



es bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Wochen, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in Deutschland das Kennzeichen „Ed Hardy“ für Langarm-Shirts mit dem Ed Hardy-Motiv, einem gelben Ed Hardy-Schriftzug und der Aufschrift „MADE IN PORTUGAL“ auf einem im Kragen eingenähten Schildchen, wie in den Abbildungen auf Seite 10 und 11 der Klageschrift geschehen, zu benutzen, die weder durch die Klägerin und/oder Nervous Tattoo Inc. und/oder Ed Hardy Life LLC., noch mit deren Zustimmung in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind, insbesondere dieses Zeichen auf solchen Langarm-Shirts anzubringen und/oder unter diesem Zeichen solche Langarm-Shirts anzubieten und/oder zu diesem Zweck zu besitzen und/oder einzuführen;

II.  
der Klägerin Auskunft zu erteilen über

- a) die gewerblichen Abnehmer sowie die Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Langarm-Shirts gemäß Ziffer I.,
- b) Einkaufspreise und Verkaufspreise, sonstige über die Einkaufspreise hinausgehenden Gestehungskosten, und die mit dem Verkauf erzielten Nettoumsätze;

III.  
die in seinem Besitz befindlichen Langarm-Shirts gemäß Ziffer I. zu vernichten.

IV.  
Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser aufgrund des Anbietens oder in Verkehr Bringens von Langarm-Shirts gemäß Ziffer I. im geschäftlichen Verkehr entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/3 und der Beklagte 2/3 zu tragen.

---

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin aber nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 160.000,00 €.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 130 % der beizutreibenden Kosten abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## Tatbestand

Die Firma Hardy Life LLC. (im Folgenden LLC) ist Inhaberin der Gemeinschaftsmarken Don Ed Hardy (Bl. 18 d. A.) und Ed Hardy (Bl. 151/152 d. A.) jeweils für Waren der Klasse 25 (Bekleidungsstücke und Kopfbedeckungen).

Die Firma Nervous Tattoo Inc. (im Folgenden NTI) in Kalifornien ist gemäß Vereinbarung mit LLC vom 18.9.2005 weltweit exklusive Lizenznehmerin der Marken Ed Hardy und Don Ed Hardy (Bl. 155 – 162 d. A.) und die Klägerin exklusive Importeurin und Vertreiberin von Ed Hardy-Bekleidungsstücken in Deutschland und Österreich. Insoweit wird auf das Schreiben an die Klägerin vom 26.6.2007 in Bl. 20 – 23 d. A. verwiesen.

Der Beklagte bot Ende Juli 2008 über seine Homepage „“ Beklei-  
dung mit der Kennzeichnung „Ed Hardy“ an. Die Klägerin bestellte am 31.7.2008  
über die Testkäuferin ein blaues Langarm-Shirt mit dem Kennzei-  
chen Ed Hardy. Insoweit wird wegen des Aussehens des Langarm-Shirts auf die Ab-  
bildung in Bl. 10 d. A. und wegen des Testkaufs auf die Rechnung vom 5.10.2008 in  
Bl. 44 d. A. verwiesen. Das Shirt trägt in dem im Kragen eingenähten Schildchen die  
Aufschrift „MADE IN PORTUGAL“ (Bl. 11 d. A.).

Darauf hin wurde der Beklagte mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 20.8.2008 (Bl. 48 – 54 d. A.) abgemahnt.

Die Klägerin erwirkte bereits am 11.1.2008 gegen die  
~~GbR eine einstweilige Verfügung (Bl. 25 – 27 d. A.);~~ die  
nach Widerspruch durch Urteil des Landgerichts Frankenthal vom 26.3.2008 bestä-  
tigt wurde. Insoweit wird auf Bl. 28 – 38 d. A. verwiesen. Mittlerweile läuft insoweit  
vor dem Landgericht Frankenthal auch die Hauptsacheklage der Klägerin. Diese  
wurde im Hinblick auf ein Strafverfahren ausgesetzt.

