



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 66/13

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. November 2014

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2011 068 597

(hier: Lösungsverfahren S 225/12)

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2014 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber und der Richterinnen Uhlmann und Akintche

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Lösungsantragstellers wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Juli 2013 aufgehoben.
Die Eintragung der Marke 30 2011 068 597 wird gelöscht.
2. Die Kostenanträge der Verfahrensbeteiligten werden zurückgewiesen.
3. Der Antrag auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die angegriffene Wortmarke 30 2011 068 597

FanDealer

ist am 16. Dezember 2011 angemeldet und am 20. Februar 2012 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für nachfolgende Dienstleistungen eingetragen worden:

Klasse 35: Werbung, insbesondere: Werbung in sozialen Netzwerken; Werbung im Internet für Dritte; Präsentation von Firmen im Internet und anderen Medien; Onlinewerbung in einem Computernetzwerk; Dienstleistungen einer Werbeagentur.

Der Beschwerdeführer hat am 31. August 2012 Antrag auf Löschung der Marke wegen absoluter Schutzhindernisse gemäß §§ 50, 54 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 10 MarkenG gestellt. Er hat im Wesentlichen ausgeführt, die strittige Marke bedeute Fan-Händler und sei beschreibend. Wie die eingereichten Verwendungsbeispiele zeigten, werde mit FanDealer eine Dienstleistung für das entgeltliche Beschaffen von Freunden („Fans“) eines Internetauftritts einer Firma in sozialen Netzwerken zu Werbezwecken beschrieben; der Begriff „Fans“ oder „Freunde“ sei der übliche Oberbegriff für die „Likes“ oder „Gefällt mir“-Klicks bei Facebook, die „Follower“ bei Twitter oder die Klicks bei YouTube oder anderen Social-Media-Networks. Stets gehe es hierbei um das Gewinnen von „Freunden“ oder „Fans“ der jeweils besuchten Internet-Auftritte Dritter und den Handel mit solchen Fans/Freunden. Das Geschäft im verfahrensgegenständlichen Dienstleistungsbe-
reich habe im Jahr 2011 geboomt und es seien viele neue Wettbewerber auf diesem Markt in Erscheinung getreten, so dass sich die Bezeichnungen „Fan-Händler“ und „Fan-Dealer“ einzubürgern begonnen hätten. Die angegriffene Marke bezeichne somit lediglich einen Anbieter einer Dienstleistung, nämlich eine Person, welche Handel mit Fans treibe. Die Marke sei unter Auferlegung der Kosten auf den Markeninhaber auch deshalb zu löschen, weil diese bösgläubig angemeldet worden sei; denn der Antragsgegner, der selbst seit längerer Zeit in dem Geschäft mit falschen Fans aktiv gewesen sei, habe Kenntnis davon gehabt, dass auch andere Anbieter die Bezeichnung bereits nutzten und benötigten. Die Anmeldung der Marke sei damit offensichtlich in der Absicht erfolgt, die Verwendung dieses griffi-

gen Wortes zur Bezeichnung der Dienstleistung durch andere Anbieter zu verhindern. Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Anmeldung ergebe sich auch aus der Tatsache, dass der Antragsgegner auf Basis seiner Markeneintragung gegen Dritte gerichtlich vorgegangen sei, die den Begriff „Fan-Dealer“ in beschreibender Weise benutzt hätten. So habe der Antragsgegner den Antragsteller unter Verweis auf dessen Domains abgemahnt und einstweilige Verfügungen sowohl gegen ihn wie auch gegen den Internet-Provider erwirkt. Der Antragsteller hat ferner die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens angeregt; die Marke müsse gelöscht werden, weil weniger als zwei Jahre seit der Eintragung vergangen seien, das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG nachträglich nicht entfallen könne und die Bösgläubigkeit ersichtlich gewesen sei.

