



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 6 U 3309/034

Entscheidung vom 1. Juli 2004

In dem Rechtsstreit

wegen Unterlassung u.a. (MarkenG)

erlässt der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. April 2004 folgendes

ENDURTEIL:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 06.05.2003 (9 HKO 12549/02) aufgehoben.

II. Die Klage wird abgewiesen.

III. Die Klägerinnen haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerinnen können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

V. Für beide Klägerinnen wird die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Gründe:

I.
Die Parteien streiten um das Vorliegen der Voraussetzungen der Erschöpfung der von den Klägerinnen geltend gemachten markenrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der

Schadensersatzpflicht gemäß §§ 14 Abs. 5, Abs. 6, Abs. 2 Nr. 1, 24 Abs. 1 Markengesetz, insbesondere um die Frage, unter welchen Umständen von einem Inverkehrbringen i. S. des § 24 Markengesetz auszugehen ist. Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird zunächst auf die Gründe des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Folgende Änderungen und Ergänzungen sind veranlasst: Die Klägerin zu 1) stellt her und vertreibt Damen- und Herrenschuhe unter der Marke "Lloyd". Sie ist u.a. Inhaberin der deutschen Wort-/Bildmarke Nr. 39862419, die beim Deutschen Patent- und Markenamt am 29.10.1998 angemeldet und am 26.11.1998 u.a. für "Schuhwaren" eingetragen wurde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlagenkonvolute K 1 und K 12 Bezug genommen.

Mit Vertrag vom 26.11.2001 (Anlage K 3) verkaufte die Klägerin zu 1) insgesamt 13.125 Paar Herrenschuhe der Marke Lloyd an eine Firma E -A Development Ltd. S.A. de C.V., vertreten durch deren Inhaber A C mit Sitz in Cancun, Mexiko (im folgenden Käuferin). In Ziffer 6. Abs. 1 und 2 des genannten Vertrages heisst es auszugsweise (aus der zur Anlage K 3 von der Klägerin zu 1) vorgelegten deutschen Übersetzung): "Der Käufer garantiert, dass die im Rahmen dieses Vertrags bestellten Produkte ausschließlich an Warenhäuser und Einzelhändler in Mexiko, wie in dem Geschäftsplan beschrieben, verkauft werden. Jeglicher Verkauf oder Export von Produkten, die im Rahmen dieses Vertrags bestellt werden, an einen Verbraucher in oder außerhalb von Mexiko oder an Warenhäuser, Einzelhändler in irgendeinem Land außerhalb Mexikos sind strikt verboten". Für den Fall der Verletzung dieser Beschränkungen der Käuferin haben die Parteien im folgenden Vertragsstrafen vereinbart. In Ziffer 2. des genannten Vertrages heißt es: "Die Preise für die nach diesem Vertrag zu liefernden Waren verstehen sich "CIF Cancun/Mexiko"". In der dem Vertrag anliegenden Spezifikation Nr. 1 heißt es: "Lieferung: ab Werk, Dezember 2001".

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 und die hierzu vorgelegte Übersetzung Bezug genommen.

Die zu liefernde Ware wurde von der Klägerin zu 1) in 3 Partien, nämlich am 14.12.2001, am 16.01.2002 und am 21.01.2002, jeweils der Spedition A International mit Sitz in Mailand zum Transport per LKW ab Werk Sulingen via Mailand nach Genua übergeben, von wo die Partien nach Mexiko verschifft werden sollten. In den Zoll- und Frachtpapieren (Anlagenkonvolute K 14 und K 15) ist die Klägerin zu 1) als Absenderin, als Frachtführer die Firma A als Empfängerin die Käuferin, als Auslieferungsort "FCA Genua" und bei Frankatur "CPT Genua" angegeben. Den Transport der drei Partien nach Genua hat die Firma A der Klägerin zu 1) am 31.12.2001 (Anlagenkonvolut K 14, K 14 a) und am 31.01.2002 (Anlagenkonvolut BB 1 a) in Rechnung gestellt. Mit Schreiben vom 18.01.2002 (Anlage K 13) teilte der Zeuge Jean-Claude H namens einer Firma D Group mit Sitz in der Schweiz, der für die Klägerin als Ansprechpartner fungierte, mit, dass die Rechnungen aus "steuertechnischen Gründen" auf die Firma E -A Development Ltd. mit Sitz in Tortola, British Virgin Islands, ausgestellt werden sollten. Dieser Bitte kam die Klägerin zu 1) nach (vgl. Anlagen B 2 bis B 4).

