



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 168/97

Verkündet am:
24. Februar 2000
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Ballermann

MarkenG § 7

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann als solche nicht Inhaberin einer eingetragenen Marke sein.

BGH, Urt. v. 24. Februar 2000 - I ZR 168/97 - OLG Hamm
LG Bochum

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Starck, Dr. Bornkamm, Dr. Büscher und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 6. Mai 1997 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil der 13. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum vom 11. Dezember 1996 im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als die Beklagte zu 2 zur Unterlassung und die Beklagten gemäß Ziff. I. 2. und 3. sowie II. des Urteilsausspruchs verurteilt worden sind.

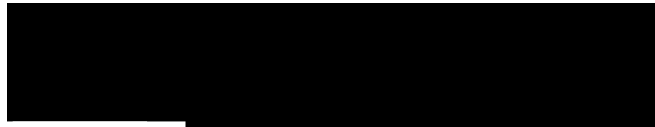
Der gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Unterlassungsantrag ist in der Hauptsache erledigt.

Im übrigen Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

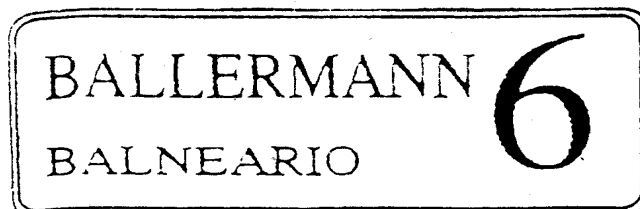
Tatbestand:

Der Kläger und A. E. (im folgenden: E.) sind Inhaber der am 7. September 1994 u.a. für "Herstellung und Vertrieb alkoholischer Getränke" angemeldeten und am 30. November 1995 eingetragenen Marke Nr. 2 912 542 gemäß der nachfolgenden Abbildung:



Der Kläger war außerdem Alleininhaber der am 4. Februar 1995 angemeldeten und am 22. März 1996 u.a. für "alkoholische Getränke, Verpflegung, Bewirtung und Beherbergung von Gästen, nämlich der Erlebnis- und Aktionsgastronomie" in identischer Schreibweise eingetragenen Marke Nr. 395 04 876 "Ballermann 6". Diese Marke ist im Laufe des Revisionsverfahrens auf den Widerspruch des Mitinhabers E. aus der Marke Nr. 2 912 542 gelöscht worden.

E. war Inhaber der am 15. Mai 1995 angemeldeten und am 24. oder 25. August 1995 eingetragenen Marke Nr. 395 20 454 gemäß der nachfolgenden Abbildung:



Als Inhaber dieser Marke sind nunmehr die Eltern des E. eingetragen. Diese schlossen mit der Beklagten zu 1 am 4. April 1996 einen "Generallizenzvertrag", in dem sie dieser unter Hinweis auf die Marke Nr. 395 20 454 das Recht einräumen, unter der Marke vorerst Wodka-Feige-Kirsch 20 Vol.% und Wodka-Lemon 20 Vol.% herzustellen und zu vertreiben.

Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführer die am 5. November 1996 verstorbene Beklagte zu 2 war und der Beklagte zu 3 ist, vertreibt unter der Bezeichnung "Ballermann-Balneario 6" u.a. Liköre.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagten verletzen hierdurch seine Rechte aus der Marke "Ballermann 6". Er sei des weiteren Mitinhaber der Marke "Ballermann-Balneario 6".

Der Kläger hat beantragt,

I. die Beklagten zu verurteilen,

1. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel es zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung des Klägers das Zeichen "Ballermann-Balneario 6" im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit alkoholischen Getränken wie Likören Wodka-Feige-Kirsche zu benutzen, insbesondere das vorstehend bezeichnete Zeichen auf den vorstehend bezeichneten Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen die vorstehend wiedergegebenen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen und schließlich das vorstehend bezeichnete Zeichen auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen, Veranstaltungshinweisen oder dergleichen anzubringen und/oder zu benutzen;

2. dem Kläger Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter vorstehend zu I. 1. beschriebenen Erzeugnisse zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Namen und Anschriften der Hersteller, der Lieferanten und deren Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber sowie unter Angabe der Mengen der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse;
 3. dem Kläger über den Umfang der vorstehend in I. 1. bezeichneten Handlungen Rechnungen zu legen, und zwar unter Angabe des unter der Kennzeichnung "Ballermann-Balneario 6" mit alkoholischen Getränken, wie Likören Wodka-Feige-Kirsche erzielten Umsatzes sowie unter Angabe des Umfangs der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Kalender- vierteljahren, Bundesländern und Werbeträgern.
- II. Es wird festgestellt, daß die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger allen Schaden zu erstatten, der ihm aus den vorstehend unter Ziffer I. 1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig entstehen wird.