Dem Löschungsantrag, der dem im DPMAregister erfassten Vertreter des Antragsgegners am 4. Oktober 2012 zugestellt wurde, hat dieser mit Schriftsatz vom 22. November 2012, eingegangen beim DPMA am selben Tag, widersprochen.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, dass der Wortmarke auch in ihrer Bedeutung „Fan-Händler“ weder die erforderliche Unterscheidungskraft fehle noch an ihr ein Freihaltebedürfnis bestehe. Die Bezeichnung FanDealer werde in Deutschland – bis auf die wenigen vom Antragsteller aufgezeigten – nicht verwendet. Kein Mitbewerber habe je vorgehabt, seine Tätigkeit als FanDealer zu bezeichnen oder habe dies gar getan; vielmehr seien neben dem Antragsgegner ähnliche Dienstleister auf den Markt gekommen, die ihre Vermittlungstätigkeit ganz ohne Verwendung des Begriffs FanDealer anböten, so z. B. unter „fanslave“, „fanbuy“, „promokönig“ oder „mysocialclix“. Sprachliche Neubildungen – wie die im vorliegenden Fall durch den Antragsgegner neugeschaffene Wortkombination – besäßen in jedem Fall die erforderliche Unterscheidungskraft. Die Kombination der beiden Begriffe Fan und Dealer sei zudem unüblich und provokant, weil man begeisterte Anhänger nicht käuflich erwerben könne; ein menschlicher „Fan“ könne weder als Ware angeboten noch durch die Marke geschützt werden. Die Marke sei zudem auch nicht bösgläubig angemeldet worden. Besondere die

Unlauterkeit begründende Umstände seien schon vom Antragsteller nicht konkret vorgetragen worden. Zudem werde die Marke unstreitig von dem Antragsgegner selbst sowie mittlerweile der von diesem als Geschäftsführer gesetzlich vertretenen T... UG verwendet; die UG betreibe verantwortlich die Domain mit der Bezeichnung www.de. Der Bekanntheitsgrad dieser Plattform sei mittlerweile sehr groß; die Marke habe daher unlängst jedenfalls auch Verkehrsdurchsetzung erworben. Eine Berichterstattung über die Dienstleistung der T... UG erfolge u. a. in den Medien Spiegel, Spiegel TV, Bild, ARD. Auf der Domain würden diverse Dienstleistungen im Social-Media-Bereich angeboten. Kunden könnten sich insbesondere Facebook-Fans, Facebook-Follower, Twitter-Follower und You-Tube-Likes sowie Google+Likes vermitteln lassen.

Die Markenabteilung 3.4. des DPMA hat mit Beschluss vom 11. Juli 2013 den Löschungsantrag zurückgewiesen. Der angegriffenen Marke fehle nicht die Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Das Wort „Fan“ bedeute „begeisterter Anhänger von jemanden bzw. etwas“, „jemand, der sich für etwas/jemand sehr begeistert, insbesondere für Musik und Sport“. Zudem bedeute das Wort „Fan“ in der Jugendsprache „Freund“. Unter dem Wort „Dealer“ werde im weiteren Sinn ein Händler oder Verkäufer verstanden. Insgesamt bedeute die angegriffene Marke „Fan-Händler“. Ein Händler handle mit Waren; auf Dienstleistungen bezogen gebe es Makler oder Vermittler. Vorliegend sei jedoch nicht eine direkt beschreibende Bezeichnung Fanvermittler oder Fanmakler zu prüfen; schon insoweit grenze sich die angegriffene Bezeichnung ausreichend ab. Das heute übliche Fan-Marketing funktioniere folgendermaßen: Menschen ließen sich bei sozialen Netzwerken registrieren und gäben dort Bewertungen für Unternehmen oder Artikel ab. Diese Unternehmen würden den Zulauf über diverse Clicks auf ihren Seiten messen und einen Makler/Vermittler bezahlen, der wiederum Geld für Kunden/Bewerter bezahle, die genau diesem Unternehmen ihre Zustimmung geben würden. Es handele sich dabei nicht um einen Handel mit Waren oder Fans. Da man mit Menschen nicht handele, sei die angegriffene Marke im Alltag nicht aussagekräftig. Die Bezeichnung „FanDealer“ habe keine klare Bedeutung und

habe sich auch nicht allgemein etabliert. In renommierten Lexika und einschlägigen Wörterbüchern der Jugend- und Szenesprache sei sie nicht verzeichnet. Eine Internetrecherche des Begriffs „FanDealer“ habe entweder Treffer auf die Webseite des Markeninhabers ergeben oder Erfahrungsberichte zu diesem Thema. Auf der Internetseite www.geld-im-netz.de werde auf FanDealer als Portal für Fanmarketing verwiesen und auf der Internetseite www.xurzon.com sei FanDealer als deutscher Marktführer im Network Marketing aufgeführt. Hinweise auf eine rein beschreibende Bedeutung der angegriffenen Marke seien hier nicht zu finden. Die vom Antragsteller eingereichten Internetauszüge seien nicht in vollem Umfang als Hinweis auf eine beschreibende Bedeutung verwertbar, da dort eine markenmäßige Benutzung gezeigt werde. Ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sei daher nicht erkennbar.

