



# BUNDESPATENTGERICHT

*Abschrift*

25 W (pat) 291/02

---

**(AktENZEICHEN)**

An Verkündungs statt  
zugestellt am  
18.08.2004 an BFührer  
20.08.2004 an weiteren Bet.

...

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend die Marke 398 24 711**

**hier: Antrag auf Umschreibung**

hat der 25. Senat (Markenbeschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Engels

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. August 2002 aufgehoben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zur Fortführung des Verfahrens zurückverwiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe:**

**I.**

Mit Schreiben vom 15. Mai 2002 beantragten die Inhaber der am 29.9.1998 eingetragenen Bild-Marke 398 24 711

B...,

S...,

W...,

K...,

L...,

F...,

D... und

P

die Umschreibung ihrer Marke auf die B1... GbR, C...straße  
in B....

Der Umschreibungsantrag wurde mit Beschluss der Markenabteilung 9.1. vom 26. August 2002 durch eine Beamtin des gehobenen Dienstes zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass nach der neuen BGH-Rechtsprechung (NJW 2001, 1056) grundsätzlich auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden: GbR) als Inhaberin einer Marke gemäß § 7 Nr 3 MarkenG in Betracht kommen könne. An der Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Übertragung der Marke 398 24 711 auf die B1... GbR bestünden auch keine Zweifel. Der Antrag könne jedoch aus formellen Gründen keinen Erfolg haben, denn zu den Mindestanforderungen für eine Markenmeldung gehörten Angaben zur Feststellung der Identität des Anmelders nach § 32 Abs 2 Nr 1 MarkenG iVm § 31 MarkenVO. Für eine Umschreibung auf den oder die neuen Inhaber einer Marke könne nichts anderes gelten, da § 31 Abs 2 Nr 2, § 5 Abs 3 S. 2, Abs 1 Nrn 1 und 3 MarkenV im Falle einer GbR Angaben zu allen Gesellschaftern verlangten. Bei Anwaltskanzleien sehe das DPMA die Benennung der Sozii und die Angabe der gemeinsamen Kanzleienschrift als ausreichend an. Es bestehe kein Anlass, auf dieses Formerfordernis zu verzichten, zumal die GbR in kein dem Handelsregister entsprechendes Register eingetragen werde. Auch der BGH habe diesen Aspekt nicht außer Acht gelassen, diesen für die Frage der Parteifähigkeit aber als nicht so schwerwiegend angesehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 30. September 2002 mit der Begründung, dass wegen der BGH-Entscheidung vom 29. Januar 2001 (NJW 2001, 1056) von der Rechtsfähigkeit der GbR auszugehen sei.

Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wie zB dem Vertragsrecht bestehe ein Bedürfnis für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR. Dies gelte auch für die Inhaberschaft an einer Marke. Da die Marke in Ausübung der GbR und nicht von den einzelnen Gesellschaftern verwendet werde, entstünde auch keine Rechtsunsicherheit. Die Entscheidung des BGH vom 18. Februar 2002 (NJW 2002, 1207) stehe dem nicht entgegen. Zwar habe dort der BGH seine Rechtsauffassung dahingehend eingeschränkt, dass die Rechtsfähigkeit der GbR durch besondere Rechtsvorschriften oder die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses beschränkt sein könne. Dies spiele im Zusammenhang mit der Eintra-

gungsfähigkeit einer Marke zugunsten einer GbR aber keine Rolle. Markenrechtliche Besonderheiten seien insoweit nicht erkennbar. Die „Ballermann“-Entscheidung sei durch die genannten anderen beiden BGH-Entscheidungen überholt. Die nach § 7 MarkenG erforderliche Rechtsfähigkeit habe der BGH der GbR zuerkannt. Auf die ursprüngliche Begründung zu § 7 MarkenG könne daher nicht mehr zurückgegriffen werden.

Da das Deutsche Patent- und Markenamt die neue Rechtsprechung des BGH nicht beachtet habe, rechtfertige sich die Rückzahlung der Beschwerdegebühr.

Die Antragsteller beantragen,

den Beschluss des DPMA vom 26. August 2002 aufzuheben  
und die Beschwerdegebühr zurückzuerstatten.

