

- 2 -

LG Stuttgart

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 20. Dezember 1996 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das genannte Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 20. Dezember 1995 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt über ihre französische Tochtergesellschaft bekannte Markenparfums her (Davidoff, JOOP!, Jil Sander, Bogner, Monteil und Chopard) und

vertreibt sie über ihre deutsche Tochtergesellschaft, die ihrerseits den Vertrieb über ausgesuchte Depositäre des Parfumeinzelhandels organisiert hat. Nach den Depotverträgen ist es den Depositären untersagt, die Waren an Wiederverkäufer zu veräußern.

Alle Produkte der Klägerin tragen auf dem Verpackungskarton eine zehnstellige Codenummer. Diese Nummer erfüllt zwei Funktionen: Zum einen dient sie der nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO erforderlichen Identifizierung der Herstellung. Zum anderen ermöglicht die fortlaufend vergebene Numerierung eine Kontrolle der Vertriebswege. Taucht Ware der Klägerin bei einem nichtgebundenen Wiederverkäufer auf, kann die Klägerin mit Hilfe der jeweiligen Nummer feststellen, auf welchem Wege die Ware in seine Hände gelangt ist.

Die Beklagte betreibt eine Parfümeriekette. Obwohl sie nicht in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden ist, also nicht zu den zugelassenen Depositären zählt, bietet sie in ihren Läden Produkte der Klägerin an. Sie erwirbt diese Produkte auf dem sogenannten grauen Markt, auf dem Waren der Klägerin entgegen den Vorgaben der Depotverträge an nichtgebundene Wiederverkäufer veräußert werden. Anlaß für den vorliegenden Rechtsstreit ist der Umstand, daß die Beklagte in ihren Filialen Parfums der Klägerin anbietet, bei denen die letzten vier oder fünf Ziffern der Herstellungsnummer entfernt worden sind.

Die Klägerin hat das Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig nach § 1 UWG i.V. mit § 4 Abs. 1 KosmetikVO beanstandet. Sie hat beantragt, es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

Duftwässer der Marken Davidoff, Monteil, JOOP!, Jil Sander und Bogner, bei denen die Herstellungsidentifikationsnummer, also der vom Hersteller angebrachte Zahlencode, teilweise entfernt, teilweise be-



schädigt oder auf sonstige Art teilweise unkenntlich gemacht worden ist, zu bewerben und/oder gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat sich darauf berufen, das Vertriebssystem der Klägerin sei weder theoretisch noch praktisch lückenlos und genieße daher keinen Schutz. Darüber hinaus hat die Beklagte ihrerseits das Verhalten der Klägerin als wettbewerbswidrig beanstandet. Es sei der Klägerin verwehrt, die in Rede stehenden Codenummern zur Kontrolle ihres rechtlich nicht geschützten Vertriebssystems zu verwenden. Widerklagend hat sie (zuletzt) beantragt, es der Klägerin unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

die aus zehn Ziffern bestehende fortlaufende Numerierung auf den Behältern und/oder Verpackungen der Duftlinien Davidoff, Monteil, JOOP!, Jil Sander und Bogner sowie den darüber befindlichen Barcode aufzuzeichnen (ausgenommen zu Zwecken der Identifizierung des Herstellungspostens gem. § 4 KosmetikVO), insbesondere bei der Auslieferung an ihre Abnehmer die Nummer der ausgelieferten Artikel den jeweiligen Abnehmern zuzuordnen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat die Beklagte ihre in erster Instanz gestellten Anträge weiterverfolgt und hilfsweise zu dem Klageabweisungsbegehren beantragt, der Klage allenfalls in der Form stattzugeben, daß es ihr untersagt werde,

