f.).

18 b) Allerdings müssen nicht stets alle der von der Rechtsprechung zum Parallelimport von Arzneimitteln entwickelten fünf Erschöpfungsvoraussetzungen vorliegen. Die Grundsätze finden vielmehr nur in modifizierter Form auf andere Erzeugnisse Anwendung (BGH, GRUR 2013, 739 Rn. 41, 51 - Barilla; v. Ekey in HK MarkenR aaO § 24 MarkenG Rn. 86; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO § 24 MarkenG Rn. 55; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 24 Rn. 115; Streudtner in BeckOK.MarkenR aaO § 24 Rn. 78). Welche der Erschöpfungsvoraussetzungen konkret zur Anwendung kommen, hängt von den im Einzelfall maßgeblichen legitimen Interessen des Markeninhabers mit Blick auf die Besonderheiten des Erzeugnisses ab (vgl. EuGH, GRUR Int. 1998, 145 Rn. 48 - Loendersloot/Ballantine). Danach ist beispielsweise der Parallelimporteur bei der Neuetikettierung eines alkoholischen Getränks nicht verpflichtet, dem Hersteller auf Anforderung eine Probe des umgepackten Erzeugnisses zukommen zu lassen und anzugeben, wer das Umpacken vorgenommen hat, wenn die berechtigten Interessen des Markeninhabers bereits dadurch ausreichend gewahrt sind, dass ihn der Parallelimporteur vorab vom Verkauf des neu etikettierten Erzeugnisses informiert (vgl. EuGH, GRUR Int. 1998, 145 Rn. 49 und 50 - Loendersloot/Ballantine). Eine entsprechend modifizierte Anwendung der unionsrechtlichen Erschöpfungsgrundsätze hat der Senat für eine im Rahmen eines Parallelimports von Nudeln und Fertigsaucen vorgenommene Neuetikettierung für maßgeblich erachtet (vgl. BGH, GRUR 2013, 739 Rn. 52 - Barilla; gegen eine modifizierte Anwendung Abrar, MarkenR 2011, 382, 390 und wohl auch Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 24 Rn. 116 Fn. 272).

19 3. Im Streitfall liegt auch eine Neuetikettierung im Sinne der unionsrechtlichen Erschöpfungsgrundsätze zum Parallelimport vor.

20 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der von der Beklagten auf den Verpackungen der streitgegenständlichen Produkte aufgebrachte Aufkleber mit der Angabe von Name und Anschrift der Beklagten unter der Überschrift "Import BRD" enthalte wichtige Informationen in der Sprache des Einfuhrlandes. Der Aufkleber berge seinem Wesen nach - auch wenn die Angaben zutreffend sein sollten - tatsächliche Gefahren für die Herkunftsgarantie der Marke. Durch ihn könnten beim Verbraucher Zweifel daran ausgelöst werden, dass an der ihm angebotenen Ware auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Eingriff vorgenommen worden sei, der den Originalzustand der Ware beeinträchtigt habe.

21 b) Diese Beurteilung hält der Senat für zutreffend. Eine unter den Begriff des Umpackens fallende Neuetikettierung der Verpackung liegt regelmäßig beim Aufbringen eines Aufklebers mit wichtigen Informationen in der Sprache des Einfuhrlands vor. Bereits eine solche Veränderung schafft ihrem Wesen nach tatsächliche Gefahren für die Herkunftsgarantie der Marke, ohne dass in diesem Zusammenhang schon zu prüfen ist, welche konkreten Auswirkungen die vom Parallelimporteur vorgenommene Handlung hat (vgl. EuGH, GRUR 2007, 586 Rn. 29 f. - Boehringer Ingelheim/Swingward II; BGH, GRUR 2013, 739 Rn. 39 - Barilla). Entgegen der Ansicht der Revision kommt dem auf dem Aufkleber aufgebrachten Strichcode nicht lediglich die Funktion eines Preisschildes zu, so dass der Verbraucher die auf dem Aufkleber enthaltenen Informationen nicht der Klägerin als Markeninhaberin zurechnet, sondern dem Händler. Es fehlt im Vortrag der Beklagten bereits an einer tatsächlichen Grundlage für die Behauptung der Revision, dem Strichcode komme allein die Funktion eines Preisschildes zu. Es ist im Übrigen weder substantiiert vorgetragen

worden noch sonst ersichtlich, dass der maßgebliche Durchschnittsverbraucher in dem Strichcode lediglich ein vom Händler aufgebrachtes Preisschild erkennen wird. Hinzu kommt, dass sich auf dem Aufkleber der Beklagten nicht nur ein Strichcode befindet, sondern außerdem Angaben zum Importeur und eine Pharmazentralnummer angebracht sind. Aus diesen Angaben hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei gefolgert, dass der Aufkleber seinem Wesen nach - auch wenn die Angaben zutreffend sein sollten - tatsächliche Gefahren für die Herkunftsgarantie der Marke birgt, weil beim Verbraucher die Vorstellung ausgelöst werde, es sei an der ihm angebotenen Ware auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Eingriff vorgenommen worden, der den Originalzustand der Ware beeinträchtigt haben könnte.