Außerdem erwirkte die Klägerin am 16.9.2008 wegen des vorstehenden Testkaufs eine einstweilige Verfügung der Kammer.

Die Klägerin trägt vor, dass sich der vor dem Landgericht Frankenthal erwirkte Titel gegen die [redacted] GbR richte, nicht aber auch gegen den Beklagten persönlich. Deshalb sei die Klage nicht wegen entgegenstehender Rechtskraft eines anderen Titels unzulässig.

Die Klägerin trägt vor, dass in Portugal eine zeitlang Waren der Markeninhaberin produziert worden seien. Im September 2004 habe der Vorstand der Materialbeschaffung bei NTI, Vincent Audigier, die [redacted] mit der Produktion von T-Shirts und Kapuzen-Shirts beauftragt und zu diesem Zweck eine CD-Rom mit Grafiken des Künstlers Don Ed Hardy übergeben. Die [redacted] habe darauf hin im Dezember 2004 die portugiesische Textilfabrik [redacted] mit der Produktion beauftragt. Das Vertragsverhältnis habe zum Oktober 2006 geendet. Bis zu diesem Zeitpunkt habe [redacted] 179.177 Bekleidungsstücke hergestellt und an NTI ausgeliefert.

Das durch den Testkauf erworbene Shirt stamme jedoch nicht aus der Produktion in Portugal. Insoweit wird auf Bl. 46 d. A. verwiesen. Außerdem wird auf die Erklärung des Herrn [redacted], Geschäftsführer der [redacted], in Bl. 185 – 191 d. A. verwiesen.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für den Erschöpfungseinwand trage, weil die Grundsätze der stüssy II-Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht eingreifen würden. In dieser Entscheidung sei es nämlich unstrittig gewesen, dass Originalware verkauft worden sei. Vorliegend sei dies jedoch streitig, weil sie geltend mache, dass es sich bei dem Langarm-Shirt um eine Totalfälschung handele. Beim Verkauf von Fälschungen komme jedoch eine Beweislastmodifizierung nicht in Betracht. Denn die Frage der Originalität bzw. Plagiatseigenschaft von Markenware sei zu unterscheiden von der Frage, ob die Ware mit Zustimmung des Markeninhabers innerhalb der Europäischen Union in den Verkehr gelangt sei.

Die Klägerin macht einen Unterlassungsanspruch aus Artikel 9 GMV sowie Auskunftsansprüche und den Vernichtungsanspruch aus § 18 MarkenG geltend. Darüber hinaus begehrt sie Feststellung von Schadensersatzansprüchen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

I. es bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Wochen, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in Deutschland das Kennzeichen „Ed Hardy“ für Langarm-Shirts mit dem Ed Hardy-Motiv, einem gelben Ed Hardy-Schriftzug und der Aufschrift „MADE IN PORTUGAL“ auf einem im Kragen eingenähten Schildchen, wie in den Abbildungen auf Seite 10 und 11 der Klageschrift geschehen, zu benutzen, die weder durch die Klägerin und/oder Nervous Tattoo Inc. und/oder Ed Hardy Life LLC., noch mit deren Zustimmung in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind, insbesondere dieses Zeichen auf solchen Langarm-Shirts anzubringen und/oder unter diesem Zeichen solche Langarm-Shirts anzubieten und/oder zu diesem Zweck zu besitzen und/oder einzuführen;

II.

der Klägerin Auskunft zu erteilen über

- c) die gewerblichen Abnehmer sowie die Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Langarm-Shirts gemäß Ziffer I.,
- d) Einkaufspreise und Verkaufspreise, sonstige über die Einkaufspreise hinausgehenden Gestehungskosten, und die mit dem Verkauf erzielten Nettoumsätze;

## III.

die in seinem Besitz befindlichen Langarm-Shirts gemäß Ziffer I. zu vernichten;

## IV.

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser aufgrund des Anbietens oder Inverkehrbringens von Langarm-Shirts gemäß Ziffer 1 im geschäftlichen Verkehr entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor, dass das Verfahren vor dem Landgericht Frankenthal fälschlicherweise gegen die GbR geführt worden sei. Diese sei bereits zum 31.12.2007 beendet worden und werde seitdem vom Beklagten allein fortgeführt.