Duftwässer der Marken Davidoff, Monteil, JOOP!, Jil Sander und Bogner, bei denen die Herstellungsidentifikationsnummer, also der vom Hersteller angebrachte Zahlencode, teilweise entfernt, teilweise be-

schädigt oder auf sonstige Weise teilweise unkenntlich gemacht worden ist, zu bewerben und/oder gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen,

es sei denn, daß das Produkt eine andere Kennzeichnung trägt, die die Identifizierung des Herstellungspostens ermöglicht, insbesondere wenn der vom Hersteller angebrachte Zahlencode vor Entfernung der letzten fünf Ziffern computermäßig erfaßt und das Produkt sodann mit einem anderen Code versehen und dem jeweiligen vom Hersteller angebrachten Zahlencode zugeordnet ebenfalls erfaßt wird.

Soweit sich die Beklagte mit ihrer Berufung gegen die Verurteilung nach dem Klageantrag gewandt hatte, hatte sie keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat jedoch die Klägerin auf die Berufung der Beklagten entsprechend dem Widerklageantrag zur Unterlassung verurteilt (OLG Stuttgart ZLR 1997, 187).

Mit ihren Revisionen verfolgen beide Parteien ihre Klageabweisungsbegehren weiter. Sie beantragen jeweils, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Revision der Klägerin hat hingegen Erfolg. Sie führt im Umfang der Verurteilung der Klägerin zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Widerklage.

A. Zur Klage:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus § 1 UWG i.V. mit § 4 Abs. 1 KosmetikVO bejaht und zur Begründung ausgeführt:

Die Klägerin sei zur Geltendmachung des in Rede stehenden wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs zumindest aufgrund der Ermächtigung ihrer deutschen Tochtergesellschaft befugt, die mit der Beklagten in einem Wettbewerbsverhältnis stehe.

Ein Verstoß gegen § 4 KosmetikVO, wonach kosmetische Artikel nur mit einer Nummer oder einem sonstigen Kennzeichen zur Identifizierung der Herstellung in Verkehr gebracht werden dürften, stelle stets auch einen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG dar. Der Vertrieb von Waren, bei denen die Herstellercode-nummer teilweise entfernt worden sei, stehe mit § 4 KosmetikVO nicht im Einklang, weil die Identifikation der Herstellung nicht gewährleistet sei. Die von der Klägerin und ihren Tochterunternehmen praktizierte Artikelkennzeichnung, bei der jeder einzelne Artikel durchlaufend numeriert werde, genüge den Anforderungen der Kosmetikverordnung, weil sie in Verbindung mit Datenaufzeichnungen die Zuordnung jedes einzelnen Artikels zu den einzelnen Schritten des Produktionsvorgangs ermögliche. Dabei bedürfe es keiner Klärung, ob eine so weitgehende Dokumentation, wie sie die Klägerin vornehme, von der Kosmetikverordnung gefordert werde. Bei Fehlen der letzten fünf Ziffern sei eine zuverlässige Zuordnung zum jeweiligen Herstellungsposten nicht mehr gewährleistet, weil die Artikel, bei denen nur die ersten fünf Ziffern übereinstimmten, zu verschiedenen Herstellungsposten gehören könnten. Unerheblich sei, daß die Klägerin nicht auf einen konkreten Fall habe verweisen können, in dem die Zuordnung wegen der Entfernung der Ziffern unmöglich gewesen sei.

Da § 4 KosmetikVO auch den Interessen der Allgemeinheit diene, komme es nicht darauf an, ob die Klägerin mit Hilfe des in Rede stehenden Nummernsystems gleichzeitig die Vertriebswege in einem nicht schutzwürdigen – weil nicht theoretisch und praktisch lückenlosen – Vertriebssystem kontrolliere. Auch eine

Einschränkung der Verurteilung der Beklagten im Sinne des von ihr gestellten Hilfsantrages sei nicht geboten. Der Klägerin könne nicht zugemutet werden, im Falle einer Rückrufaktion zur Vervollständigung ihres Herstellercodes auf Informationen zurückzugreifen, über die allein die außerhalb ihres Vertriebssystems stehenden Händler verfügten.