4. Im Streitfall stellt sich demnach die vom Gerichtshof der Europäischen
22 Union noch nicht entschiedene Frage, ob die für den Parallelimport von Arzneimitteln entwickelten Grundsätze auf den Parallelimport von Medizinprodukten uneingeschränkt Anwendung finden.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die unionsrechtlichen Er-
23 schöpfungsgrundsätze zum Parallelimport von Arzneimitteln seien auf Medizinprodukte entsprechend anzuwenden, so dass eine Erschöpfung des Markenrechts (auch) die vorliegend unstreitig fehlende Vorabinformation der Klägerin sowie die hier ebenfalls nicht erfolgte Übersendung eines Warenmusters auf ihr Verlangen voraussetze. Die Besonderheiten, die bei Arzneimitteln vorhanden seien und diese Erschöpfungsvoraussetzungen rechtfertigten, seien bei Medizinprodukten ebenso gegeben. Zwar müssten Medizinprodukte kein Zulassungsverfahren wie Arzneimittel durchlaufen. Jedoch mache das zu ihrer Verkehrsfähigkeit notwendige Konformitätsbewertungsverfahren sie sowohl aus der Sicht der Hersteller als auch aus der Perspektive der Verbraucher zu besonders

sensiblen Produkten, bei denen die Herkunftsgarantie der auf dem Produkt angegebenen Marke aufgrund der gleichfalls hohen Verantwortlichkeit des Herstellers eine besondere Bedeutung erlange. Dies gelte auch und gerade für die Produktverpackung, auf der die CE-Kennzeichnung als Erklärung des Herstellers aufgebracht sei, das Produkt genüge den gesetzlichen Anforderungen. Dagegen seien die vom Gerichtshof der Europäischen Union und vom Bundesgerichtshof für Lebensmittel aufgestellten Grundsätze, nach denen lediglich eine Vorabinformation, nicht aber eine Bemusterung erforderlich sei, nicht maßgeblich. Zwar gebe es auch rechtliche Regelungen, die der Lebensmittelsicherheit dienten und beim Inverkehrbringen von Lebensmitteln zu beachten seien. Keine dieser Verpflichtungen sei jedoch qualitativ mit denen zu vergleichen, die im Rahmen eines Zulassungs- oder Konformitätsbewertungsverfahrens in Bezug auf Arzneimittel oder Medizinprodukte zu erfüllen seien.

b) Der Senat hält diese Beurteilung für überzeugend mit der Folge, dass
24 die unionsrechtlichen Grundsätze zur Rechtmäßigkeit des Parallelimports von Arzneimitteln auf Medizinprodukte uneingeschränkt entsprechend anwendbar wären (ebenso OLG Hamburg, Urteil vom 14. Dezember 2006 - 3 U 113/05, juris Rn. 66; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 24 Rn. 114; Beyerlein, MPR 2008, 3 f.).

aa) Die Revision macht zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung
25 geltend, zwischen Arzneimitteln und Medizinprodukten bestünden trotz gewisser Parallelen entscheidende Unterschiede. Sie verweist zur Begründung auf die unterschiedlichen gesetzlichen Begrifflichkeiten sowie die unterschiedlichen gesetzlichen Anforderungen an die Erlaubnis zum Herstellen und Inverkehrbringen von Arzneimitteln auf der einen und Medizinprodukten auf der anderen Seite. Damit berücksichtigt sie nach Ansicht des Senats nicht ausreichend, dass es im Hinblick auf die vorliegend entscheidende Frage, welche Erschöp-

fungsvoraussetzungen Anwendung finden, nicht auf ordnungs- oder wettbewerbsrechtliche Detailregelungen zur Verkehrsfähigkeit von Erzeugnissen ankommt, sondern eine markenrechtliche Betrachtung vorzunehmen ist. Maßgeblich sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die im Einzelfall bestehenden legitimen Interessen des Markeninhabers mit Blick auf eventuelle Besonderheiten des Erzeugnisses (vgl. EuGH, GRUR Int. 1998, 145 Rn. 48 - Loendersloot/Ballantine). Das Berufungsgericht hat insoweit angenommen, das für die Verkehrsfähigkeit von Medizinprodukten notwendige Konformitätsbewertungsverfahren mache diese Erzeugnisse sowohl aus der Sicht der Hersteller als auch aus der Perspektive der Verbraucher zu besonders sensiblen Produkten, bei denen die Herkunftsgarantie der Marke aufgrund der hohen Verantwortlichkeit des Herstellers eine besondere Bedeutung erlange. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision nicht. Sie hat vielmehr eingeräumt, dass es sich bei Medizinprodukten um sensible Produkte handelt, bei denen die Herkunftsgarantie der auf dem Produkt angebrachten Marke ebenso wie die CE-Kennzeichnung aufgrund der Verantwortung des Herstellers eine besondere Bedeutung erlangt.