Der Titel gegen die GbR könne auch gegen den Beklagten persönlich vollstreckt werden, so dass es am Rechtsschutzinteresse für ein weiteres Verfahren gegen den Beklagten fehle. Außerdem erhebt der Beklagte wegen des Verfahrens vor dem Landgericht Frankenthal die Einrede der anderweitigen Rechtshängigkeit.

Der Beklagte bestreitet, dass NTI Lizenznehmerin der Marken Don Ed Hardy und Ed Hardy sei. Im Übrigen würden die Lizenzverträge auch gegen europäisches Kartellrecht verstoßen und seien deshalb nichtig. Insoweit wird auf den Vortrag des Beklagten auf den Seiten 3 und 4 seines Schriftsatzes vom 28.4.2009 in Bl. 359/360 d. A. verwiesen.

Der Beklagte trägt vor, dass die Klägerin beweispflichtig dafür sei, dass das von ihm angebotene Shirt nicht mit ihrer Zustimmung erstmalig in der EU produziert und von dort aus weiter vertrieben worden sei.

Das Shirt habe er von der Firma [ ] mit Sitz in [ ] erhalten.  
 Hinsichtlich der Firma [ ] habe mittlerweile das Landgericht Düsseldorf festgestellt, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Markenrechte gegenüber der Klägerin verletzt habe.

Die Firma [ ] habe ihren gesamten Warenbestand vom damaligen offiziellen Ed Hardy-Distributeur in [ ], der Firma [ ], erworben, bevor diese insolvent geworden sei.

Da NTI die Ed Hardy-Artikel über ein geschlossenes Vertriebssystem vertreibe, das derart gestaltet sei, dass für jedes Land ein Distributeur bestimmt und diesem untersagt sei, außerhalb seines eigenen Vertriebsgebiets zu verkaufen, handele es sich um ein ausschließliches Vertriebssystem mit der Folge, dass die Grundsätze der stüssy II-Entscheidung Anwendung finden würden.

Außerdem treffe die Klägerin eine sekundäre Darlegungslast, im Einzelnen darzulegen, dass das streitgegenständliche Shirt nicht aus der lizenzierten Produktion in Portugal stamme. Hierzu trage die Klägerin aber gar nichts vor. Insbesondere fehle es an einem Vortrag, dass die von ihm vertriebenen Ed Hardy-Bekleidungsstücke aus einer illegalen Nachproduktion der Firma [ ] nach Oktober 2006 stammen könnten. Vielmehr ergebe sich aus der Erklärung des Herrn [ ]; dass im Wesentlichen sämtliche der 1.200 verschiedenen Kunstwerke und Entwürfe des Künstlers Ed Hardy in der Produktion in Portugal entwendet worden seien und damit auch das streitgegenständliche Design auf dem Langarm-Shirt. Daraus folge zugleich, dass die Erklärung des Herrn Vicent Audigier, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Testkauf um eine Fälschung handele, falsch sei. Vielmehr handele es sich um Originalware, da die Ware aus legaler Produktion in Portugal stamme.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig

Der Klage gegen den Beklagten persönlich steht insbesondere nicht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Frankenthal vom 26. 03. 2008 entgegen. Denn insoweit geht es nicht um ein Urteil in einem Hauptsacheverfahren, sondern um ein einstweilige Verfügung bestätigendes Urteil. Zwar erwachsen auch Entscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren in materielle Rechtskraft. Diese beschränkt sich aber auf das Eilverfahren, will hier nicht über den materiellen Anspruch selbst, sondern nur über den Anspruch auf Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen des materiellen Anspruchs entschieden wird. Deshalb bindet eine Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren niemals den Richter, der über die Hauptsache zu entscheiden hat (Schuschke/Walker, 4. Aufl. § 922 ZPO R. 35).