Soweit unstrittig sind alle drei Partien der streitgegenständlichen Waren jedenfalls nach Italien (Mailand oder Genua) gelangt, haben jedoch ihren Bestimmungsort in Mexiko zu keinem Zeitpunkt erreicht. Vielmehr wurden die streitgegenständlichen Waren unter im einzelnen streitigen Umständen von der genannten Firma D an die Beklagte und von dieser an verschiedene Filialen der K AG u.a. in München weiterverkauft.

Die Klägerin zu 2) stellt her und vertreibt u.a. Herrenhemden unter den Marken "eterna" und "eterna Excellent". Sie ist u.a. Inhaberin der deutschen Wort-/Bildmarke Nr. 02015680 "eterna", die beim Deutschen Patent- und Markenamt am 02.08.1991 angemeldet und am 19.06.1992 u.a. für Herrenhemden eingetragen wurde (Anlagenkonvolut K 2).

Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt im Juli 2001 (Anlagen K 7, K 8) verkaufte die Klägerin zu 2) 40.000 Hemden der Marken "eterna" und "eterna Excellent" an die bereits oben genannte Käuferin mit Sitz in Mexiko. In einem Schreiben der Käuferin vom 23.07.2001 (Anlage K 8) heißt es u.a. (auszugsweise aus der vorgelegten Übersetzung der Anlage K 8): "versichern wir ausdrücklich, dass wir die Handelsware, die uns geliefert wird, ausschließlich an den Endverbraucher verkaufen." Im weiteren wird für jeden Fall der nachgewiesenen Verletzung dieser vertraglichen Verpflichtung eine Vertragsstrafe versprochen. In der

Proforma-Rechnung gemäß Anlage K 7 heißt es u.a.: "Posten per Seefracht ab Werk". Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlagen K 7, K 8 und die hierzu vorgelegten Übersetzungen Bezug genommen. Die streitgegenständliche Ware wurde von der Klägerin zu 2) am 07.09.2001 in Passau an die Spedition V Subunternehmerin der Spedition S Transport AG, übergeben. In den Zoll- und Frachtpapieren (Anlagenkonvolut K 21) ist die Klägerin zu 2) als Absenderin, die Spedition V als Frachtführer, die Firma E -A Development Ltd. mit Sitz in Tortola, British Virgin Islands, als Empfängerin und als Auslieferungsort Genua, Italien angegeben.

Mit Schreiben vom 24.07.2001 an die Klägerin zu 2) (Anlage 22) hatte die Käuferin um Bestätigung gebeten, dass die Ware an die Firma E -A Development Ltd., Tortola, British Virgin Islands, geliefert und in Rechnung gestellt wird.