Die Auslegung von § 4 KosmetikVO stehe auch im Einklang mit der EG-Richtlinie 76/768/EWG. Einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften bedürfe es nicht.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision der Beklagten haben keinen Erfolg. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Klägerin als berechtigt angesehen, einen Anspruch aus § 1 UWG i.V. mit § 4 KosmetikVO – sei es aus eigenem Recht oder sei es in Prozeßstandschaft für ihre deutsche Tochtergesellschaft – geltend zu machen.

1. Nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO dürfen kosmetische Artikel gewerbsmäßig nur in Verkehr gebracht werden, wenn auf ihren Behältnissen und Verpackungen die Nummer des Herstellungspostens oder ein anderes Kennzeichen angebracht ist, das eine Identifizierung der Herstellung erlaubt. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß es sich bei dem auf den Produkten der Klägerin angebrachten (vollständigen) Herstellercode um Nummern zur Identifizierung der Herstellung i.S. von § 4 Abs. 1 KosmetikVO handelt.

Die Revision der Beklagten möchte demgegenüber darauf abstellen, daß es sich bei der Nummer um eine – einheitliche – Bezeichnung des jeweiligen Herstellungspostens und nicht – wie hier – um eine bloße Produktionsnummer handeln müsse; mit Herstellungsposten sei der Inhalt eines Tanks gemeint, aus dem

die Parfumflaschen gefüllt würden; der Inhalt eines jeden Tanks müsse durch eine Nummer gekennzeichnet werden, die auf allen aus diesem Tank befüllten Flaschen und auf der jeweiligen Verpackung anzugeben sei. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Kennzeichnungspflicht des § 4 Abs. 1 KosmetikVO kann nicht allein durch einen Hinweis auf den Herstellungsposten, sondern auch durch jede andere Kennzeichnung genügt werden, die eine Identifizierung der Herstellung erlaubt. Daraus ergibt sich, daß nicht notwendig alle aus einem Herstellungsposten befüllten Parfumflaschen dieselbe Identifizierungsnummer tragen müssen. Ausreichend ist es vielmehr, wenn anhand der beim Hersteller geführten Unterlagen unschwer und unzweifelhaft ermittelt werden kann, welche Nummern dem jeweiligen Herstellungsposten zuzuordnen sind (vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Stand: 1.4.1998, C 500, § 4 KosmetikVO Rdn. 12 u. 12a; vgl. auch OLG Karlsruhe WRP 1996, 122, 124). Dagegen ist es unerheblich, daß im Streitfall die verwendeten Nummern mit Blick auf ihre zusätzliche Funktion im Rahmen der Kontrolle der Vertriebswege eine noch weitergehende Zuordnung erlauben.

2. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, nach dem Entfernen der letzten fünf Ziffern der angebrachten Codenummer sei eine Zuordnung zu dem jeweiligen Herstellungsposten nicht mehr gewährleistet, ist ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Bei der Entfernung von fünf Ziffern tragen bei kontinuierlicher Vergabe der Herstellungsnummern 100.000 Flaschen dieselbe Nummer. Wie das Berufungsgericht im einzelnen dargelegt hat, spricht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, daß diese Flaschen nicht alle aus einem Tank befüllt worden sind, so daß eine Zuordnung einer bestimmten Flasche zu einer Charge nicht mehr gewährleistet ist.

3. Ohne Erfolg beruft sich die Revision der Beklagten auf die Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschrif-

ten der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel (ABl. Nr. L 262 v. 27.9.1976, S. 169). Die Regelung in § 4 Abs. 1 KosmetikVO dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. e der Richtlinie. Nach dieser – insoweit wörtlich ins deutsche Recht übernommenen – Bestimmung müssen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, daß "kosmetische Mittel nur dann in Verkehr gebracht werden können, wenn ihre Behältnisse und Verpackungen ... die Nummer des Herstellungspostens oder ein Kennzeichen (tragen), die eine Identifizierung der Herstellung ermöglichen". Die Richtlinie enthält damit ebensowenig wie das deutsche Recht einen Hinweis darauf, daß jeweils nur eine Herstellungsnummer dem jeweiligen Herstellungsposten zugeordnet sein darf. Entgegen der Anregung der Revision bedarf diese Frage im Hinblick auf den zweifelsfreien Wortlaut der Richtlinie keiner Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.