Außerdem ist der Beklagte nicht Partei des Urteils des Landgerichts Frankenthal vom 26.3.2008, sondern die GbR. Aus einem gegen eine GbR als solche gerichteten Titel kann jedoch die Zwangsvollstreckung nicht gegen einen Gesellschafter stattfinden, selbst wenn er als Beklagter bezeichnet wird (Zöller/Stöber § 736 ZPO R. 2). Denn zur Unterlassung wurde nur die GbR verurteilt.

Da der Beklagte selbst vorträgt, dass die GbR schon zum 31.12.2007 beendet gewesen sei und er die GbR seit dem allein fortsetze, kommt auch keine Titelumschreibung nach § 727 ZPO in Betracht. Vielmehr geht der Titel nach diesem Vortrag offensichtlich ins Leere.

Ebenso wenig fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis.

Für eine Unterlassungsklage kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn die Klägerin bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt und das Unterlassungsbegehren mit dem Verbotsausspruch des Titels zumindest kernidentisch ist. Dies gilt aber nur, soweit ein Hauptsachetitel schon vorliegt, weil eine einstweilige Verfügung den Kläger im Hinblick auf § 927 ZPO nur unzureichend sichert. Da es sich bei dem Urteil des Landgerichts Frankenthal um ein solches im einstweiligen Verfügungsverfahren handelt, kann schon deshalb das Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Hauptsacheklage nicht verneint werden.

Außerdem richtet sich die einstweilige Verfügung gegen die GbR. Demgegenüber ist die Hauptsacheklage gegenüber dem Beklagten persönlich erhoben worden.

Ferner ist auch unklar, ob und inwieweit der Verbotsausspruch in der einstweiligen Verfügung vom 11.1.2008 mit dem vorliegenden Unterlassungsbegehren identisch oder kernidentisch ist. Im Hinblick auf die weite Fassung des Ausspruchs besteht vielmehr die Gefahr, dass der Tenor zu unbestimmt und deshalb für eine Zwangsvollstreckung ungeeignet ist mit der Folge, dass ein Ordnungsgeldantrag unzulässig wäre.

Auch soweit vor dem Landgericht Frankenthal die Hauptsacheklage läuft, liegt keine doppelte Rechtshängigkeit vor (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil es in beiden Verfahren um unterschiedliche Streitgegenstände geht.

Der Streitgegenstand wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH GRUR 2006, 421 – Markenparfümverkäufe). Deshalb liegen bei gleichem Antragswortlaut verschiedene Streitgegenstände vor, wenn es um unterschiedliche – wenn auch kerngleiche – Verletzungshandlungen geht. Dies ist nur dann anders, soweit ein Klageantrag von Anfang an auf verschiedene Verletzungshandlungen gestützt wird. Dann liegt in Bezug auf den in die Zukunft gerichteten Verbotsausspruch und die darauf gestützten Verletzungshandlungen ein Streitgegenstand vor. Es ist jedoch anerkannt, dass mit der späteren Einführung weiterer Verletzungshandlungen in einem Unterlassungsprozess ohne Änderung des Klageantrags eine Änderung des Streitgegenstands, d. h. eine Klageänderung, verbunden ist, auch wenn sich aus den nachgeschobenen Verletzungsfällen dieselbe Verletzungsform ergibt (BGH GRUR 2006, 421 – Markenparfümverkäufe).

Daraus folgt, dass beide Verfahren schon deshalb verschiedene Streitgegenstände haben, weil die später erhobene Unterlassungsklage des vorliegenden Verfahrens auf eine neue Verletzungshandlung gestützt wird. Gegenstand des Hauptsacheverfahrens in Frankenthal sind Angebote der GbR auf der Internetseite am 2.1.2008.

Vorliegend geht es um einen Testkauf am 31.7.2008. Bereits dies führt nach den vorstehenden Ausführungen zu unterschiedlichen Streitgegenständen.

Ebenso wenig fehlt es vorliegend in Bezug auf das Hauptsacheverfahren in Frankenthal am Rechtsschutzbedürfnis. Dies erfordert nämlich, dass die Klägerin bereits einen vollstreckbaren Titel in der Hauptsache gegen den Beklagten besitzt. Dies ist jedoch nicht gegeben.