Die Beklagten sind dem entgegengetreten und haben geltend gemacht, der Unterlassungsanspruch könne sich allenfalls gegen E. richten, da die Beklagte zu 1 aufgrund des Generallizenzvertrages das Recht habe, die Marke "Ballermann-Balneario 6" zu benutzen. Der Kläger allein sei nicht klagebefugt, weil er nur Mitinhaber der Marke "Ballermann 6" sei. Im übrigen fehle es an einer Verwechslungsgefahr, zumal die Marke "Ballermann 6" allenfalls eine schwache Kennzeichnungskraft habe; sie habe als eingedeutschte Bezeichnung für die in Arenal auf Mallorca gelegene Strandbar "Balneario" beschreibenden Charakter.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger die Anträge zu Ziff. I. 1. bis 3. und II. hilfsweise mit der Maßgabe gestellt, daß er die Leistung und Feststel-

lung zugunsten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus E. und ihm, dem Kläger, begehre. Gegenüber der Beklagten zu 1 hat er des weiteren hilfsweise die Feststellung begehrt, daß der Generallizenzvertrag vom 4. April 1996 unwirksam ist, weiter hilfsweise gegenüber dem Kläger, weiter hilfsweise gegenüber der GbR unwirksam ist und ferner die Feststellung begehrt, daß sämtliche Lizenzgebühren und Entgelte aus dem Generallizenzvertrag nicht an die Eltern des E. oder diesen auszuführen, sondern bei der nach der Hinterlegungsordnung zuständigen Hinterlegungsstelle zu hinterlegen sind.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge gegenüber den Beklagten weiter; bezüglich der zwischenzeitlich verstorbenen Beklagten zu 2 erklärt er jedoch den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs in der Hauptsache für erledigt.

Die Beklagten beantragen unter Widerspruch gegen die Erledigungserklärung, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Aktivlegitimation des Klägers hinsichtlich der Marke "Ballermann 6" offengelassen und eine Verletzung der Klagemarken durch die Verwendung der angegriffenen Bezeichnung verneint. Es hat dazu ausgeführt:

Ansprüche des Klägers wegen Verwendung einer identischen Marke im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG seien schon deshalb nicht gegeben, weil dieser nicht als Mitinhaber der Marke "Ballermann-Balneario 6" eingetragen sei und auch die Vermutung der Richtigkeit der Registereintragung nicht widerlegt und nicht dargelegt habe, worauf sich seine Mitinhaberschaft an dieser Marke gründe.

Ansprüche wegen Verwendung einer ähnlichen Marke im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entfielen, weil eine Verwechslungsgefahr der angegriffenen Bezeichnung mit der Marke "Ballermann 6" nicht gegeben sei. Auch unter Berücksichtigung der Wechselwirkung zwischen den die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren, nämlich des Grades der Ähnlichkeit der Marken, deren Kennzeichnungskraft und der im Streitfall gegebenen Warenidentität, scheide die Gefahr von Verwechslungen aus. Die Marke "Ballermann 6" habe nur eine schwache Kennzeichnungskraft. Mit der Bezeichnung verbinde sich vorrangig die Vorstellung eines durch erheblichen Alkoholkonsum gekennzeichneten Urlaubs in Arenal auf Mallorca im Bereich des Strandcafes "Ballermann 6", wie sie durch die Medien bekannt geworden sei. Unter diesem Begriff würden u.a. im Ruhrgebiet auch "Nachfolgeparties" veranstaltet. Je stärker eine Marke aber produktfremde Assoziationen auslöse, je mehr sie Gegenstand des allgemeinen Sprachgebrauchs sei, um so geringer sei ihre Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Sinne.