4. Indem die Beklagte Kosmetikartikel zum Verkauf angeboten hat, bei denen die Herstellungsnummer nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO teilweise entfernt war, hat sie dieser Verordnung zuwidergehandelt (§ 6 Abs. 3 KosmetikVO i.V. mit § 53 Abs. 2 Nr. 1 lit. d LMBG). Hierin liegt ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG, da es sich bei § 4 Abs. 1 KosmetikVO um eine dem Schutz der Volksgesundheit dienende Bestimmung handelt (vgl. BGH, Urt. v. 21.4.1994 – I ZR 271/91, GRUR 1994, 642, 643 = WRP 1994, 527 – Chargennummer). Dabei bedarf die Frage keiner weiteren Erörterung, ob es der Klägerin ausnahmsweise wettbewerbsrechtlich verwehrt sein könnte, sich auf den Verstoß gegen die Kosmetikverordnung zu berufen, wenn das Nummernsystem, das eine viel weitergehende Identifizierung ermöglicht, als es die Kosmetikverordnung erfordert, dazu diene, ein von der Rechtsordnung mißbilligtes Vertriebssystem durchzusetzen (vgl. BGHZ 104, 185, 194 – Entfernung von Kontrollnummern I; BGH, Urt. v. 5.5.1988 – I ZR 179/86, GRUR 1988, 826, 828 = WRP 1988, 725 – Entfernung von Kontrollnummern II; OLG Karlsruhe WRP 1996, 122, 124 = WuW/E OLG 5652; ferner

EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – Rs. C-349/95, Slg. 1997, I-6227 = GRUR Int. 1998, 145, 148 Tz. 43 = WRP 1998, 156 – Loendersloot/Ballantine). Denn im Streitfall kann davon nicht ausgegangen werden (dazu unter B.).

5. Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten kann ein Verstoß gegen § 1 UWG i.V. mit § 4 Abs. 1 KosmetikVO nicht dadurch vermieden werden, daß die Beklagte die letzten fünf Ziffern der Herstellungsnummer vor ihrer Entfernung erfaßt und durch einen eigenen Händlercode ersetzt. Die Kennzeichnungspflicht aus § 4 Abs. 1 KosmetikVO dient dazu, anhand der Herstellungsnummer eine fehlerhafte Charge möglichst rasch ermitteln und – falls erforderlich – anhand der Nummern die zu der Charge gehörenden Verkaufseinheiten bezeichnen zu können (vgl. Zipfel/Rathke aaO § 4 KosmetikVO Rdn. 12). Sowohl die rasche Ermittlung des fehlerhaften Herstellungspostens als auch die zuverlässige Zuordnung der zu derselben Charge gehörenden Verkaufseinheiten setzen voraus, daß der Hersteller selbst über die entsprechenden Informationen verfügt und sie sich nicht erst bei einem außerhalb seines Vertriebssystems stehenden Händler beschaffen muß.

B. Zur Widerklage:

I. Das Berufungsgericht hat es als unlauter gewertet, daß die Klägerin die Herstellungsnummern auch zur Kontrolle ihres Vertriebssystems einsetzt und hat daher auch die Widerklage für begründet erachtet.

Die Klägerin sei für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch passivlegitimiert, weil sie mit Hilfe des Herstellercodes die Graumarktquellen ermitteln, schließen und damit die Beklagte vom Bezug ihrer Waren ausschließen könne. Diese Kontrolle ihrer Vertriebswege sei rechtlich nicht geschützt und rechtswidrig.

