



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 1/98

Verkündet am:
5. Oktober 2000
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Kontrollnummernbeseitigung II

UWG § 1; MarkenG § 24 Abs. 2

- a) Ein Kontrollnummernsystem, mit dessen Hilfe ein Hersteller im Rahmen einer selektiven Vertriebsbindung die Vertragstreue seiner Vertragshändler überwacht, genießt nur dann wettbewerbs- oder markenrechtlichen Schutz, wenn der Hersteller seine Abnehmer einheitlich bindet. Der Hersteller, der nur einen Teil des Marktes über ein selektives Vertriebssystem, andere Teile aber unbeschränkt versorgt, kann eine Beseitigung der Kontrollnummern nicht mit Hilfe des Wettbewerbs- oder Markenrechts unterbinden.
- b) Gegen den Weitervertrieb der veränderten Ware kann sich der Hersteller mit Hilfe des Markenrechts nur wenden, wenn mit der Entfernung der Kontrollnummern ein sichtbarer, die Garantiefunktion der Marke berührender Eingriff in die Substanz der Ware, des Behältnisses oder der Verpackung verbunden ist (hier: Entfernung der Cellophanumhüllung einer Parfümpackung, Nadelung und Bestreichen der Packung mit einer Flüssigkeit sowie Herausschneiden des Strichcodes aus der Verpackung).

BGH, Urt. v. 5. Oktober 2000 – I ZR 1/98 – OLG Hamburg

- 2 -

LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Prof. Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 20. November 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1 stellt Duftwässer und kosmetische Erzeugnisse her, die sie unter den eingetragenen Marken "No. 5 Chanel", "No. 19 Chanel", "Coco", "Allure", "Antaeus" und "Égoïste" vertreibt. Die Klägerin zu 2 ist die alleinvertriebsberechtigte Vertragshändlerin der Klägerin zu 1 in Deutschland. Im Rahmen des Vertragshändlerverhältnisses ist sie ermächtigt und verpflichtet, in ihrem Vertragsgebiet ein Vertriebsbindungssystem (Depotsystem) für die Erzeugnisse der

Klägerin zu 1 einzurichten und für dessen lückenlose Durchführung zu sorgen. Dieses System läuft darauf hinaus, daß die Klägerin zu 2 unter Ausschaltung des Großhandels 1.600 mit ihr vertraglich verbundene Depositäre beliefert, die ihrerseits Chanel-Erzeugnisse ausschließlich in ihren Fachgeschäften an Endverbraucher vertreiben dürfen. Die Klägerin zu 1 liefert auch in anderen Ländern ihre Erzeugnisse an bestimmte alleinvertriebsberechtigte Abnehmer, die wiederum vertraglich verpflichtet sind, entsprechende Vertriebssysteme einzurichten und die Einhaltung der Vertriebsbindung durch die Depositäre zu überwachen.

Zur Überwachung der Vertriebsbindung werden die Produkte der Klägerin zu 1 mit einem kundenspezifischen Code versehen, wobei jedes Einzelstück eine andere Codenummer erhält. Dies geschieht in der Weise, daß auf der Umverpackung der Produkte dort, wo der Markenschriftzug angebracht ist, ein unsichtbarer Lasercode sowie auf der Unterseite ein entsprechender Strichcode angebracht werden. Dadurch, daß die herausgehende Ware bei der Klägerin zu 1 und bei den Vertriebsgesellschaften durch Einlesen des Codes registriert wird, läßt sich bei jedem Einzelstück, das von einem systemfremden Händler angeboten wird, feststellen, an welchen Depositär es geliefert worden ist.

Die Beklagte betreibt in Hamburg und Umgebung über fünfzig Drogerie-Selbstbedienungsmärkte. Obwohl sie nicht zu den autorisierten Chanel-Depositären gehört, bietet sie die Erzeugnisse der Klägerin zu 1 an. Dabei handelt es sich um Ware, die von gebundenen Abnehmern vertragswidrig an systemfremde Händler geliefert worden ist. Damit der Absatzweg nicht zurückverfolgt werden kann, wird bei dieser Ware die Cellophanumhüllung entfernt und die Umverpackung in Höhe des Markenschriftzugs mit einer Flüssigkeit bestrichen, die den unsichtbaren Lasercode zerstört. Außerdem wird die Umverpackung in Höhe des

Markenschriftzugs rundum genadelt und der Strichcode auf der Unterseite herausgeschnitten.