Vor diesem Hintergrund reiche - auch bei der gegebenen Produktidentität - der Abstand der angegriffenen Bezeichnung "Ballermann-Balneario 6" von der Klagemarke "Ballermann 6" aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verneinen. Der Bestandteil "Balneario" - das spanische Wort für Badeanstalt -

präge den Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ebenso wie deren Bestandteil "Ballermann".

Auf die Frage, ob sich die Beklagten mit Erfolg mit Rechten, die sie von ihren Lizenzgebern herleiteten, gegen die geltend gemachten Ansprüche verteidigen könnten, komme es danach nicht an.

Mit den erstmals in der Berufungsverhandlung gestellten Hilfsanträgen dringe der Kläger nicht durch, weil es an einem Feststellungsinteresse fehle.

II. Die Revision führt hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens - ausgenommen das gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Begehren, das in der Hauptsache erledigt ist - zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, hinsichtlich der weiter geltend gemachten Ansprüche zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache.

1. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch versagt. Es hat dabei nicht geprüft, ob der Kläger insoweit aktivlegitimiert ist. Hierauf kommt es im Streitfall indessen an, weil eine Verwechslungsgefahr - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht zu verneinen ist (vgl. nachfolgend Ziff. II. 2.).

a) Die Aktivlegitimation des Klägers ist, obwohl er nur Mitinhaber der Marke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6" ist, für den Unterlassungsanspruch gegenüber den Beklagten zu 1 und 3 (Klageantrag I. 1.) zu bejahen (vgl. § 744 Abs. 2 BGB). Seine Geltendmachung steht - wie das Recht zur Erhebung eines Widerspruchs aus einer Marke (vgl. Althammer/Ströbele, Markengesetz, 5. Aufl., § 42 Rdn. 8; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 42 Rdn. 13 unter Bezug-

nahme auf Busse/Starck, Warenzeichengesetz, 6. Aufl., § 5 Rdn. 11) - bei einer Fallgestaltung der vorliegenden Art jedem Mitinhaber selbständig zu.

b) Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit Abs. 5 MarkenG wegen fehlender Verwechslungsgefahr der verwendeten Bezeichnung "Ballermann-Balneario 6" mit der Klagemarke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6" verneint. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision greifen durch.

(1) Zwar ist das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend von einer Wechselwirkung der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr heranzuziehenden Gesichtspunkte der im Streitfall gegebenen Warenidentität, des Grades der Markenähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Klagemarke ausgegangen, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 6.5.1999 - I ZB 54/96, GRUR 1999, 995, 997 = WRP 1999, 936 - HONKA, m.w.N.). Das Berufungsgericht hat jedoch sowohl bei der Feststellung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke als auch bei der Beurteilung des Gesamteindrucks der angegriffenen Bezeichnung anerkannte Erfahrungssätze vernachlässigt, so daß die Verneinung einer Verwechslungsgefahr nicht frei von Rechtsfehlern ist.

(2) Das Berufungsgericht ist von nur schwacher Kennzeichnungskraft der Klagemarke ausgegangen, weil sich mit der Bezeichnung "Ballermann 6" in erster Linie die Vorstellung eines Urlaubs in Arenal auf Mallorca im Bereich des Strandcafes "Ballermann 6" verbinde. Diese Beurteilung ist von Rechtsirrtum beeinflusst.

Normale Unterscheidungskraft kann einer Marke nur dann abgesprochen werden, wenn sie infolge Anlehnung oder sonstiger Nähe an ein für die in Frage stehenden Waren beschreibendes Wort vom Verkehr nicht in erster Linie und durchweg als Warenkennzeichen verstanden wird oder wenn der Verkehr in ihr aus sonstigen Gründen, etwa weil es sich um ein abgegriffenes Wort der Alltags- oder der Werbesprache handelt, eher die Bedeutung dieses Wortes als einen darin liegenden Herkunftshinweis sieht oder weil für die in Frage stehenden Waren andere im Ähnlichkeitsbereich liegende Marken verwendet werden und der Verkehr deshalb auch auf geringere Unterschiede achtet (vgl. Zusammenstellung aus der Rechtsprechung bei Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 14 Rdn. 293 f., 295, 297). Feststellungen in dieser Richtung hat das Berufungsgericht nicht getroffen, insbesondere keinen für die in Frage stehenden alkoholischen Getränke beschreibenden Begriffsinhalt ermittelt. Die Annahme einer Kennzeichenschwäche ist deshalb nicht gerechtfertigt, vielmehr ist für die Klagemarke "Ballermann 6" mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen.