Im Streitfall habe die Klägerin nicht dargetan, daß ihr Vertriebssystem theoretisch und praktisch lückenlos sei. Lückenlosigkeit sei schon deswegen ausgeschlossen, weil die Klägerin auch Ware in die Schweiz liefere; da die Veräußerung systemgebundener Ware durch einen Außenseiter in der Schweiz nicht wettbewerbswidrig sei, handele auch der deutsche Außenseiter, der Graumarktware aus der Schweiz beziehe und im Inland anbiete, nicht wettbewerbswidrig. Da die Klägerin gegen einen solchen Außenseiter keine Handhabe besitze, sei ihr System nicht lückenlos. Der Sonderfall, daß auch bei einem nicht lückenlosen System die Kontrolle der Vertriebswege aus Sicherheitsgründen geschützt sei, sei nicht gegeben. Eine Notwendigkeit, den einzelnen Artikel bis zum Endverbraucher verfolgen und gegebenenfalls zurückrufen zu können, bestehe nicht. Der Gesetzgeber habe sich mit einer Chargenkennzeichnung begnügt und individuelle Herstellungsnummern nicht verlangt. Dies sei bei der Abwägung zwischen dem Interesse an weitergehenden Schutzmaßnahmen des Herstellers und dem durch das Verbot der Vertriebskontrolle vermittelten Schutz des Wettbewerbs zu berücksichtigen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte hat keinen Anspruch darauf, daß die Klägerin die fraglichen Herstellungsnummern nicht zur Kontrolle der Vertriebswege ihrer Waren verwendet.

1. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, der Klägerin sei die Kontrolle ihres Vertriebsbindungssystems deshalb zu verbieten, weil dieses System rechtlich nicht geschützt und rechtswidrig sei.

a) Nach dem vom Berufungsgericht zugrundegelegten Parteivorbringen ist nicht ersichtlich, daß das Vertriebsbindungssystem der Klägerin gegen autonomes deutsches oder europäisches Kartellrecht verstößt.

aa) Im deutschen Recht sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Austauschverträgen, um die es sich hier handelt, nicht per se bedenklich (§ 16 GWB); abgesehen von bestimmten unzulässigen Vereinbarungen (§§ 14, 17 Abs. 1 Satz 1 GWB) können sie lediglich von der Kartellbehörde unter bestimmten Voraussetzungen untersagt werden. Soweit es sich um Verträge handelt, die vor dem 1. Januar 1999 geschlossen worden sind, kommt als weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. in Betracht (BGH, Urt. v. 2.2.1999 – KZR 51/97, WuW/E DE-R 261 = WRP 1999, 542 – Coverdisk; Urt. v. 9.3.1999 – KZR 23/97, WuW/E DE-R 259 = WRP 1999, 672 – Markant). Dagegen hängt die kartellrechtliche Wirksamkeit eines selektiven Vertriebssystems bzw. der zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen nicht von der Lückenlosigkeit des Systems ab (anders für die Preisbindung Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 16 Rdn. 106 f.; Nöcker, Der Mißbrauch bei der erlaubten Preisbindung für Markenwaren, 1971, S. 130 ff.; vgl. auch Klosterfelde/Metzlaff in Langen/Bunte, Kartellrecht, 8. Aufl., § 16 GWB Rdn. 101 f.).