Soweit unstrittig, erreichte auch die Ware der Klägerin zu 2) niemals ihren Bestimmungsort in Mexiko, sondern wurde gleichfalls von der bereits genannten Firma D an die Beklagte verkauft, die jedenfalls einen Teil dieser Ware an die Firma M Großhandels GmbH weitervertrieb. Die Firma M Großhandels GmbH bewarb in ihrer Werbebroschüre "M Post" für den Verkaufsstart 09.03.2002 Hemden der Klägerin zu 2). Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien in der ersten Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Das Landgericht hat den Klagen in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte könne den geltend gemachten markenrechtlichen Ansprüchen der Klägerinnen nicht den Einwand der Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG entgegensetzen, weil die streitgegenständlichen Waren weder von der Klägerinnen selbst, noch mit deren Zustimmung durch Dritte im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Verkehr gebracht worden seien. Die Waren seien insbesondere entgegen der Meinung der Beklagten nicht durch Übergabe an die jeweilige Spedition in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebracht worden, wobei es sogar dahingestellt bleiben könne, wer die jeweilige Spedition beauftragt habe, weil "Absender" nach Art. 12 Abs. 1 CMR nur sein könne, wer Vertragspartner des Beförderers sei. Jedenfalls dann, wenn wie im Streitfall mit dem außerhalb des EWR ansässigen Käufer der Ware ein Vertrag dahingehend geschlossen worden sei, dass die Ware nur außerhalb des EWR in Verkehr gebracht werden dürfe, sei in der Übergabe der Ware an den Beförderer auch dann kein Inverkehrbringen zu erblicken, wenn der Beförderer ausschließlich Vertragspartner des Käufers sei und deshalb ab der Übergabe der Ware an ihn nicht mehr den Weisungen des Herstellers unterliege. Dies folge jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung aus der neuen Rechtsprechung des EuGH vom 20.11.2001 (Davidoff). Der Übergang der frachtrechtlichen Verfügungsbefugnis sei hiernach kein geeigneter Anknüpfungspunkt für ein Inverkehrbringen, vielmehr sei ein zusätzliches Willensmoment des Markeninhabers selbst zu fordern. An einem solchen Willensmoment fehle es bei der Übergabe der Ware an einen Spediteur zum Zwecke des Transports. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angegriffene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanziellen Sachvortrags im Wesentlichen geltend, die markenrechtlichen Ansprüche der Klägerinnen seien aus mehreren Gründen erschöpft i. S. des §24 Abs. 1 MarkenG. Zum einen seien die gesamten streitgegenständlichen Waren gemäß Kaufvertrag vom 26.11.2001 (Anlage K 3) bzw. vom 23.07.2001 (Anlagen K 7, K 8) von den Klägerinnen an ihrem jeweiligen Firmensitz in der Bundesrepublik Deutschland, das heißt ab Werk Sulingen bzw. ab Werk Passau, an von der Käuferseite beauftragte Speditionen, nämlich die Spedition A bzw. die Spedition V übergeben worden. Dadurch sei von den Klägerinnen die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt über die streitgegenständlichen Waren aufgegeben worden. Dementsprechend hätten auch die streitgegenständlichen Warenlieferungen den Europäischen Wirtschaftsraum zu keinem Zeitpunkt verlassen. Hierdurch hätten die Klägerinnen die streitgegenständlichen Waren i. S. des § 24 MarkenG in den Verkehr gebracht, wodurch eine Erschöpfung der Kennzeichenrechte der Klägerinnen eingetreten sei. Zum anderen seien die streitgegenständlichen Waren seitens der Klägerinnen tatsächlich an ein Unternehmen auf den British Virgin Islands verkauft und geliefert worden, was ebenfalls zur Erschöpfung führe. Die markenrechtlichen Ansprüche der Klägerin zu 1) würden im Übrigen auch daran scheitern, dass die Klägerin zu 1) mit rechtsverbindlicher Erklärung vom 08.02.2002 (Anlage K 24) gegenüber der Firma K Warenhaus AG, Köln, dem Vertrieb der

gesamten streitgegenständlichen Schuhe ausdrücklich zugestimmt habe. Auch durch eine derartige Freigabeerklärung trete Erschöpfung der Markenrechte ein.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Landgerichts München I vom 06.05.2003 aufzuheben und die Klagen der Klägerinnen abzuweisen.

Die Klägerinnen beantragen,
die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 06.05.2003 zurückzuweisen.

Die Klägerinnen verteidigen das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanziellen Sachvortrags.

Sie machen im Wesentlichen geltend, eine Erschöpfung der in Rede stehenden markenrechtlichen Ansprüche der Klägerinnen sei keineswegs eingetreten. Tatsächlich sei nämlich die Spedition A von der Klägerin zu 1) mit dem Transport der zu liefernden Schuhe an die Käuferin mit Sitz in Mexiko beauftragt worden, wobei der Versand zunächst mittels LKW via Mailand nach Genua und von dort mit dem Schiff nach Mexiko erfolgen sollte, wie sich dies aus den vorgelegten Fracht- und Zollpapieren (Anlagenkonvolute K 14, K 15) ergebe. Die Schuhe seien auch keineswegs "ab Werk" verkauft worden, wie sich aus Ziffer 2 des Vertrages vom 26.11.2001 (Anlage K 3) ergebe, wonach die Lieferung der Waren "CIF Cancun/Mexiko" vereinbart gewesen sei. Das Speditionsunternehmen V Bei zwar von Käuferseite ausgewählt, jedoch von der Klägerin zu 2) mit der Versendung der Ware vom Sitz der Klägerin zu 2) nach British Virgin Islands beauftragt worden. Im Übrigen seien die Rechnungen und Lieferungen auf Wunsch der Käuferin auf die mit der Käuferin namensgleiche Firma mit Sitz auf den British Virgin Islands ausgestellt worden, wie sich dies aus den Schreiben gemäß Anlagen K 13, K 22 ergebe. Die ändere aber nichts daran, dass die gesamten Waren an die Käuferin in Mexiko gelangen sollten. Unter diesen Umständen könne gar keine Rede davon sein, die Klägerinnen hätten innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums die Verfügungsgewalt über die streitgegenständlichen Waren aufgegeben. Auf die Erklärung der Klägerin zu 1) vom 08.02.2002 gemäß Anlage K 24 könne sich die Beklagte nicht berufen, denn diese sei einerseits gegenüber der Firma K Warenhaus abgegeben und entfalte andererseits keine Rückwirkung zugunsten der Beklagten.