Der Unterlassungsanspruch ist begründet, soweit es um das streitgegenständliche Langarm-Shirt – Testkauf vom 31.7.2008 – mit dem entsprechenden Ed Hardy - Motiv und dem Schriftzug Ed Hardy geht.

Insoweit ist die Klägerin nach Artikel 22 Abs. 3 Satz 1 GMV aktivlegitimiert. Dies ergibt sich zum einen aus dem Lizenzvertrag zwischen der Markeninhaberin LLC und der Lizenznehmerin NTI vom 18.9.2005 sowie zum anderen aus dem Schreiben vom 26.6.2007 an die Klägerin, das sowohl von NTI als auch von LLC unterschrieben wurde (Bl. 21 d. A.). Danach ist die Klägerin exklusive Lizenznehmerin für Deutschland und Österreich mit dem Recht, gegen Markenverletzungen im eigenen Namen gerichtlich vorzugehen (Zustimmung zur Prozessführung). Dies gilt für alle Ansprüche (Ingerl/Rohnke § 30 MarkenG R. 73).

Die Lizenzvereinbarungen sind nicht nach Artikel 81 EGV bzw. § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig.

Zwar handelt es sich bei den vereinbarten Alleinbezugsverpflichtungen um eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. des vorstehenden Artikels bzw. des § 1 GWB. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch nicht spürbar. Jedenfalls fehlt es insoweit an einem Vortrag des Beklagten.

Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal entwickelt worden. Nur spürbare Wettbewerbsbeschränkungen fallen unter das Kartellverbot des Artikel 81 EGV bzw. § 1 GWB.

Eine spürbare Beeinträchtigung liegt bei einer Absprache zwischen Nicht-Wettbewerbern (vertikale Wettbewerbsbeschränkung) vor, wenn ein Marktanteil von 15 % betroffen ist (Langen/Bunte Artikel 81 EGV R. 106 und § 1 GWB R. 242). Da vorliegend zwischen der Klägerin und NTI bzw. NTI und der Markeninhaberin kein Wettbewerb gegeben ist, ist die Spürbarkeitsschwelle erst überschritten, wenn NTI einen Marktanteil von 15 % auf den Markt in der Europäischen Union oder die Klägerin einen solchen Marktanteil in Deutschland hat.

Für die Feststellung der Marktanteile der Klägerin bzw. NTI am betroffenen Markt kommt es auf den sachlich relevanten Markt an. Insoweit ist davon auszugehen, dass dem relevanten Markt alle Produkte zuzurechnen sind, die aus Sicht potenzieller Kunden (Nachfrager) nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind (BGH NJW 2007, 1823, 1824). Hierbei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Insoweit ist nicht von einem Ed Hardy - Markt als sachlich relevanten Markt auszugehen, sondern es sind alle Marken-Shirts einzubeziehen, die preislich mit Ed Hardy-Shirts vergleichbar sind, weil insoweit eine Austauschbarkeit besteht. Mangels Vortrag kann nicht festgestellt werden, wie hoch der Anteil von Ed Hardy in Deutschland oder in der Europäischen Union innerhalb eines solchen Markts ist. Dies geht zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten.

Der Unterlassungsanspruch ist nach Artikel 9 Abs. 1 a begründet.

Denn der Beklagte hat ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen, Ed Hardy, für Waren, Bekleidungsstücke benutzt, für die das Zeichen geschützt ist.

---

Denn der Beklagte hat das auf Seite 10 der Klageschrift abgebildete Langarm-Shirt aufgrund einer Bestellung am 31.7.2008 verkauft. Dies hat der Beklagte nämlich nicht in erheblicher Weise bestritten.