Im Streitfall lassen sich den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß in dieser Hinsicht Zweifel an der Wirksamkeit der Vereinbarungen bestehen. Ein diskriminierender Einsatz des Systems (vgl. § 20 Abs. 1 und 2 GWB), der im Streitfall ohnehin nicht festgestellt ist, hat auf die Wirksamkeit der Verträge keinen unmittelbaren Einfluß.

bb) Auch nach europäischem Recht sind selektive Vertriebssysteme bzw. die zugrundeliegenden Verträge nicht von vornherein unwirksam (Art. 81 Abs. 2 EG [früher Art. 85 Abs. 2]). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften handelt es sich bei ihnen um einen mit Art. 81 Abs. 1 EG (früher Art. 85 Abs. 1) zu vereinbarenden Bestandteil des Wettbewerbs, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte quali-

tativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden (EuGH, Urt. v. 25.10.1977 – Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 = GRUR Int. 1978, 254, 256 Tz. 20 – Metro I; Urt. v. 11.12.1980

– Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 = GRUR Int. 1981, 315, 316 Tz. 15 – L'Oréal; Urt. v. 25.10.1983 – Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 = GRUR Int. 1984, 28, 29 Tz. 35 – AEG-Telefunken). Diese Grundsätze stehen in engem Zusammenhang mit den wettbewerblichen Wirkungen geschlossener selektiver Vertriebssysteme. Letztere beeinflussen bei europaweiter Verbreitung zwangsläufig den Wettbewerb im gemeinsamen Markt. Gleichwohl können die Eigenschaften bestimmter Erzeugnisse den Vertrieb in einem selektiven System erfordern, wenn beispielsweise bei technischen Produkten nur auf diese Weise zu gewährleisten ist, daß sie richtiger gebraucht werden und ihre Qualität zum Tragen kommt (EuGH Slg. 1983, 3151 = GRUR Int. 1984, 28, 29 Tz. 33 – AEG-Telefunken). Für den hier in Frage stehenden Bereich der Luxuskosmetika hat das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften das Erfordernis eines selektiven Vertriebssystems damit begründet, daß ein allgemeiner Verkauf, der bei der Präsentation dieser Produkte nicht das ästhetisch und funktionell Besondere herausstelle, dem Erfordernis nicht gerecht werde, die "Aura von Luxus" der betreffenden Produkte in den Augen der Verbraucher aufrechtzuerhalten (EuG, Urt. v. 12.12.1996 – Rs. T-19/92, Slg. 1996, II-1851 = GRUR Int. 1998, 149, 155 f. Tz. 114 ff. – Leclerc/Kommission; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.5.1998 – KZR 23/96, WuW/E DE-R 206, 208 = GRUR 1999, 276 = WRP 1999, 101 – Depotkosmetik).

Die Lückenlosigkeit eines selektiven Vertriebssystems stellt demgegenüber – ebenso wie nach deutschem Kartellrecht – keine Voraussetzung für seine

Rechtswirksamkeit dar (EuGH, Urt. v. 13.1.1994 – Rs. C-376/92, Slg. 1994, I-15 = GRUR 1994, 300, 302 Tz. 28 f. – Metro/Cartier; Urt. v. 5.6.1997 – Rs. C-41/96, Slg. 1997, I-3123 = GRUR Int. 1997, 907, 908 Tz. 12 – VAG-Händlerbeirat/SYD-Consult).

Fällt ein Vertriebsbindungssystem – wofür im Streitfall keine Anhaltspunkte bestehen – in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG (früher Art. 85 Abs. 1), kommt eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG (früher Art. 85 Abs. 3) in Betracht, die auf den Zeitpunkt der Anmeldung zurückwirkt. Ist eine Anmeldung erfolgt und handelt es sich um Verträge, die nach der Spruchpraxis der Kommission mit einer Freistellung rechnen können (vgl. dazu EG-Kommission, Entsch. v. 16.12.1991, GRUR Int. 1992, 915 – Yves Saint Laurent Parfums; Entsch. v. 24.7.1992, ABl. Nr. L 236, S. 11 – Parfums Givenchy; dazu EuG Slg. 1996, II-1851 = GRUR Int. 1998, 149, 155 f. Tz. 114 ff. – Leclerc/Kommission und Urt. v. 12.12.1996 – Rs. T-87/92, Slg. 1996, II-1931 – Kruidvat/Kommission), kann ebenfalls nicht davon ausgegangen werden, daß es sich um ein von der Rechtsordnung mißbilligtes und rechtswidriges Vertriebsbindungssystem handelt.