Die Klägerinnen haben die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen. Sie haben sich dabei auf eine Verletzung der Markenrechte der Klägerin zu 1 gestützt, die im Hinblick auf die vorgenommenen Veränderungen nicht erschöpft seien. Außerdem haben sie das Verhalten der Beklagten als eine wettbewerbswidrige Behinderung beanstandet.

Die Klägerinnen haben beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs Duftwässer und/oder kosmetische Erzeugnisse der Marken "No. 5 Chanel", "No. 19 Chanel", "Coco", "Allure", "Antaeus" und/oder "Égoïste" anzubieten und/oder zu vertreiben, bei denen die Ausstattung der Umverpackung im Bereich des Markenschriftzuges zwecks Unkenntlichmachung des Vertriebscodes durch Übermalung und/oder Herausschneiden der äußeren Schicht des Umkartons und/oder durch Schnitte in die äußere Schicht des Umkartons und/oder durch Nadelung beschädigt ist.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, daß das Vertriebssystem der Klägerinnen nicht lückenlos sei und daher keinen rechtlichen Schutz genieße. Im übrigen hat sie vorgetragen, die fraglichen Erzeugnisse bereits in der veränderten Form erworben zu haben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerinnen hatte keinen Erfolg.

Mit ihrer Revision verfolgen die Klägerinnen ihren auf Unterlassung gerichteten Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat wettbewerbs- und markenrechtliche Ansprüche der Klägerinnen verneint. Das Verhalten der Beklagten stelle keine wettbewerbswidrige Behinderung dar, weil das Vertriebsbindungssystem der Klägerinnen nicht praktisch lückenlos sei; es fehle ihm damit die Schutzwürdigkeit. Unbestritten seien eine Reihe großer Händler in der Lage, die Ware der Klägerin zu 1 anzubieten, ohne Depositäre zu sein. Offensichtlich sei gebundene Ware über unvermeidbare Einzelfälle hinaus auf den Markt gelangt. Daher könne nicht festgestellt werden, daß die Klägerinnen in der Vergangenheit mit Nachdruck gegen den Vertrieb von Chanel-Erzeugnissen durch Außenseiter vorgegangen seien. Auch eine Markenverletzung sei in dem beanstandeten Vertrieb der Waren mit beschädigten Verpackungen nicht zu sehen. Die Regelung des § 24 Abs. 2 MarkenG stehe dem Eintritt der Erschöpfung nicht entgegen; denn die vorgenommenen Veränderungen führten nicht zu einer substantiellen Beeinträchtigung des Markenwertes. Auch der Beklagten gehe es nicht darum, den guten Ruf der Klägerin zu 1 zu schmälern; im Gegenteil liege ihr an der Aufrechterhaltung dieser Wertschätzung. Indem sie gegenüber den Abnehmern den Grund für die Veränderungen erläutere, mache sie deutlich, daß es ihr darum gehe, die besonders attraktiven Produkte der Klägerin zu 1 auch den eigenen, zu den aufgeklärten Verbrauchern zählenden, preisbewußten Kunden zugänglich zu machen.