Auf den Beschluss des Senats vom 22. Januar 2004 hat der Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts mit Schreiben vom 5. April 2004 den Beitritt zum Verfahren gemäß § 68 Abs 2 MarkenG erklärt und beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hat dazu ausgeführt, dass wegen der neuen Rechtsprechung des BGH die Markenrechtsfähigkeit der GbR zwar grundsätzlich anerkannt werden könnte. Die noch geltende Gesetzeslage gebe dem Deutschen Patent- und Markenamt derzeit aber keine Grundlage, die GbR als Inhaberin eines Markenrechts in das Register einzutragen. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, § 7 MarkenG entsprechend anzupassen und damit eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Auch die amtliche Begründung dieser Bestimmung gehe davon aus, dass die GbR nicht Inhaberin eines Markenrechts sein könne. Davon zu trennen sei die Frage, wie und mit welchen Angaben eine Eintragung erfolgen solle. Hierzu teile das Deutsche Patent- und Markenamt die im Beschluss vom 22. Januar 2004 dargelegte Auffassung des Senats. Für die Erstattung der Beschwerdegebühr bestehe kein Anlass. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde werde angeregt.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsteller führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt nach § 70 Abs 3 Nr 1 MarkenG. Nach Auffassung des Senats kann eine Außen-GbR nach § 7 Nr 3 MarkenG Inhaberin eines Markenrechts sein und grundsätzlich als solche unter ihrem Namen in das Markenregister eingetragen werden.

1. Wie bereits im Senatsbeschluss vom 22. Januar 2004 dargelegt, ist die vorliegende Frage, ob eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Inhaberin von Markenrechten sein kann, vom 1. Senat des BGH in der „Ballermann“-Entscheidung vom 24. Februar 2000 (GRUR 2000, 1028) unter Berufung auf § 7 MarkenG zwar ursprünglich verneint worden. Nach der hierzu veröffentlichten Begründung (BIPMZ Sonderheft „Das neue Markengesetz“ 1994, S 63) wurde insbesondere der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und auch der Partnerschaft iSd Partnerschaftsgesetzes die Fähigkeit zugesprochen, Inhaberin einer Marke zu sein, nicht jedoch der GbR.

a. Nach der BGH-Entscheidung des 2. Senat vom 29. Januar 2001 (NJW 2001, 1056) besitzt die (Außen-)GbR – ohne juristische Person zu sein – nunmehr als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich Rechtsfähigkeit, soweit nicht im Einzelfall besondere Gründe entgegenstehen.

Diese Entscheidung hat Zustimmung erfahren. Auch in der markenrechtlichen Literatur wurde sie überwiegend begrüßt (so bereits Thun GRUR 1999, 862; Eckey/Klippel, MarkenG, 2003, § 7, Rdnr 3; Fezer, MarkenG, 3. Aufl. 2001, § 7, Rdnr 34 ff und in: Festschrift für Peter Ulmer, De Gruyter Recht Berlin, 2003, 119; Starck MarkenR 2001, 89 ohne weitere Begründung; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl 2003, § 7, Rdnr 12 ff; aA Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl 2003, § 7, Rdnr 8 mit Hinweis darauf, dass die geänderte Rechtsprechung auf die Außen-GbR bezogen sei und § 5 Abs 3 Satz 2 MarkenV Angaben zu sämtlichen Gesellschaftern erfordere; im Registerverfahren sei die GbR weiterhin im wesentlichen als Anmelder- bzw Inhabergemeinschaft zu behandeln) und darauf hingewiesen,

dass die „Ballermann“-Entscheidung des BGH (GRUR 2000, 1028) nun obsolet geworden sei (so Starck MarkenR 2001, 89; Eckey/Klippel, MarkenG, 2003, § 7, Rdnr 3).