Vor allem sind die Klägerinnen aber der Auffassung, dass es auf die Frage, wer schuldrechtlicher Auftraggeber der Spediteure gewesen ist und die Transporte bezahlt hat, nicht ankommen könne, denn die Ware werde keinesfalls durch Übergabe an einen Spediteur im erschöpfungsrechtlichen Sinne durch die Klägerinnen als Markeninhaberinnen in Verkehr gesetzt. Der Begriff des Inverkehrbringens i. S. des § 24 Abs. 1 MarkenG sei europarechtskonform auszulegen und bedeute, dass sowohl beim Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst als auch beim Inverkehrbringen durch Dritte mit Zustimmung des Markeninhabers ausdrücklich oder aufgrund konkludenten Handelns durch den Markeninhaber der mit Bestimmtheit feststellbare Wille hervorgetreten sein müsse, auf sein weiteres Vertriebssteuerungsrecht für den Bereich des EWR zu verzichten, also dem Vertrieb der Ware innerhalb des EWR zuzustimmen. Hiervon könne vorliegend keinesfalls die Rede sein. Selbst wenn man nach dem Beweisergebnis annehmen wollte, Auftraggeber der Speditionen seien nicht die Markeninhaberinnen gewesen, so wäre Auftraggeber der Speditionen aber auch nicht die Käuferin gewesen, sondern eine ohne Wissen der Klägerinnen dazwischengeschaltete dritte Gesellschaft, zu der die Klägerinnen keinerlei Vertragsbeziehungen gehabt hätten. Die Erlangung der tatsächlichen und/oder rechtlichen Verfügungsgewalt über die streitgegenständliche Markenware durch diese dritte Gesellschaft sei dann entgegen dem Willen der Markeninhaberinnen widerrechtlich durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erfolgt, was keinesfalls als Inverkehrbringen im erschöpfungsrechtlichen Sinne gewertet werden könne. Denn hiernach sei die Ware auf dem Transportweg abhanden gekommen und an abhanden gekommener Ware könne eine markenrechtliche Erschöpfung nicht eintreten.

Da zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Inverkehrbringen" gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG in der Tatbestandalternative Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst in jüngerer Zeit mehrere durchaus divergierende Entscheidungen unterschiedlicher Oberlandesgerichte ergangen seien und der Bundesgerichtshof auf die Nichtzulassungsbeschwerde der hiesigen Klägerin zu 2) die Revision gegen das

Urteil des Oberlandesgerichts München vom 05.06.2003 (29 U 1886/03; Anlage B 18) zugelassen habe (Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29.01.2004; Anlage zu Bl. 271 d. A.), sei das vorliegende Verfahren entweder gemäß § 148 ZPO auszusetzen oder zumindest die Revision zum Bundesgerichtshof zuzulassen. Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien und seiner Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien, die von ihnen in Bezug genommenen Urkunden und Unterlagen sowie die Sitzungsprotokolle vom 27.11.2003 (Bl. 219/223 d. A.) und vom 29.04.2004 (Bl. 246/258 d. A.) Bezug genommen.

Der Senat hat mit Verfügung vom 18.08.2003 (Bl. 194/195 d. A.) Hinweise gemäß § 139 ZPO erteilt, auf welche Bezug genommen wird. Ferner hat der Senat aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 27.11.2003 (Bl. 222 d. A.) und vom 29.04.2004 (Bl. 248 d. A.) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen B , H , M und Ma . Insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll vom 29.04.2004 (Bl. 246/258 d. A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.

Den Klägerinnen stehen die von ihnen gegen die Beklagte geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht nach § 14 Abs. 5, Abs. 6, Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht zu, weil die Klägerinnen als Markeninhaberinnen selbst die streitgegenständliche Markenware im Europäischen Wirtschaftsraum dadurch in Verkehr gebracht haben, dass sie sich innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt über die in Rede stehenden Waren begeben haben, sodass Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG eingetreten ist.

1. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Inverkehrbringen von Markenware durch den Markeninhaber selbst und damit vom Eintritt der Erschöpfung i. S. des § 24 Abs. 1 MarkenG auszugehen ist, ist umstritten.

Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung der Oberlandesgerichte Hamburg und München in den Entscheidungen vom 17.04.2003 (3 U 150/02; Anlage B 17), vom 05.06.2003 (29 U 1886/03; Anlage B 18) und vom 21.04.2004 (5 U 184/02; Anlage zum Schriftsatz der Klägerinnen vom 01.06.2004 Bl. 271 d. A.) an. Hiernach kommt es beim Inverkehrbringen von Markenware durch den Markeninhaber selbst für den Eintritt der Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG auf den Übergang der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt über die Ware im EWR an.

Die Begriffsprägung der Erschöpfung besagt, dass jemand, der eine mit einer Marke gekennzeichnete Ware in den Verkehr bringt, grundsätzlich mit dem Weitervertrieb dieses Wirtschaftsgutes auch unter dieser Kennzeichnung (stillschweigend) einverstanden ist und deshalb die wirtschaftstypische Zweckbestimmung des Warenhandels, nämlich den Weitervertrieb der unveränderten Originalprodukte, einem Dritten nicht untersagen kann. Dementsprechend weicht das Recht an einer Marke dem Gesichtspunkt der Verkehrsfähigkeit der Ware dort, wo der Markenrechtsinhaber selbst eine eigenveranlasste oder eine ihm zurechenbare Entäußerung des Wirtschaftsgutes gewollt hat (Oberlandesgericht Stuttgart, NJW-RR 1998, 482 m. w. N.). Demgemäß setzt der Eintritt der Erschöpfungswirkung nach § 24 Abs. 1 MarkenG das Inverkehrbringen der Ware im Bereich der EU oder des EWR entweder durch den Markeninhaber selbst oder durch Dritte mit seiner Zustimmung voraus (vgl. BGH GRUR 1996, 271 - Gefärbte Jeans). Im Erschöpfungsrecht stellt das Inverkehrbringen eine markenrechtserschöpfende Benutzungshandlung des Markeninhabers selbst dar, deren Auslegung sich am Zweck des Schrankenrechts auszurichten hat. Der Begriff des Inverkehrbringens ist nach dem richtlinienkonformen Normzweck des § 24 Abs. 1 MarkenG zu bestimmen, der dem Schutz der Warenverkehrsfreiheit der Originalware innerhalb des Territoriums der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums dient (vgl. Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24 MarkenG, Rdnr. 7 d). Entscheidend ist demnach, dass der Markeninhaber mit dem erstmaligen Inverkehrbringen eine Entscheidung über seine Markenrechte trifft, die endgültig sein muss, weil die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs weitere Eingriffsrechte des Markeninhabers nicht rechtfertigen können (Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 24 MarkenG, Rdnr. 7). Demgemäß muss sein Wille, die Ware in den Verkehr zu entlassen, wie er durch die Aufgabe der Verfügungsgewalt zum Ausdruck kommt, zum Ausgangspunkt genommen werden.

Soweit allerdings für die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an der Ware auf einen Dritten jede Art der körperlichen Übergabe als ausreichend angesehen wird, es also - entsprechend den Grundsätzen der Erschöpfung im Patentrecht (vgl. Benkard/Bruchhausen, Patentgesetz, 9. Aufl., § 9 PatentG, Rdnr. 43) - insbesondere nicht auf den Übergang der rechtlichen Verfügungsgewalt oder des Eigentums ankommt, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Die rein körperliche Übergabe der Ware an den Spediteur, Frachtführer oder Lagerhalter kann allein nicht ausreichen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Wille des Markeninhabers, die Ware in den Verkehr zu entlassen, wie er durch die Aufgabe der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt zum Ausdruck kommt, feststellbar ist. Dem wird die differenzierende Betrachtungsweise von Litten ("Inverkehrbringen" und "Erschöpfung" im neuen Markenrecht, WRP 1997, 678) gerecht, denn Litten will bei Einschaltung einer Transportperson das Inverkehrbringen davon abhängig machen, wer deren Auftraggeber ist, weil diese nicht im eigenen Interesse, sondern für den Auftraggeber beim Transport den Besitz ausübe. Dementsprechend hat auch das Oberlandesgericht Stuttgart (a.a.O.) darauf abgestellt, ob nach den beförderungsrechtlichen Vorschriften der Empfänger der Ware über diese verfügen kann oder nicht. Fezer (a.a.O.) vertritt für Lieferungen außerhalb eines Vertriebsbindungssystems eine entsprechende Meinung; solange der Warenempfänger vom Willen des Markeninhabers abhängig sei und seinen Weisungen unterliege, diene die Übergabe an den Spediteur oder Frachtführer nur dazu, den Vollzug des Handelsgeschäfts vorzubereiten.