Die vom Berufungsgericht herangezogenen Assoziationen an ein Etablissement in Arenal, das durch Urlaubsfeiern mit ausschweifendem Alkoholkonsum bekannt geworden sei und im Ruhrgebiet zu ebenso benannten "Nachfolgeparties" angeregt habe, rechtfertigen nicht die Annahme einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, sondern stärken diese angesichts der in Betracht zu ziehenden alkoholischen Getränke eher, weil jedenfalls der Teil des Verkehrs, dem das Etablissement bekannt ist und der deshalb die Assoziation nachvollziehen kann, darin eine nicht wenig phantasivolle Übertragung im Sinne einer Produktkennzeichnung sehen wird.

(3) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung werde durch die Gesamtheit seiner Bestandteile, also jedenfalls durch die gesamte Wortzusammenstellung "Ballermann-Balneario 6" geprägt, vernachlässigt den anerkannten Erfahrungssatz, daß mehrteilige Wortzusammenstellungen schon aus Gründen der Bequemlichkeit und angesichts der besseren Merkbarkeit vom angesprochenen Verkehr gerne abgekürzt werden (BGHZ 139, 340, 351 - Lions); das gilt erfahrungsgemäß insbesondere auch bei der mündlichen Bezeichnung alkoholischer Getränke. Eine derartige Annahme liegt im Streitfall um so näher, als nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers in der Berufungserwiderung das in Rede stehende Etablissement vorzugsweise als "Ballermann 6" (abgekürzt) bezeichnet wird, so daß alles dafür spricht, daß jedenfalls diejenigen Verkehrskreise, denen diese abgekürzte Bezeichnung geläufig ist, auch die angegriffene Kennzeichnung der Beklagten derart abkürzen werden. Das Berufungsgericht hätte darüber hinaus auch nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß es sich bei dem weiteren Bestandteil "Balneario" um das dem deutschen Verkehr im Begriffsinhalt unbekanntes spanische Wort für "Badeanstalt" handelt, das schon wegen seiner fehlenden Geläufigkeit und der ihm eigenen Fremdheit im deutschen Sprachgebiet gegenüber dem Bestandteil "Ballermann" eher weniger beachtet werden wird.

(4) Muß demnach bei dieser Sachlage davon ausgegangen werden, daß der Verkehr dem Bestandteil "Ballermann" in der angegriffenen Bezeichnung die maßgebliche kennzeichnende Bedeutung beimißt und den weiteren Bestandteilen weniger Beachtung schenkt, kann eine unmittelbare Verwechslungsgefahr angesichts der zugrunde zu legenden Warenidentität und der normalen Kennzeichnungskraft der Klagemarke nicht verneint werden, so daß dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklag-

ten zu 1 und 3 zusteht. Soweit sich diese Beklagten demgegenüber darauf berufen, sie hätten durch den Generallizenzvertrag eine Berechtigung zur Benutzung der angegriffenen Bezeichnung, greift das schon angesichts des jüngeren Zeitrangs der Marke Nr. 395 20 454 "Ballermann-Balneario 6" gegenüber der Klagemarke "Ballermann 6" nicht durch.

c) Gegenüber der verstorbenen Beklagten zu 2 kann das Unterlassungsgebot nicht mehr ausgesprochen werden. Da sich die Beklagten der insoweit von dem Kläger abgegebenen Erledigungserklärung nicht angeschlossen haben, war, da vor Eintritt des erledigenden Ereignisses der Unterlassungsantrag, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu II. 1. b) ergibt, ursprünglich begründet war, insoweit die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache auszusprechen.