**b.** In den Entscheidungen vom 16. Juli 2001 (NJW 2001, 3121) und vom 28. Februar 2002 (NJW 2002, 1207) ist der BGH auf die im Zusammenhang mit einer Registrierung der GbR vorgebrachten Bedenken (vgl hierzu Dümig RPfl 2002, 53; Ann, Anm in Mitt 2001, 181; B. Schmid GRUR 2001, 653; Heil NJW 2001, 2158; K. Schmidt NJW 2001, 953) eingegangen und hat klargestellt, dass wegen der besonderen Funktionen und Anforderungen des Handelsregisters oder des Grundbuchs an die Registerpublizität die GbR nicht uneingeschränkt registerfähig sei, ohne dabei aber seine Grundsatzentscheidung in Frage zu stellen. Er hat vielmehr hervorgehoben, dass die fehlende Publizität der GbR eine Mitteilungspflicht über die Vertretungsverhältnisse iSv § 714 BGB und über den jeweiligen Gesellschafterbestand erfordere.

**2.** Der Senat sieht keine durchgreifenden Argumente, die für den Bereich des Markenrechts wegen der Funktion des Markenregisters und der Sicherheit des Rechtsverkehrs die Registerfähigkeit der GbR – anders als im Grundbuch oder Handelsregister – in Frage stellen könnten. Auch der Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts vertritt in seiner Stellungnahme vom 5. April 2004 diese Auffassung.

**a.** Dass die GbR nicht in ein dem Grundbuch oder dem Handelsregister entsprechendes Register eingetragen wird, stellt nach Auffassung des BGH in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001 (NJW 2001, 1056) kein Hindernis für die Annahme der Rechtsfähigkeit dar. Die Probleme, die sich bei der Ermittlung ergeben könnten, ob eine Personenmehrheit als Außen-GbR organisiert sei, seien nicht derart schwerwiegend, dass die Rechtsfähigkeit der GbR zu verneinen sei. Im Aktivprozess hält der BGH es für zumutbar, die Gesellschaft eindeutig identifizierbar zu beschreiben, zB durch Bezeichnung der Gesellschafter, der Vertreter der Gesellschafter und der Bezeichnung, unter der die GbR im Verkehr auftritt. Im Passivprozess sollten neben der GbR wegen der persönlichen Haftung zugleich auch die Gesellschafter verklagt werden, insbesondere wenn nicht klar sei, ob eine Außen-GbR vorliege. Soweit dies zu verneinen wäre, würde die Klage ledig-

lich insoweit, nicht aber gegen die Gesellschafter abgewiesen (vgl hierzu OLG Zweibrücken NJW 2004, 522 mwN). Wenn sich in der Zwangsvollstreckung herausstelle, dass kein Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, blieben somit noch die Titel gegen die Gesellschafter. Die Rechtsverfolgung werde jedenfalls nicht dadurch erschwert, dass auf einem Scheck die Gesellschaft (nur) unter ihrem Namen aufgeführt sei (vgl BGHZ 136, 254).

**b.** Anders als das Markenregister schützen das Grundbuch bzw das Handelsregister den öffentlichen Glauben iSd § 892 BGB bzw § 15 HGB, wohingegen die Inhaberschaft an einer Marke gemäß § 28 Abs 1 MarkenG lediglich widerlegbar vermutet wird, ohne dass von der Eintragung eine derartige Publizitätswirkung ausgeht (Ingerl/Rohnke, aaO, § 28, Rdnr 5; Fezer, aaO, § 41, Rdnr 4). Auch wirkt die Eintragung anders als im Grundbuchverfahren oder auch im handelsregisterlichen Verfahren nicht konstitutiv, sondern hat – nur – verfahrensrechtliche Bedeutung (Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 27, Rdnr 72 ff zur GMV; § 28, Rdnr 7 ff), weil sie die Identifizierbarkeit und den Nachweis der Legitimation der Markeninhaberin sowie die Kontaktaufnahme erleichtern soll. Soweit also Änderungen im Bestand der Gesellschafter eintreten, dem DPMA aber nicht mitgeteilt werden, entspricht die Auflistung der Gesellschafter im Markenregister nicht der tatsächlichen Situation. Die vom BGH hervorgehobene Verpflichtung, im Falle der GbR als Kommanditistin auch Angaben zu den Gesellschaftern in das Handelsregister einzutragen und so den Gesellschafterbestand zu dokumentieren, ist demgegenüber in der Besonderheit des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters (§ 15 HGB) und der fehlenden Registerpublizität der GbR begründet. Insoweit betrifft die Entscheidung eine andere Sachlage, als sie das Markengesetz vorgibt. Zwar hatte der BGH in seiner og Entscheidung auch die Forderung nach Mitteilung von Änderungen im Gesellschafterbestand aufgestellt, weil dies Probleme im Zusammenhang mit Haftungsfragen zwar eingetragener, aber nicht gelöschter Gesellschafter gegenüber Gläubigern der GbR vermeiden helfe. Diese Erwägungen sind mangels einer entsprechenden Publizitätswirkung der Registereintragung nicht uneingeschränkt auf das Markenrecht anwendbar. Dementsprechend wird nach § 27 Abs 3 MarkenG iVm § 31, § 46 MarkenV eine Änderung der Rechtsinhaberschaft an einer Marke bzw des Namens des Rechtsinhabers nur auf Antrag eines Beteiligten in das Register eingetragen. Ein zwingendes Publizitätserfordernis besteht damit nicht.