26 bb) Das Berufungsgericht hat zudem mit Recht in dem für Medizinprodukte gesetzlich vorgesehenen Konformitätsbewertungsverfahren einen Grund dafür gesehen, dass es sich bei Medizinprodukten aus der Sicht der Hersteller und der Verbraucher um besonders sensible Produkte handelt und der Herkunftsgarantie der Marke eine besondere Bedeutung zukommt. Der Zweck des Medizinproduktegesetztes (MPG), mit dem die Richtlinien 90/385/EWG, 93/42/EWG, 98/79/EWG, 2000/70/EWG, 2003/12/EG, 2003/32/EG und 2005/50/EG umgesetzt sind (vgl. Rehmann in Rehmann/Wagner, MPG, 2. Aufl., Einführung Rn. 2; Lücker in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., Vorbemerkung Rn. 3 f.) besteht darin, durch eine Regelung des Verkehrs mit Medizinprodukten für

die Sicherheit, Eignung und Leistung der Medizinprodukte sowie die Gesundheit und den erforderlichen Schutz der Patienten, Anwender und Dritter zu sorgen (§ 1 MPG). Das Medizinprodukterecht ist damit wie das Arzneimittelrecht Risikovorsorgerecht (vgl. Rehmann in Rehmann/Wagner aaO § 1 Rn. 1). Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass sich dieser Zweck in besonderen Anforderungen an die Verkehrsfähigkeit von Medizinprodukten niederschlägt. So dürfen diese gemäß § 6 Abs. 1 MPG nur in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, wenn sie mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind. Mit der CE-Kennzeichnung dürfen Medizinprodukte nur versehen werden, wenn die Grundlegenden Anforderungen nach § 7 MPG, die auf sie unter Berücksichtigung ihrer Zweckbestimmung anwendbar sind, erfüllt sind und ein für das jeweilige Medizinprodukt vorgeschriebenes Konformitätsbewertungsverfahren nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 37 Abs. 1 durchgeführt worden ist (§ 6 Abs. 2 MPG). Zudem ist die Eignung von Medizinprodukten für den vorgesehenen Verwendungszweck durch eine klinische Bewertung anhand von klinischen Daten zu belegen, soweit nicht in begründeten Ausnahmefällen andere Daten ausreichen (§ 19 Abs. 1 MPG).

27 cc) Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Medizinprodukten - ebenso wie bei Arzneimitteln, aber anders als bei Lebensmitteln - um Erzeugnisse handelt, die einen unmittelbaren Gesundheitsbezug aufweisen. Da die eigene Gesundheit nach der Lebenserfahrung eine besondere Wertschätzung und Aufmerksamkeit des Verbrauchers genießt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2001 - I ZR 318/98, GRUR 2002, 182, 185 = WRP 2002, 74 - Das Beste jeden Morgen, mwN), ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, Medizinprodukte gehörten wie Arzneimittel zu den besonders sensiblen Produkten, bei denen die Herkunftsgarantie der auf dem Erzeugnis angege-

benen Marke aufgrund der hohen Verantwortlichkeit des Herstellers eine besondere Bedeutung erlange.

dd) Aufgrund dieser Umstände erscheint es gerechtfertigt, für Medizinpro-
28 dukte ebenso wie für Arzneimittel von einer besonderen Sensibilität des Verbrauchers in Bezug auf die durch die Marke verkörperte Herkunftsgarantie und damit ein vergleichbares legitimes Interesse des Markeninhabers anzunehmen, Gefahren für diese Herkunftsgarantie abzuwehren. Dass überwiegende Interessen des Parallelimporteurs der Annahme einer Obliegenheit zur Vorabinformation und zur Übersendung eines Musters der für den Parallelvertrieb vorgesehenen Packung entgegenstehen, ist im Streitfall nicht dargelegt worden und auch sonst nicht ersichtlich.

29 ee) Der Senat neigt ferner dazu, die unionsrechtlichen Grundsätze zur Rechtmäßigkeit des Parallelimports von Arzneimitteln auf alle Medizinprodukte entsprechend anzuwenden. Die vorstehend dargelegten Gründe gelten für alle Medizinprodukte gleichermaßen. Eine Differenzierung innerhalb dieser Produktgruppe würde zu einer schwer hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen. Auch der Gerichtshof der Europäischen Union wendet die unionsrechtlichen Grundsätze zur Rechtmäßigkeit des Parallelimports unterschiedslos auf alle Arzneimittel an, ohne im Einzelfall nach deren Art oder Gefährlichkeit für die Gesundheit des Anwenders zu differenzieren.

Büscher Schaffert Kirchhoff

Löffler Schwonke

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 04.06.2014 - 34 O 117/13 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.07.2015 - I-20 U 95/14 -