Soweit der Beklagte im Termin bestritten hat, dass das im Termin vorgelegte Langarm-Shirt mit dem Langarm-Shirt, das die Testkäuferin bestellt hat, identisch sei, ist dieses Bestreiten unerheblich. Denn der Beklagte hat nicht bestritten, dass

das auf Seite 10 abgebildete Langarm-Shirt das Shirt ist, das die Testkäuferin am 31.7.2008 bestellt hat. Dies ist aber streitentscheidend, weil das in der Klageschrift abgebildete Langarm-Shirt streitgegenständlich ist. Im Übrigen ist die Kammer auch davon überzeugt, dass das im Termin vorgelegte Langarm-Shirt mit dem auf Seite 10 der Klageschrift abgebildeten Langarm-Shirt identisch ist. Dies ergab eine Inaugenscheinnahme des Langarm-Shirts im Termin.

Die Benutzung des Zeichens „Ed Hardy“ erfolgte auch ohne Zustimmung der Markeninhaberin bzw. der Lizenznehmerin NTI. Der Beklagte kann sich nämlich nicht auf Erschöpfung gemäß Artikel 13 Abs. 1 GMV berufen. Danach kann die Klägerin es dem Beklagten nicht verbieten, die Marke, wie auf dem Langarm-Shirt geschehen, zu benutzen, wenn die Marke, wie auf dem Langarm-Shirt benutzt, insbesondere mit dem streitgegenständlichen Ed Hardy-Motiv, mit Zustimmung der Klägerin oder NTI oder LLC in der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurde.

Da es sich bei der Erschöpfung um eine Einrede handelt, trägt der Beklagte grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Erschöpfung. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Beweisregel es dem Markeninhaber ermöglichen könnte, die nationalen Märkte abzuschotten und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den Mitgliedsstaaten zu begünstigen. Danach obliegt dem Markeninhaber bzw. seinem Lizenznehmer insbesondere dann, wenn die Markenware über ein ausschließliches Vertriebssystem in den Verkehr gebracht wird, der Nachweis, dass die Ware ursprünglich von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums in den Verkehr gebracht wurde, wenn der Dritte nachweisen kann, dass eine tatsächliche Gefahr der Abschottung der nationalen Märkte besteht (BGH GRUR 156, 158-stüssy II).

---

Die Gefahr einer Abschottung kann jedoch nur dann vorliegen, wenn es um lizenziert hergestellte Ware (Originalware) geht. Demgegenüber ist eine solche Gefahr nicht gegeben, wenn es sich um Fälschungen handelt, weil ein Markeninhaber im Rahmen eines geschlossenen Systems regelmäßig keine Fälschungen vertreibt. Danach hat es vorliegend bei den allgemeinen Beweisregeln zu bleiben, so lange nicht feststeht, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Langarm-Shirt um Originalware handelt. Dies ergibt sich insbesondere aus der Entscheidung des BGH in GRUR 2004, 156

ff., wonach die Beweisregel, dass der sich auf Erschöpfung Berufende die Darlegungs- und Beweislast trägt, dann zu modifizieren ist, wenn es streitig ist, ob Ware mit Zustimmung des Markeninhabers erstmals innerhalb oder außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums in den Verkehr gebracht wurde. Dies bedeutet, dass der Beklagte nur dann nicht die Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt der Erschöpfung trägt, wenn feststeht, dass es um Ware aus lizenzierte Produktion geht.

Da die Klägerin dem Beklagten vorwirft, Fälschungen zu verkaufen, ist es deshalb zunächst Sache des Beklagten darzulegen und zu beweisen, dass es sich bei dem verkauften, streitgegenständlichen Langarm-Shirt um Originalware handelt. Insoweit beruft sich der Beklagte darauf, dass er das Shirt von einer

die das Shirt von der ehemaligen offiziellen Lizenznehmerin in  
gekauft habe, erworben habe. Die Firma soll  
umfangreich Bekleidungsstücke, die in Portugal hergestellt worden seien, gekauft haben. Insoweit steht fest, dass auf dem im Kragen eingenähten Schildchen des streitgegenständlichen Langarm-Shirts die Aufschrift „MADE IN PORTUGAL“ steht.