**3.** Nach Auffassung des Senats sind auf der Grundlage der dargelegten – allerdings nicht zum Markenregister ergangenen – Entscheidungen des BGH keine durchgreifenden markenrechtlichen Gründe ersichtlich. Insbesondere steht der Wortlaut des § 7 Nr 3 MarkenG der Anwendung auf eine Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht entgegen.

**a.** Vielmehr ist die Formulierung relativ weit gefasst und gewährt grundsätzlich allen Personengesellschaften die Markenrechtsfähigkeit, sofern diese die Fähigkeit besitzen, eigene Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Der Ausschluss der GbR von der Eintragung als Rechtsinhaberin in das Markenregister beruhte allein auf der früheren allgemeinen Auffassung, dass die GbR, die an sich die Grundform einer Personengesellschaft darstellt, als solche keine Rechte erwerben könne, weil sie anders als die offene Handelsgesellschaft oder die Kommanditgesellschaft die weitere Forderung des Gesetzes nicht erfüllte. Nachdem diese grundlegende Voraussetzung für die negative Konsequenz aus § 7 Nr 3 MarkenG durch die neuere oben dargelegte Rechtsprechung entfallen ist, kann der GbR die Eintragung als Markeninhaberin nicht mehr versagt werden. Aus denselben Gründen steht auch die amtliche Begründung zum Entwurf des Markengesetzes, die ebenfalls auf der früheren und vom Bundesgerichtshof nicht mehr aufrecht erhaltenen Auffassung beruhte, nicht mehr entgegen, abgesehen davon, dass sogenannte Gesetzesbegründungen ohnehin nicht überbewertet werden dürfen, da sie nicht Gegenstand der Beschlussfassung der Gesetzgebungsorgane sind. Schließlich sieht der Senat auch keinen Anlass, den Begriff „Personengesellschaft“ nach § 7 Nr 3 MarkenG auf den der Personenhandelsgesellschaft zu beschränken (aA Thun GRUR 1999, 862 im Hinblick auf § 124 HGB).

**b.** Demnach kann § 7 Nr 3 MarkenG weder aus dem Wortlaut heraus noch seinem Sinn nach weiterhin so ausgelegt werden, dass die Eintragung einer GbR als Markeninhaberin ausgeschlossen ist. Bei dieser Rechtslage sieht der Senat auch keinen Anlass für den Gesetzgeber, die vom Präsidenten des Deutschen Patent- und Markenamts für erforderlich gehaltene Anpassung des § 7 Nr 3 MarkenG vorzunehmen und ihn ausdrücklich auch für die GbR für anwendbar zu erklären, zumal auch nicht erkennbar ist, wie § 7 Nr 3 MarkenG dann (anders) lauten sollte. Inwieweit der Gesetzgeber die geänderte Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der



GbR zum Anlas nehmen sollte, den in der Literatur geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen und ein eigenes GbR-Register zu schaffen (vgl hierzu K. Schmidt NJW 2001, 953), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Ebenso wenig bedarf es hier mangels Erheblichkeit für die getroffene Entscheidung einer Erörterung, ob es sinnvoll sein könnte, Änderungen in den BGB-Vorschriften über die GbR vorzunehmen.

**c.** Auch aus der Markenrechtsrichtlinie (vgl Ströbele/Hacker, aaO, Anh. 2) ist nicht abzuleiten, dass einer GbR die Eintragung in das Markenregister unter ihrem Namen verweigert werden müsste. Da die Richtlinie insoweit keine Vorgaben enthält, ist auch kein Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung.