Soweit allerdings Fezer (a.a.O.) den Eintritt der Erschöpfung dann verneinen will, wenn im Rahmen eines Vertriebssystems die Ware in den außereuropäischen Wirtschaftsraum geliefert wird, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Der Senat ist mit dem Oberlandesgericht Hamburg der Auffassung, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Markeninhaber die Ware einem "gebundenen" oder einem "ungebundenen" Käufer überlässt, denn das hätte zur Folge, dass der Begriff des "Inverkehrbringens" bei äußerlich völlig identischen Vorgängen von Kriterien abhinge, die nach außen in keiner Weise zum Ausdruck kommen. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen kann es daher nicht auf einen nach außen hin nicht zum Ausdruck gekommenen etwa entgegenstehenden Willen der Markeninhaberinnen ankommen, wenn diese die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt über die Markenware innerhalb des EWR aufgegeben haben. Deswegen können sich die Klägerinnen auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie mit der Käuferin jeweils vertragliche Verfügungsbeschränkungen vereinbart haben, nämlich gemäß Ziffer 6. des Vertrages vom 26.11.2001 (Anlage K 3) bzw. gemäß Schreiben der Käuferin vom 23.07.2001 (Anlage K 8). Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 20.11.2001 (WRP 2002, 65 - Zino Davidoff) steht der vorstehenden Beurteilung, nach der es bei einem Inverkehrbringen durch den Markeninhaber für die Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG auf den Übergang der Verfügungsgewalt über die Ware innerhalb des EWR ankommt, nicht entgegen. Dort ging es um die Zustimmung des Markeninhabers zu einem Inverkehrbringen durch Dritte im EWR von mit der betreffenden Marke versehenen Waren, die zuvor vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung außerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden waren. Im Streitfall geht es dagegen um das erstmalige Inverkehrbringen von mit der betreffenden Marke versehenen Waren im EWR durch den Markeninhaber selbst; bei dieser Konstellation ist über die Aufgabe der Verfügungsgewalt seitens des Markeninhabers hinaus kein weiteres Willenselement erforderlich. Mit der Aufgabe der Verfügungsgewalt über die Ware haben die Klägerinnen als Markeninhaberinnen von ihrem Recht, das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren im EWR zu kontrollieren, Gebrauch gemacht. Auf die vertraglichen Beziehungen zwischen Markeninhaber und Käufer einschließlich etwaiger vertraglicher Vertriebsbeschränkungen, die dem Käufer auferlegt sind, kommt es für das Inverkehrbringen durch den Markeninhaber nicht an (vgl. auch EuGH a.a.O. Tz 65 zur Unerheblichkeit nationaler Rechtsvorschriften über die Wirksamkeit von Verkaufsbeschränkungen gegenüber Dritten für den Fortbestand oder das Erlöschen des Markenrechts).

2. Hiervon ausgehend sind die markenrechtlichen Ansprüche der Klägerinnen erschöpft, weil beide Klägerinnen sich auf der Grundlage des Parteivortrags in Verbindung mit dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt über die streitgegenständliche Markenware begeben und diese damit, wenn nicht schon im Inland, so jedenfalls aber in Genua, dem in den Frachtbriefen angegebenen Auslieferungsort des Gutes, in Verkehr gebracht haben.

2.1. In Bezug auf die Klägerin zu 1) hat der Zeuge H, vormaliger Geschäftsführer und derzeitiger

Verwaltungsratspräsident der Firma D angegeben, die streitgegenständlichen Schuhe seien ihm von der Firma E -A zum Kauf angeboten worden, und er habe sie gekauft, nachdem er seinerseits einen Abnehmer, nämlich die Beklagte, gefunden habe. Nach Abschluss des Kaufvertrags mit E -A habe er namens der Firma D die Spedition A damit beauftragt, die Schuhe bei der Klägerin zu 1) abzuholen und zunächst nach Italien (Genua) zu bringen, von wo die Schuhe wiederum durch die Firma A nach Memmingen geliefert worden seien. Die Firma A sei der Spediteur der Firma D . Da die Lieferbedingung der Klägerin zu 1) "FCA - Genua" gewesen sei, also Free Carrier Agency, habe die Klägerin zu 1) die Lieferung bis Genua bezahlt. FCA bedeute, dass die Ware auf Kosten des Verkäufers bis zu einem bestimmten Ort (hier: Genua) verbracht werde und dort an den Käufer übergeben werde. Dementsprechend seien die vorliegend streitgegenständlichen Schuhe in Genua abgeladen und anschließend von A nach Memmingen zur Beklagten geliefert worden.