b) Der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Vertriebsbindungssystem, das nicht gedanklich und praktisch lückenlos sei, sei rechtlich nicht geschützt und rechtswidrig, kann nicht beigetreten werden.

aa) Bei dem Erfordernis der Lückenlosigkeit handelt es sich nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für selektive Vertriebssysteme. Etwas anderes ist auch den Senatsentscheidungen "Entfernung von Kontrollnummern I bis IV" (BGHZ 104, 185; BGH, Urt. v. 5.5.1988 – I ZR 179/86, GRUR 1988, 826 = WRP 1988, 725; Urt. v. 1.6.1988 – I ZR 83/87, WRP 1989, 369; Urt. v. 26.5.1988 – I ZR 238/86, WRP 1989, 366) nicht zu entnehmen, auf die sich das Berufungs-

gericht in diesem Zusammenhang bezieht. Dort wird die gedankliche und praktische Lückenlosigkeit als eine Voraussetzung für die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche gegen Außenseiter genannt (hierzu ausführlich Senatsbeschuß vom heutigen Tage nach § 132 Abs. 3 GVG in der Sache I ZR 130/96 - Außenseiteranspruch). Soweit diesen Entscheidungen entnommen werden könnte, die Verwendung eines Nummernsystems sei auch dann rechtlich zu mißbilligen, wenn es der Kontrolle eines nach deutschem und europäischem Kartellrecht unbedenklichen, auf wirksamen Verträgen beruhenden und nicht mißbräuchlich gehandhabten Vertriebsbindungssystems dient, könnte daran nicht festgehalten werden. Denn im Rahmen eines rechtlich unbedenklichen Systems kommt für die Kontrolle der Vertriebswege in erster Linie ein Nummernsystem in Betracht, mit Hilfe dessen der Hersteller gegebenenfalls feststellen kann, welcher Vertragshändler gegen das Verbot des Verkaufs an außerhalb des Systems stehende Wiederverkäufer verstoßen hat (so bereits BGH, Urt. v. 21.2.1968 – Ib ZR 11/66, GRUR 1969, 222, 224 – Le Galion).

bb) Hat die Lückenlosigkeit eines Vertriebssystems auf seine Wirksamkeit bzw. auf die Wirksamkeit der zugrundeliegenden Verträge keinen unmittelbaren Einfluß, so ist sie doch insofern von Bedeutung, als nicht jedem auf wirksamen Verträgen beruhenden Vertriebssystem der besondere Schutz zuteil wird, der darin besteht, daß die Entfernung der zur Kontrolle des Systems verwendeten Nummern unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 UWG unterbunden werden kann. Dieser besondere Schutz kann vielmehr nur einem Vertriebssystem zukommen, das rechtlich nicht zu mißbilligen ist.

(1) Von einem rechtlich zu mißbilligenden Vertriebssystem kann jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn es auf (kartellrechtlich) wirksamen Verträgen beruht und wenn es darüber hinaus entsprechend den EG-kartellrechtlichen