Nach der Spruchpraxis des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt zur Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV; vgl Ströbele/Hacker, aaO, Anh. 12; HABM 531C 001399195/1 vom 20.4.2004) kann eine GbR unter ihrem Namen in das Markenregister eingetragen werden, soweit die in dieser Regelung genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl Eisenführ/Schennen, GMV, Art 3, Rdnr 25).

**4.** Lässt somit die heutige Rechtslage nach § 7 Nr 3 MarkenG die Eintragung auch einer GbR als Markeninhaberin zu, kann ein entsprechender Antrag nicht mehr wegen § 5 Abs 3 Satz 2 MarkenV abgelehnt und die (Außen-)GbR bezüglich der Eintragung in das Markenregister als Markeninhaberin nicht als Personenmehrheit iSd § 5 Abs 3 Satz 1 iVm Abs 1 MarkenV behandelt werden mit der Folge, dass die Angabe aller Gesellschafter zur Aufnahme in das Register als Markeninhaber verlangt werden könnte. Insoweit verstößt die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegende MarkenV vom 30. November 1994 in der Fassung vom 1. Januar 2002 gegen höherrangiges Recht. Entsprechendes gilt für die hinsichtlich der hier fraglichen Regelung gleichlautende neue MarkenV vom 14. Mai 2004, die am 1. Juni 2004, also nach der mündlichen Verhandlung, in Kraft getreten ist.

**a.** Der Senat sieht daher keine Möglichkeit, die von der Markenabteilung herangezogene Vorschrift des § 5 Abs 3 Satz 2 iVm § 31 Abs 2 Nr 2 MarkenV, § 32 Abs 2 Nr 1 MarkenG auf die Außen-GbR anzuwenden und in seine Beurteilung mit einzubeziehen. Dabei spielt es keine maßgebliche Rolle, dass es in der Sache

wohl nicht – wie von den Antragstellern bezeichnet – um einen Rechtsübergang geht, denn jedenfalls handelt es sich nicht nur um die Berichtigung einer offensichtlichen Unrichtigkeit oder eine bloße Namenänderung iSd §§ 45, 46 MarkenV, § 45 MarkenG.

**b.** Inwieweit das DPMA eine solche mit der neuen Rechtslage nicht in Einklang stehende Regelung im vorliegenden Fall weiterhin hätte anwenden müssen, kann offen bleiben. Zwar gilt die Verpflichtung, Recht und Gesetz zu beachten, nicht für erkennbar rechtswidrige Regelungen (vgl Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 13, S. 345, Rdnr 17 ff). Es kann aber dahinstehen, ob § 5 Abs 3 Satz 2 MarkenV eine solche Bestimmung darstellt, da die Erkennbarkeit einer Rechtswidrigkeit nicht nur mangels einer konkret das Markenregister betreffenden Entscheidung des BGH, sondern auch wegen der in der markenrechtlichen Literatur geführten Diskussion fraglich ist.

Anders als das Deutsche Patent- und Markenamt ist das BPatG jedoch nicht an diese Verordnung gebunden, sondern hat deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht im Wege der sog Inzident-Kontrolle zu prüfen und über ihre Anwendbarkeit im Einzelfall entscheiden (vgl hierzu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., S. 269, Rdnr. 684; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 4, S. 82, Rdnr. 45).

**5.** Der Senat sieht sich auch gehindert, zu den weiteren Voraussetzungen der Eintragung der GbR in das Markenregister Vorgaben zu machen. Dies ist nicht Aufgabe des Gerichts und könnte zudem den Regelungsspielraum des DPMA als Verordnungsgeber berühren und sogar mittelbar in unzulässiger Weise einengen, denn nach § 70 Abs 4 MarkenG hat das Patentamt die rechtliche Beurteilung der Gerichts, die der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zugrunde legt, bei seinen weiteren Entscheidungen zu beachten (vgl Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 70, Rdnr. 20 f). Daraus folgt auch, dass der Senat über die weiteren Einzelheiten der beantragten Änderung des Registers nicht abschließend entscheiden kann.