2. Hinsichtlich der weiteren Ansprüche auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten sowie auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (Klageanträge I. 2., 3. und II.) fehlt es dagegen auf der gegebenen Tatsachengrundlage an der Klagebefugnis des Klägers. Eine Klageabweisung insoweit kommt derzeit jedoch nicht in Betracht, weil die Frage der Aktivlegitimation bisher - vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig - nicht erörtert worden ist. Deshalb muß dem Kläger Gelegenheit gegeben werden, notfalls seine in Rede stehenden Anträge der Rechtslage anzupassen und den in erster Linie gestellten Hilfsantrag dahin zu ändern, daß Leistung nicht an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern an die aus ihm selbst und E. bestehende Gemeinschaft verlangt wird.

a) Der Kläger kann bezüglich der in Rede stehenden Ansprüche seine Aktivlegitimation nicht (mehr) mit Erfolg auf die Marke Nr. 395 04 876 "Ballermann 6" berufen.

mann 6", als deren Alleininhaber er im Markenregister eingetragen war, stützen. Diese Marke ist, wie die Beklagten in der Revisionsinstanz unwidersprochen vorgetragen haben, im Widerspruchsverfahren gelöscht worden. Diese Veränderung der Schutzrechtslage ist im Markenverletzungsstreit ebenso wie grundsätzlich eine Gesetzesänderung, die die gesetzliche Anspruchsgrundlage betrifft, auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten, so daß in dem zur Entscheidung stehenden Verletzungsprozeß die Entscheidung über den Rechtsbestand der Klagemarke Nr. 395 04 876, obwohl sie erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ergangen ist, auch noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 13.3.1997 - I ZB 4/95, GRUR 1997, 634 = WRP 1997, 758 - Turbo II, m.w.N.). Ist die Klagemarke im Widerspruchsverfahren gelöscht worden, ist mithin rechtskräftig festgestellt, daß sie von Anfang an nicht zu Recht bestanden hat, können aus ihr keine Ansprüche gegen einen "Verletzer" erwachsen; demnach kann der Kläger aus ihr auch keine Aktivlegitimation ableiten.

b) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger auch darauf, daß E. und er eine noch bestehende bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (GbR) gegründet hätten, der die Klagemarke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6" zustehe; für sie mache er, da es sich bei den angegriffenen Handlungen um ein kollusives Zusammenwirken seines Mitgesellschafters E. mit den Beklagten handele, die Ansprüche unmittelbar gegen die Beklagten geltend. Aus diesem - für die Revisionsinstanz zu unterstellenden - Sachverhalt ergibt sich für den Kläger keine Aktivlegitimation bezüglich der mit den Klageanträgen zu Ziff. I. 2., 3. und II. geltend gemachten Ansprüche. Die Vorschrift des § 7 MarkenG schließt die Inhaberschaft einer Marke durch eine GbR aus (vgl. Begründung z. Regierungsentwurf BT-Drucks. 12/6581 S. 69 = BIPMZ 1994, Sonderheft S. 63; Althammer/Ströbele aaO § 7 Rdn. 2; Ingerl/Rohnke aaO § 7 Rdn. 9). Soweit Fezer

(Festschr. f. Boujong, 1996, S. 123, 129 und Markenrecht, 2. Aufl., § 7 Rdn. 35 ff.) die hierzu entgegengesetzte Meinung vertritt und der Rechtsprechung nahelegt, die Markenrechtsfähigkeit der GbR de lege lata anzuerkennen, kann das nicht überzeugen. Der Gesetzgeber ist, wie dem Gesetzeswortlaut und der Begründung zum Regierungsentwurf zu entnehmen ist, bewußt der Auffassung, im Markengesetz solle in Abkehr von der Rechtslage zur Zeit der Geltung des Warenzeichengesetzes die Markenrechtsfähigkeit der GbR anerkannt werden (vgl. Ahrens, Festschr. f. Nirk, 1992, S. 1, 9 ff.), nicht gefolgt. Für eine davon abweichende Gesetzesauslegung ist deshalb kein Raum. Der entsprechende Sachvortrag des Klägers über die angebliche Inhaberschaft der GbR an der Marke, den das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ist demnach unerheblich.

c) Schließlich kann auch keine Prozeßstandschaft des Klägers angenommen werden. Insoweit fehlt es schon an dem Vortrag einer Ermächtigung des Klägers durch den Mitinhaber E. der Klagemarke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6". Dieser hat der Prozeßführung durch den Kläger vielmehr ausdrücklich widersprochen.