Anforderungen – nach der Art der zu vertreibenden Waren zu urteilen – einem berechtigten Interesse sowohl des Herstellers als auch des Handels dient sowie vom Hersteller diskriminierungsfrei angelegt worden ist und entsprechend gehandhabt wird. Hierzu zählt, daß der Hersteller innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsraums die Händler, die er beliefert, grundsätzlich denselben vertraglichen Verpflichtungen unterwirft und daß er – bei Lieferungen an Abnehmer außerhalb dieses Gebiets durch eine entsprechende vertragliche Absicherung oder gegebenenfalls mit Hilfe des Markenrechts – dafür Sorge trägt, daß innerhalb des Wirtschaftsraums nur die systemgebundenen Händler als Anbieter seiner Waren auftreten dürfen, daß also das System innerhalb des Wirtschaftsgebietes gedanklich lückenlos ist. Zwar sind tendenziell die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines selektiven Vertriebssystems größer, wenn nicht nur einige, sondern alle belieferten Händlern gebunden werden (vgl. EuGH Slg. 1994, I-15 = GRUR 1994, 300, 302 Tz. 26 – Metro/Cartier). Es muß jedoch verhindert werden, daß mit Hilfe eines Kontrollnummernsystems nichtgebundene Abnehmer einer verschleierte (Preis-)Bindung unterworfen werden können. Diese Gefahr bestünde zum Beispiel, wenn ein Kontrollnummernsystem zum Schutze eines nur gegenüber einem Teil der Händler praktizierten Vertriebssystems eingesetzt würde und gleichwohl die Entfernung der Kontrollnummern wettbewerbsrechtlich untersagt werden könnte. Denn wenn nicht zuvor ein vertragliches Bindungssystem geschaffen worden ist, deutet die Verwendung einer solchen Codierung darauf hin, daß das Nummernsystem nicht als erste Stufe eines Vertriebsbindungssystems, sondern an dessen Stelle als Mittel der Vertriebskontrolle gewählt worden ist (vgl. BGH WRP 1989, 369, 371 – Entfernung von Kontrollnummern III).

(2) Dagegen hängt die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Bewertung eines Vertriebssystems nicht von seiner praktisch lückenlosen Durchführung ab. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob an der praktischen Lücken-

losigkeit als einer Voraussetzung für die Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen gegenüber Außenseitern festzuhalten ist. Auch wenn die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage entgegen den Vorschlägen, die der Senat in seinem Beschluß vom heutigen Tage in der Sache I ZR 130/96 – Außenseiteranspruch – unterbreitet hat, unverändert fortgeführt wird, können tatsächliche Lücken in einem Vertriebssystem nicht bereits seine rechtliche Mißbilligung begründen und dazu führen, daß Versuche, diese Lücken zu schließen, ebenfalls rechtlich zu mißbilligen wären. Soll dem Hersteller mit dem Einsatz von Kontrollnummern eine rechtliche Möglichkeit an die Hand gegeben werden, vertragsbrüchige Händler zu ermitteln und die durch ihren Vertragsbruch entstandenen Lücken zu schließen, kann dieses Ziel nicht bereits die Voraussetzung für den Einsatz des Mittels darstellen. Es geht nicht an, daß einerseits die rechtliche Billigung und Anerkennung des Vertriebssystems von der praktischen Lückenlosigkeit abhängig gemacht wird und andererseits dem Hersteller unter Hinweis auf die fehlende rechtliche Billigung des Vertriebssystems der Einsatz von Kontrollmöglichkeiten – wie beispielsweise der Einsatz eines Nummernsystems – verwehrt wird.

c) Im Streitfall sind Umstände, die darauf hindeuteten, daß es sich in dem beschriebenen Sinne um ein rechtlich zu mißbilligendes Vertriebssystem handelt, nicht festgestellt; dem Parteivorbringen lassen sich auch keine in diese Richtung weisenden Anhaltspunkte entnehmen.

2. Unter diesen Umständen kann es nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden, daß die Klägerin die Herstellungsnummern, mit denen sie der Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO nachkommt, gleichzeitig zur Kontrolle der Vertriebswege innerhalb ihres Vertriebssystems verwendet. Ist der Einsatz der Herstellungsnummern zu Kontrollzwecken rechtlich nicht zu beanstanden, bedarf

die weitere Frage keiner Erörterung, ob sich die Verwendung von Daten als wettbewerbswidrig darstellen kann, die die Klägerin auf rechtlich zulässige Weise erhoben hat.

C. Danach führt die Revision der Klägerin unter Zurückweisung der Revision der Beklagten zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, durch das der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen worden war. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Pokrant