Hierzu trägt die Klägerin vor, dass im Auftrag der Lizenznehmerin NTI in der Zeit von Dezember 2004 bis Oktober 2006 179.177 Bekleidungsstücke, die mit Grafiken des Künstlers Don Eduard Hardy versehen gewesen seien, in einer Fabrik in Portugal hergestellt worden seien. Allerdings stamme das streitgegenständliche Langarm-Shirt nicht aus dieser Produktion in Portugal. Vielmehr sei ein solches Design, wie auf dem Langarm-Shirt abgebildet, niemals mit Zustimmung der Firma NTI in Portugal produziert worden.

Diesen Vortrag hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung dahingehend konkretisiert, dass Langarm-Shirts mit dem gelben Schriftzug „Ed Hardy“ und den in der Abbildung auf Seite 10 wiedergegebenen Grafik nicht mit Zustimmung des Markeninhabers oder der Lizenznehmerin NTI in Portugal durch die Firma produziert worden sei.

Diesem Vortrag steht die Erklärung des Herrn in Bl. 185 -191 d. A. nicht entgegen. Daraus kann allenfalls entnommen werden, dass die auf Seite 10 der Klageschrift abgebildete Grafik mit Zustimmung der Firma NTI in der Produktion ver-

weñdet wurde. Dies sagt aber noch nichts darüber aus, in welcher Zusammensetzung diese Grafik mit dem Schriftzug Ed Hardy Verwendung gefunden hat. Dies lässt die Erklärung vielmehr offen.

Daraus folgt, dass die Klägerin ihrer sekundären Darlegungslast zu der Produktion in Portugal in ausreichendem Umfang nachgekommen ist, so dass es nunmehr Sache des Beklagten ist, das Gegenteil zu beweisen, nämlich, dass das streitgegenständliche Langarm-Shirt mit der Grafik und dem gelben Schriftzug Ed Hardy mit Zustimmung der Firma NTI produziert wurde. Anderenfalls ist von einer Fälschung auszugehen.

Hierfür genügt jedoch bereits der Vortrag des Beklagten nicht.

Denn allein die Umstände, dass das Langarm-Shirt von einer ehemaligen Lizenznehmerin in gekauft worden sein und diese die Ware in Portugal eingekauft haben soll, genügen nicht, um zu belegen, dass es sich bei dem Langarm-Shirt um Originalware handeln könnte. Denn hierfür müsste feststehen, dass das auf Seite 10 der Klageschrift abgebildete Langarm-Shirt mit Zustimmung der Lizenznehmerin NTI hergestellt wurde. Insoweit ist der Beklagte jedoch beweisfällig geblieben.

Demgegenüber kommt es nicht streitentscheidend darauf an, ob das streitgegenständliche Langarm-Shirt durch die Firma n der Zeit bis Oktober 2006 oder danach produziert wurde.

Denn es ist allein entscheidungserheblich, ob das streitgegenständliche Langarm-Shirt mit der auf Seite 10 der Klageschrift abgebildeten Grafik und dem gelben Schriftzug Ed Hardy mit Zustimmung der Firma NTI produziert wurde oder nicht. Nur wenn eine solche Produktion mit Zustimmung der Firma NTI erfolgt sein sollte, würde es sich um Originalware handeln, mit der Folge, dass die Klägerin die Beweislast trifft.

Der Auskunftsanspruch ist nach Artikel 22 Abs. 3 Satz 1, 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 GMV, §§ 19 Abs. 1, 2 und 5 MarkenG, 242 BGB, der Vernichtungsanspruch nach Artikel 22

Ab§. 3 Satz 1, 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 GMV, § 18 MarkenG und der Feststellungsantrag nach Artikel 22 Abs. 3 Satz 1, 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 GMV, § 14 Abs. 6 MarkenG begründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 269 Abs. 3, 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erging nach §§ 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

Der Antrag auf Schriftsatznachlass der Klägerin ist zurückzuweisen, da der Schriftsatz des Beklagten vom 28.4.2009 keinen neuen Tatsachenvortrag enthalten hat.

Nickel

Bachler

Schupp