Auf die Beschwerde wird der angegriffene Beschluss vom 28. August 2002 daher aufgehoben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zur Fortset-

zung des Umschreibungsverfahrens zurückverwiesen, § 70 Abs 3 Nr 1 MarkenG, was eine Änderung der MarkenV nicht unbedingt voraussetzt.

6. Wie bereits im Beteiligungs-Beschluss vom 22. Januar 2004 dargelegt und in der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten erörtert, hielte der Senat in Einklang mit der herangezogenen BGH-Rechtsprechung Angaben zu den Personen für sachdienlich, die die GbR iSd § 714 BGB nach außen vertreten. Dies hatte der BGH (NJW 2001, 1056) für die Bezeichnung der GbR im Aktivprozess für notwendig und zumutbar angesehen. Liegt nämlich keine besondere Bevollmächtigung zugunsten eines oder mehrerer Gesellschafter vor, die im Wege eines Gesellschafterbeschlusses bevollmächtigt worden sind, die GbR nach außen allein oder gemeinsam zu vertreten, § 714 BGB, gelten alle Gesellschafter nur gemeinsam als vertretungsbefugt. Dies könnte sich im patentamtlichen Registerverfahren, das auf die Erledigung einer Vielzahl von Verfahren ausgerichtet ist, wegen der Notwendigkeit, den unter Umständen großen Bestand der GbR-Gesellschafter im einzelnen abzuklären, als umständlich und zeitaufwendig erweisen.

In Frage käme demgegenüber auch, einen (oder mehrere) der Gesellschafter nach den gesetzlichen Regeln durch Gesellschafterbeschluss als Vertreter zu bestimmen, der die GbR gemäß § 714 BGB nach außen vertritt und der in das Markenregister aufgenommen werden könnte. Die Benennung eines sog. gewillkürten Vertreters, der nicht Gesellschafter ist, entspricht dem nicht.

Es besteht auf Grund der BGH-Entscheidungen auch kein erkennbarer Anlass, auf diese Angaben zur organschaftlichen Vertretungsbefugnis zu verzichten, da sie ein Äquivalent zur Registerpublizität bei Kapital- bzw Personengesellschaften darstellen. Anders als bei handelsrechtlichen Personengesellschaften, bei denen die zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Personen mit ihrer Funktion und mit Wohnort in das Handelsregister einzutragen sind, besteht für die GbR eine solche Verpflichtung nicht (für ein GbR-Register Karsten Schmidt NJW 2001, 953). Wer die GbR nach außen repräsentiert, ist also nicht erkennbar. Dies wäre nach Auffassung des Senats mit den verbleibenden Mindestvoraussetzungen nicht in Einklang zu bringen (aA Ingerl/Rohnke, aaO, § 7, Rdnr. 12, der die Eintragung unter dem Namen der GbR für ausreichend ansieht).

7. Für die von den Beschwerdeführern beantragte Rückzahlung der Beschwerdegebühr, die aus Gründen der Billigkeit in Frage kommen kann, sieht der Senat keinen Anlas, § 71 Abs 3 MarkenG, denn die angegriffene Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts erscheint in ihrer Rechtsanwendung nicht als unvertretbar. Zudem existieren bislang keine höchstrichterlichen Entscheidungen, die sich speziell mit dem Problem der Markenrechtsfähigkeit der GbR auseinandersetzen und denen das Deutsche Patent- und Markenamt hätte folgen müssen. Hinzu kommt, dass die Frage, ob Beamte des Deutschen Patent- und Markenamts von Rechts wegen verpflichtet wären, eine als rechtswidrig erkannte Regelung nicht anzuwenden, umstritten ist. Solange die offensichtliche Rechtswidrigkeit einer Bestimmung der Markenverordnung nicht geklärt ist, steht für die Angehörigen des Deutschen Patent- und Markenamts die Frage der Bindungswirkung im Raum. Die angegriffene Entscheidung hält sich in diesem Rahmen.

8. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil die Frage, ob die GbR als Inhaberin eines Markenrechts in das Markenregister eingetragen werden kann, grundsätzliche Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen hat und auch eine Fortbildung des Rechts betrifft, § 83 Abs 1 und 2 MarkenG.

Kliems

Engels

Sredl

Ko