Der Zeuge M , ehemaliger Angestellter bei der Firma A , hat angegeben, der Transport der streitgegenständlichen Schuhe sei nicht auf Rechnung der Klägerin zu 1), sondern auf Rechnung des Empfängers durchgeführt worden. Seiner Erinnerung nach sei der Empfänger die Firma D gewesen, diese habe auch der Firma A den Auftrag erteilt. Er erinnere sich, dass die Ware auf Weisung des Empfängers in das Lager der Firma A nach Mailand gekommen sei. Soweit er sich erinnern könne, sei dann die Weisung der Firma D abgewartet und schließlich die Ware wieder nach Deutschland transportiert worden. Die Zeugin Ma Angestellte bei der Klägerin zu 1), hat angegeben, sie habe als Exportsachbearbeiterin die ganze Abwicklung überwacht und nach Fertigstellung der ersten Partie die Versendung vorbereitet. Sie habe mit der Spedition A in Mailand sowie mit dem Ansprechpartner der Klägerin zu 1), dem Zeugen H , telefoniert. Sie habe auch den Speditionsauftrag an die Firma A selbst geschrieben, erteilt und unterschrieben. Dem habe zugrunde gelegen, dass sich die Klägerin zu 1) mit ihrer Vertragspartnerin, der Firma E -A , dahin geeinigt habe, dass die Schuhe auf Kosten der Klägerin nach Genua gebracht werden sollen. Sie habe daher A den Auftrag gegeben, die Schuhe nach Genua zu bringen. Von dort aus hätten die Schuhe in einer Sammelladung mit anderen Textilien nach Mexiko geschickt werden sollen. Wer diese Versendung übernehmen sollen, wisse sie nicht, jedenfalls nicht die Klägerin zu 1). Die Vereinbarung "FCA - Genua" sei in Abweichung von den schriftlichen Vertragsvereinbarungen auf Wunsch des Kunden, der Firma E -A , zustande gekommen.

Auf dieser Grundlage steht zur Überzeugung des Senats fest, dass sich die Klägerin zu 1) der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt über die Streitgegenständliche Markenware innerhalb des EWR, nämlich spätestens in Genua, Italien, begeben hat. Jenseits der Frage, ob die Firma A für den Transport ab Werk Sulingen bis Genua tatsächlich von der Klägerin zu 1) oder von der Firma D beauftragt wurde, steht nach den glaubwürdigen Angaben der Zeugen H und Ma fest, dass die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt über die streitgegenständlichen Schuhe jedenfalls in Genua auf die Käuferin übergehen sollte. Die Angaben des Zeugen H und der Zeugin Ma decken sich in diesem Punkt auch mit den von der Klägerin vorgelegten Zoll- und Frachtpapieren (Anlagenkonvolute K 14, K 15), in denen als Auslieferungsort "FCA Genua" und bei Frankatur "CPT Genua" angegeben ist. Zutreffend hat die Zeugin Ma auch angegeben, dass es sich bei der Vereinbarung "FCA Genua" um eine Abweichung von den schriftlichen Vereinbarungen handelte. In Ziffer 2 des Vertrages vom 26.11.2001 (Anlage K 3) war nämlich vereinbart, dass sich die Preise für die nach diesem Vertrag zu liefernden Waren "CIF Cancun/Mexiko" verstehen, woraus folgt, dass die Versandkosten (Cost, Insurance, Freight) nach den ursprünglichen Vereinbarungen bis Mexiko von der Klägerin zu 1) zu tragen gewesen wären. Während die Angaben des Zeugen M im Hinblick auf dessen unsicheres Erinnerungsvermögen keine ausreichend sichere Grundlage bieten, haben sich Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Angaben der Zeugen H und Ma aus der Sicht des Senats nicht ergeben.

2.2. Im Zusammenhang mit der Klägerin zu 2) hat der Zeuge H angegeben, die streitgegenständliche Markenware der Klägerin zu 2) habe er von der Firma E -A gekauft, nachdem er dafür einen Abnehmer, nämlich die Beklagte, gefunden habe. Dies sei ungefähr im Frühsommer 2001 gewesen. Anschließend habe er die Firma S namens der Firma D damit beauftragt, die Ware bei der Klägerin zu 2) in Passau abzuholen und anschließend nach Memmingen zu bringen.