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Sie führen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerinnen aus § 1 UWG mit der Begründung verneint, ihr Vertriebsbindungssystem weise in

der praktischen Handhabung Lücken auf und sei daher rechtlich nicht schutzwürdig. Dem kann nicht beigetreten werden.

a) Die Parteien stehen – ungeachtet der unterschiedlichen Absatzstufen, auf denen sie tätig sind – miteinander im Wettbewerb, weil sie identische Waren innerhalb derselben Endverbraucherkreise abzusetzen versuchen (vgl. BGH, Urt. v. 15.7.1999 – I ZR 44/97, GRUR 1999, 1122, 1123 = WRP 1999, 1151 – EG-Neuwagen I, m.w.N.).

b) Der im Streitfall erhobene Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Behinderung richtet sich allein gegen die Entfernung der von den Klägerinnen zur Kontrolle ihres Vertriebssystems eingesetzten Kontrollnummern bzw. gegen den Weitervertrieb von Waren, bei denen die Kontrollnummer zuvor entfernt worden ist. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist damit nicht die Frage, ob ein dem Vertriebssystem nicht angehörender Händler allein deswegen wettbewerbswidrig handelt, weil er vertriebsgebundene Ware unter Ausnutzung des Vertragsbruchs eines Vertragshändlers erwirbt und weiterveräußert. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage in der Entscheidung “Außenseiteranspruch II” vom 1. Dezember 1999 verneint, dabei aber – wie bereits in der Entscheidung “Entfernung der Herstellungsnummer” vom 15. Juli 1999 (BGHZ 142, 192, 201) – zum Ausdruck gebracht, daß es dem Hersteller, der ein rechtlich nicht zu mißbilligendes Vertriebsbindungssystem betreibt, freistehe, die Vertragstreue seiner Vertragshändler durch ein Nummernsystem zu kontrollieren (BGHZ 143, 232, 243 f.). Wird der Hersteller – so hat der Bundesgerichtshof in den genannten Entscheidungen ausgeführt – bei dieser legitimen Kontrolle dadurch behindert, daß ein Wettbewerber die Kontrollnummern entfernt oder Ware vertreibt, bei der die Kontrollnummern entfernt wurden, steht ihm gegenüber dem Wettbewerber ein Anspruch aus § 1 UWG zur Seite (BGHZ 142, 192, 202; 143, 232, 243).

c) Das Berufungsgericht hat einen solchen wettbewerbsrechtlichen Anspruch im Streitfall verneint, weil ein Vertriebsbindungssystem, das diesen Schutz beanspruche, auch in der praktischen Handhabung lückenlos sein müsse. Dem steht die neuere Senatsrechtsprechung entgegen, in der das Erfordernis der praktischen Lückenlosigkeit aufgegeben worden ist. Auch im übrigen ist nicht ersichtlich, daß das fragliche Vertriebssystem den flankierenden wettbewerbsrechtlichen Schutz nicht beanspruchen könnte.

aa) Wie der Bundesgerichtshof in den oben genannten Entscheidungen vom 15. Juli und 1. Dezember 1999 – zeitlich nach Erlass des Berufungsurteils – ausgeführt hat, ist für die Frage, ob einem Vertriebsbindungssystem ein flankierender wettbewerbs- oder auch markenrechtlicher Schutz zukommen kann, nicht mehr auf das Erfordernis der praktischen Lückenlosigkeit abzustellen. Denn der flankierende Schutz dient gerade dazu, dem Hersteller eine Möglichkeit an die Hand zu geben, (praktische) Lücken seines Systems zu schließen, indem er überprüft, ob die gebundenen Vertragshändler ihre vertraglich übernommenen Verpflichtungen einhalten, und gegebenenfalls gegen einen vertragsbrüchigen Händler vorgeht (BGHZ 142, 192, 203 – Entfernung der Herstellungsnummer; 143, 232, 236 ff. – Außenseiteranspruch II).

bb) Dagegen hat das Erfordernis der gedanklichen Lückenlosigkeit insofern nach wie vor Bedeutung, als der wettbewerbsrechtliche Schutz eines Nummernsystems einem gespaltenen Vertrieb, bei dem ein Teil eines einheitlichen Wirtschaftsraums über gebundene Händler, ein anderer Teil ohne Vertriebsbindung versorgt wird, nicht zugute kommen kann. Denn bei einer solchen Spaltung der Vertriebswege bestünde die Gefahr, daß der Hersteller das Nummernsystem einsetzt, um nicht nur die Vertragstreue der gebundenen Händler, sondern auch die Vertriebswege außerhalb des selektiven Vertriebs zu überwachen und beispiels-

weise preisaktive Händler vom weiteren Vertrieb auszuschließen. Stünde der lauterkeitsrechtliche Schutz auch einem lückenhaften Vertriebssystem zur Seite, wäre es etwa einem Hersteller mit Hilfe eines Nummernsystems möglich, die Märkte innerhalb der Europäischen Union in der Weise abzuschotten, daß der selektive Vertrieb auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt würde und Querlieferungen durch ungebundene Händler aus anderen Mitgliedstaaten durch die Weigerung weiterer Belieferung bestraft würden.

Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß dieses Erfordernis der einheitlichen Bindung der Abnehmer im Streitfall gegeben ist. Dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Klagevorbringen ist zu entnehmen, daß die Klägerin zu 1 ihre Erzeugnisse jeweils nur an alleinvertriebsberechtigte Vertragshändler – in Deutschland ist dies die Klägerin zu 2 – liefert, die ihrerseits nur Depositäre beliefern, mit denen vereinbart ist, daß sie die Erzeugnisse ausschließlich in ihren Fachgeschäften an Endverbraucher vertreiben. Ob dieses Vorbringen unstreitig war oder von der Beklagten hinreichend bestritten worden ist – der Tatbestand des Berufungsurteils ist insoweit widersprüchlich –, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Klärung.

cc) Auch im übrigen kann anhand der getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden, das Vertriebsbindungssystem der Klägerinnen sei rechtlich zu mißbilligen.

Nach deutschem 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. Dagegen hängt die kartellrechtliche Wirksamkeit eines selektiven Vertriebssystems bzw. der zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen nicht von der Lückenlosigkeit des Systems ab (BGHZ 142, 192, 199 – Entfernung der Herstellungsnummer, m.w.N.). 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.

Auch nach europäischem Recht sind selektive Vertriebssysteme bzw. die zugrundeliegenden Verträge – wie der Senat in der Entscheidung “Entfernung der Herstellungsnummer” (BGHZ 142, 192, 199 ff. m.w.N.) im einzelnen ausgeführt hat – nicht von vornherein unwirksam (Art. 81 Abs. 2 EG). Es handelt sich bei ihnen um einen mit Art. 81 Abs. 1 EG grundsätzlich zu vereinbarenden Bestandteil des Wettbewerbs, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer 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. Die Lückenlosigkeit eines selektiven Vertriebssystems stellt – 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

– Metro/Cartier). Fällt ein Vertriebsbindungssystem – wofür im Streitfall keine Anhaltspunkte bestehen – in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG, kommt

eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG 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, kann ebenfalls nicht davon ausgegangen werden, daß es sich um ein von der Rechtsordnung mißbilligtes und rechtswidriges Vertriebsbindungssystem handelt.

2. Auch die Verneinung eines Unterlassungsanspruchs der Klägerinnen aus §§ 4, 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 5, § 24 Abs. 2 MarkenG (vgl. BGHZ 143, 232, 243 – Außenseiteranspruch II) hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) In dem Vertrieb der Chanel-Erzeugnisse, bei denen die Umverpackungen auf die beanstandete Art und Weise verändert worden sind, liegt ein Anbieten von Waren unter dem geschützten Zeichen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 2 MarkenG). Auf Unterlassung gerichtete Ansprüche (§ 14 Abs. 5 MarkenG) kann neben der Klägerin zu 1 als Markeninhaberin mit ihrer Zustimmung auch die Klägerin zu 2 als Lizenznehmerin erheben (§ 30 Abs. 3 MarkenG), ohne daß dadurch die Klagebefugnis der Klägerin zu 1 berührt würde (vgl. BGHZ 138, 349, 354 – MAC Dog).

b) Nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Vorbringen kann sich die Beklagte demgegenüber nicht auf die Erschöpfung des Markenrechts (§ 24 Abs. 1 MarkenG) berufen. Denn die Klägerinnen können sich danach dem Weitervertrieb der – veränderten – Waren aus berechtigten Gründen widersetzen.

Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, daß berechnigte Interessen des Markeninhabers dann nicht vorliegen, wenn die ent-

fernten Kontrollnummern der Durchsetzung eines wettbewerbs- und kartellrechtlich nicht geschützten Vertriebsbindungssystems dienen (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 24 Rdn. 14; Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 24 Rdn. 57g). Anders verhält es sich aber, wenn das Vertriebsbindungssystem rechtlich nicht zu mißbilligen ist. Ist in einem solchen Fall mit der Entfernung der Nummern ein sichtbarer, die Garantiefunktion der Marke berührender Eingriff in die Substanz der Ware, des Behältnisses oder der Verpackung verbunden, besteht ein berechtigtes Interesse des Markeninhabers daran, daß die Ware nicht ohne die angebrachten Kontrollnummern weiterverbreitet wird.

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nach dem zugrundezulegenden Sachverhalt vor. Die Beklagte hat die durch die Marke gekennzeichneten Waren weitervertrieben, obwohl sie durch Entfernen der Cellophanumhüllung, durch Nadelung und durch Bestreichen der Packung mit einer Flüssigkeit sowie durch Herausschneiden des Strichcodes erkennbar verändert worden waren. Berechtigte Interessen des Markeninhabers, sich der Weiterverbreitung zu widersetzen, hat das Berufungsgericht trotz dieser Eingriffe nur deswegen verneint, weil es davon ausgegangen ist, daß das Vertriebsbindungssystem der Klägerinnen den Schutz der Rechtsordnung nicht verdient. Auf der Grundlage der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (dazu oben unter II.1.b und c) kann dem nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Klagevorbringen nicht beigetreten werden.

III. Das angefochtene Urteil kann unter diesen Umständen keinen Bestand haben. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat jedoch verwehrt. Denn es fehlen bislang Feststellungen dazu, ob die Klägerin zu 1 ihre Abnehmer einheitlich bindet. Zwar ist das entsprechende Vorbringen der Klägerinnen im Tatbestand des angefochtenen Urteils als unstrittig dargestellt (BU 4). Mit Recht

hat jedoch die Beklagte im Rahmen einer in der mündlichen Verhandlung erhobenen Gegenrüge darauf hingewiesen, daß der Tatbestand in diesem Punkt widersprüchlich ist; denn er stellt dasselbe Vorbringen an anderer Stelle als streitiges Klagevorbringen dar (BU 6) und führt auch ausdrücklich das Bestreiten der Beklagten auf (BU 8). Feststellungen, die in sich widersprüchlich sind, binden das Revisionsgericht nach § 561 Abs. 2 ZPO nicht (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1968 – VI ZR 179/67, LM ZPO § 314 Nr. 2; Urt. v. 13.4.1988 – VIII ZR 199/87, NJW-RR 1988, 959).

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren besteht Gelegenheit, die Frage der einheitlichen Bindung der Abnehmer zu klären. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß dieses Erfordernis eine andere Bedeutung hat als das Merkmal der gedanklichen Lückenlosigkeit im Rahmen des früher anerkannten Außenseiteranspruchs (dazu BGHZ 143, 232, 237 – Außenseiteranspruch II). Als Voraussetzung dieses Anspruchs diene es dazu darzutun, daß der Außenseiter nur mit Hilfe eines Vertragsbruchs in Besitz der Ware gelangt sein konnte. Das Berufungsgericht wird dagegen lediglich zu prüfen haben, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Klägerinnen ein gespaltenes Vertriebssystem unterhalten, bei dem ein Teil des Marktes unbeschränkt, ein anderer Teil durch gebundene Vertragshändler versorgt wird (s. oben unter II.1.c bb). Sind solche Anhaltspunkte nicht zu erkennen,

brauchen an den Nachweis der einheitlichen Bindung nicht notwendig dieselben hohen Anforderungen gestellt zu werden, die in der Vergangenheit im Rahmen des Außenseiteranspruchs an das Merkmal der gedanklichen Lückenlosigkeit gestellt wurden.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Pokrant