d) Die bloße Mitinhaberschaft des Klägers an der Marke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6" verleiht ihm nicht das Recht, die auf den Klageantrag Ziff. I. 1. zurückbezogenen Schadensersatz-, Auskunftserteilungs- und Rechnungslegungsansprüche selbständig und nur auf sich bezogen geltend zu machen. Nach § 744 Abs. 1 BGB steht bei der Bruchteilsgemeinschaft, um die es sich bei der Mitinhaberschaft einer Marke handelt, im Innenverhältnis die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes den Teilhabern (nur) gemeinschaftlich zu. In derartigen Fällen ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß im Außenverhältnis die Regelung des § 432 Abs. 1 BGB anwendbar ist und gemeinschaftliche Forderungen, um die es sich bei

den in Rede stehenden Ansprüchen handelt, durch einen Teilhaber der Gemeinschaft (nur) zur Leistung an alle geltend gemacht werden können (BGHZ 106, 222, 226; 121, 22, 25). Zu einer entsprechenden Anpassung seiner Anträge ist dem Kläger Gelegenheit zu geben.

e) Ansprüche wegen der Verwendung einer identischen Marke für identische Waren aus § 14 Abs. 2 Nr. 1 i.V. mit Abs. 5 und 6 MarkenG hat das Berufungsgericht verneint, weil der Kläger seine Mitinhaberschaft an der Marke Nr. 395 20 454 "Ballermann-Balneario 6" nicht dargelegt und die auf der Eintragung der Eltern des E. als alleinige Inhaber im Markenregister beruhende Vermutung für deren Inhaberschaft (§ 28 Abs. 1 MarkenG) nicht entkräftet habe. Das beanstandet die Revision ohne Erfolg.

Sie macht insoweit geltend, der Kläger habe seine Mitinhaberschaft an dieser Marke unter das Zeugnis des E. gestellt, das Berufungsgericht hätte diesen Beweis erheben müssen. Das greift indessen nicht durch, denn aus dem vom Berufungsgericht herangezogenen Schreiben des E. und des Klägers an das Deutsche Patentamt vom 28. August 1995 sowie aus der Vereinbarung vom 31. August 1995 ergibt sich - wie auch die Revision geltend macht - jeweils lediglich, daß es um die Inhaberschaft der GbR an der Marke gehen sollte, von einer Inhaberschaft des Klägers ist nicht die Rede. Demgemäß hat auch der Vertreter des Klägers in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 6. Mai 1997 zwar die Behauptung, der Kläger sei Mitinhaber der in Rede stehenden Marke, unter Beweis gestellt, hierzu jedoch keinen schlüssigen, auf die von ihm selbst vorgelegten vorerwähnten Unterlagen bezogenen Vortrag gehalten. Er hat vielmehr eine Schriftsatzfrist zu entsprechendem Vortrag beantragt, diesen jedoch, da ihm eine Frist nicht bewilligt worden ist, nicht gehalten.

Der in diesem Zusammenhang in der Revisionsinstanz vorgebrachte neue Sachvortrag muß unbeachtet bleiben. Die besonderen Voraussetzungen für eine in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugelassene ausnahmsweise Berücksichtigung derartigen neuen Vorbringens in der Revisionsinstanz, nämlich soweit es einen Restitutionsgrund im Sinne des § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO begründet (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.1988 - II ZR 252/86, NJW 1988, 3092, 3094), sind nicht gegeben. Jedenfalls bezieht sich auch der Vortrag der Revision auf die Inhaberschaft der GbR, so daß sich auch bei Unterstellung des Vortrags in der Revisionsinstanz die Aktivlegitimation ebenso wenig ergeben würde, wie aus der Behauptung des Klägers, die GbR sei Inhaberin der Marke Nr. 2 912 542 "Ballermann 6" (vgl. oben zu Ziff. II. 2. b).

Im übrigen ergäbe sich selbst bei Unterstellung einer Mitinhaberschaft des Klägers an der Marke "Ballermann-Balneario 6" keine Aktivlegitimation des Klägers zur Geltendmachung der Ansprüche auf Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht, weil der Kläger auch insoweit nur Leistung an alle Mitinhaber fordern könnte (vgl. oben zu Ziff. II. 2. d).

III. Danach war das angefochtene Urteil auf die Revision des Klägers aufzuheben und das landgerichtliche Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung insoweit abzuändern, als die Beklagte zu 2 zur Unterlassung und die Beklagten zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verurteilt worden sind und ihre Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz festgestellt worden ist. Gegenüber der Beklagten zu 2 war die Erledigung des Unterlassungsantrags in der Hauptsache festzustellen und die Sache im übr-

gen Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erdmann

Starck

Bornkamm

Büscher

Raebel