

#### 4.4 Umpacken von Pharmazeutika und Verwendung eigenen Designs

Im Jahr 2003 hatte der EFTA-Gerichtshof in *Paranova ./ Merck*<sup>56</sup> über die Frage zu entscheiden, ob ein Parallelimporteuer das Recht hat, nach erfolgter rechtmässiger Umpackung der Medikamente beim Marktauftritt eigene Designelemente zu verwenden. Der EFTA-Gerichtshof stellte fest, der Markeninhaber könne sich dagegen nur wehren, wenn seine *Marke beeinträchtigt* wird. Das könne der Fall sein bei Beschädigung seines Rufs oder des Rufs der Marke, bei Schaffung einer Gefahr der Degeneration der Marke, einer Verwechslungsgefahr dahin, dass Konsumenten annehmen, Hersteller und Parallelimporteuer seien rechtlich verbunden oder einer Täuschungsgefahr insoweit als Konsumenten annehmen, der Parallelimporteuer sei der Hersteller. Die Absicht des Parallelimporteurs, sich durch einheitliches Design eine eigene, sofort zu identifizierende, Produktpalette zu schaffen, reiche für sich genommen für die Annahme einer Rufschädigung noch nicht aus. Der EFTA-Gerichtshof betonte, dass es um verschreibungspflichtige Medikamente geht, bei denen die Entscheidung über die Verwendung von Ärzten und Apothekern getroffen wird.

Eine zweite Frage nach der Anwendbarkeit des vom EuGH im Zusammenhang mit der Frage des Umpackens selbst entwickelten *Erforderlichkeitstests*<sup>57</sup> auf die Verwendung eigenen Designs durch den Parallelimporteuer beantwortete der EFTA-Gerichtshof dahin, dass eine mechanistische Anwendung dieses Tests nicht ausreicht. Das nationale Gericht hat vielmehr eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Damit wird dem Parallelimporteuer, den der EFTA-Gerichtshof als Garanten des Freihandels und des freien Wettbewerbs bezeichnet, eine starke rechtliche Stellung zugebilligt. Der EFTA-Gerichtshof anerkennt, dass der Parallelimporteuer nach erfolgter Einfuhr und dem Umpacken von Medikamenten dem Markeninhaber grundsätzlich gleichgestellt ist. Insoweit ist man an die Rechtsfigur des Einzelnen als *Funktionär der Gesamtrechtsordnung* erinnert.<sup>58</sup>

56 2003 EFTA Court Report, 101.

57 Slg. 1996, I-3457 Bristol-Myers Squibb.

58 Vgl. *Ludwig Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 145 ff.; *Carl Baudenbacher*, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Bern 1978, S. 136.