Der Zeuge B , seinerzeit Geschäftsführer der Firma S hat angegeben, die Firma S sei von der Firma D mit dem Transport der streitgegenständlichen Markenware von Passau über Rankweil nach Memmingen beauftragt worden. Die Firma V sei eine Subunternehmerin der Firma S gewesen, die mit der Durchführung

des Transports von der Firma S beauftragt und dafür auch bezahlt worden sei. Auf Vorhalt der Frachtpapiere gemäß Anlagenkonvolut K 21 hat der Zeuge ergänzend angegeben, aus den Unterlagen folge nur, dass die Ware von der Firma eterna in Passau übernommen worden sei. Diese Unterlagen, welche von der Firma eterna ausgestellt worden seien, seien für den Spediteur - was den Zielort angehe - nicht verbindlich. Dieser habe aus schließlich den Weisungen seines Auftraggebers zu folgen. Dieser sei die Firma D gewesen, von welcher die Firma S auch bezahlt worden sei. Auf dieser Grundlage steht zur Überzeugung des Senats fest, dass sich die Klägerin zu 2) mit der Übergabe der streitgegenständlichen Hemden an die Spedition V in Passau tatsächlich und rechtlich der Verfügungsgewalt über die Ware begeben und diese damit in Verkehr gebracht hat.

Dieses Ergebnis steht auch mit der von der Klägerin zu 2) gestellten Rechnung gemäß Anlage K 7 sowie mit der eingereichten Ausfuhranmeldung gemäß Anlagenkonvolut K 21 in Übereinstimmung, wonach von einem Ex-Works-Kaufvertrag auszugehen ist, bei dem der Transport ab Werk der Käuferseite obliegt. Die Klägerin zu 2) kann auch nicht aus Art. 9 Abs. 1 CMR (Beweiswirkung des Frachtbriefs) ableiten, sie sei auch nach der Übergabe der Ware an die Spedition V gemäß Art. 12 CMR frachtrechtlich verfügungsbefugt geblieben. Die Beweiswirkung des Art. 9 Abs. 1 CMR kommt nämlich im Streitfall nicht zum Tragen, weil die Klägerin zu 2) nicht Absender, d. h. Vertragspartner des Beförderers, sondern sogenannter Drittablader war.

2.3. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen kann bei dieser Sachlage auch nicht davon ausgegangen werden, die streitgegenständliche Markenware sei auf dem Transportweg "abhanden" gekommen, weil eine ohne Wissen der Klägerinnen dazwischengeschaltete dritte Gesellschaft (gemeint ist wohl die Firma D) die tatsächliche und/oder rechtliche Verfügungsgewalt an der streitgegenständlichen Markenware entgegen dem Willen der Markeninhaberinnen widerrechtlich durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt habe. Hierzu ist zunächst zu sagen, dass von einem "Abhandenkommen", etwa i. S. des § 935 BGB, nur ausgegangen werden könnte, wenn und soweit den Klägerinnen die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt über die in Rede stehende Ware gegen ihren Willen entzogen worden wäre. Davon kann unter den vorliegend obwaltenden Umständen aber nicht ausgegangen werden, denn beide Klägerinnen haben sich der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt über die streitgegenständliche Markenware selbst begeben. Dass die Ware im Anschluss an die Aufgabe der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt seitens der Klägerinnen nicht den von den Klägerinnen erwarteten und/oder gewollten weiteren Weg genommen hat, genügt für die Annahme eines Abhandenkommens in diesem Sinne nicht. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Ware aus der Sicht der bestimmungsgemäßen Empfängerin, nämlich der Käuferin, welcher die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt an der Ware innerhalb des EWR auch nach dem Willen der Klägerinnen übertragen werden sollte, keineswegs abhanden gekommen ist, denn die Käuferin hat diese Ware an die Firma D weiterverkauft. Bei dieser Lage kann auch nicht angenommen werden, die Firma D habe die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt widerrechtlich durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Revision war zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Hierbei war insbesondere zu berücksichtigen, dass sich der Senat der Auffassung des Oberlandesgerichts München im Urteil vom 05.06.2003 (29 U 1886/03; Anlage B 18) angeschlossen hat und der Bundesgerichtshof auf die Nichtzulassungsbeschwerde der hiesigen Klägerin zu 2) mit Beschluss vom 29.01.2004 (I ZR 162/03; Anlage zu Bl. 271 d. A.) die Revision gegen das genannte Urteil zugelassen hat.

(Unterschriften)