Auch eine bösgläubige Markenmeldung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG liege nicht vor. Denn es könne nicht festgestellt werden, dass die Anmeldung nur eingereicht worden sei, um sie zweckfremd als Mittel zur Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung eines konkreten Mitbewerbers einzusetzen. Das Motiv des Antragsgegners, mit der Marke den Antragsteller und andere mögliche Anbieter daran zu hindern, vergleichbare Dienstleistungen unter der Bezeichnung „FanDealer“ anzubieten, sei per se nicht auf eine wettbewerbswidrige Handlung ausgerichtet. Die mit einer Markeneintragung verbundene Sperrwirkung gehöre gerade zum Wesen des Markenrechts. Der Antragsgegner habe lediglich gemeint, aus einer eingetragenen Marke generell Rechte ableiten zu können. Deswegen sei jedoch nicht festzustellen, dass die Aktivitäten des Antragsgegners nur auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung der Mitbewerber gerichtet seien, zumal der Antragsgegner selbst diverse Dienstleistungen auf dem relevanten Gebiet anbiete.

Der Antrag des Antragstellers auf Durchführung einer Anhörung sei nicht sachdienlich und daher zurückzuweisen. Eine Amtslöschung gemäß § 50 Abs. 3 MarkenG sei auf die Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 4 bis 10 MarkenG be-

schränkt. Insofern komme allenfalls der Tatbestand des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG in Betracht, der jedoch nicht eingreife. Zudem rechtfertige insoweit nur eine ersichtlich rechtswidrige Eintragung die Löschung von Amts wegen, die aber nicht vorliege.

Gegen diesen Beschluss der Markenabteilung 3.4 richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, mit der er sein Löschungsbegehren weiterverfolgt.

Entgegen der Auffassung der Markenabteilung belegten die im Amtsverfahren eingereichten Unterlagen, dass der Begriff „Fan-Dealer“ jeden Erbringer der hier fraglichen Dienstleistungen beschreibe, so dass die Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eingetragen worden sei. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, dass das Verfahren vor der Markenabteilung an wesentlichen Verfahrensmängeln leide, die eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr rechtfertigten. Die Markenabteilung habe Beweismittel übergangen und gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, indem sie ihre Entscheidung auf Tatsachen gestützt habe, zu denen sich der Antragsteller nicht äußern können. Der Antragsteller habe im Löschungsverfahren vor der Markenabteilung Unterlagen eingereicht, welche die beschreibende Verwendung der Begriffe „Fan-Händler“ und „Fan-Dealer“ sowie des vergleichbaren Begriffs „Follower Dealer“ belegten. Diese Beweismittel habe die Markenabteilung ignoriert. Weiterhin habe die Markenabteilung ihre Entscheidung auf einen Schriftsatz des Antragsgegners gestützt, den der Antragsteller aber erst zusammen mit der Übersendung des Beschlusses erhalten habe. Darüber hinaus habe die Markenabteilung ihre Entscheidung auf eine eigene Recherche gestützt, deren Ergebnis dem Antragsteller weder vorab noch mit der Entscheidung vollständig zur Kenntnis gegeben worden sei. Zudem seien die sich auf diese Eigenrecherche stützenden Tatsachenfeststellungen falsch. Es werde auf der Internetseite www.xurzon.com keineswegs behauptet, der Antragsteller sei Marktführer in Sachen „Social Network Marketing“, was im Übrigen auch bestritten werde. Vielmehr ergebe sich aus dieser Internetseite lediglich die Aussage, der Antragsteller sei einer der Marktführer in Sachen

„Social Network Marketing“. Dadurch dass dem Antragsteller weder der letzte Schriftsatz des Antragsgegners noch das Ergebnis der Eigenrecherche der Markenabteilung zur Stellungnahme übersandt worden sei, sei dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Zudem sei eine Anhörung sachdienlich gewesen, denn der Sachverhalt sei komplex und die Fragen der Bösgläubigkeit seien erörterungsbedürftig gewesen. Hierin liege ein weiterer Verfahrensmangel.

Der Beschwerdeführer beantragt:

1. Der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Juli 2013 wird aufgehoben und die Marke 30 2011 068 597 gelöscht.
2. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
3. Die Beschwerdegebühr wird zurückerstattet.

Der Beschwerdegegner beantragt:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

Er verteidigt die angegriffene Entscheidung und macht geltend, dass ein zweifelsfreies Vorliegen von etwaigen Schutzhindernissen, wie es für eine Löschung nach § 50 MarkenG erforderlich wäre, unter keinen Umständen bejaht werden könne. Auch wenn es bereits im Sommer 2011 Artikel in Medien gegeben habe, die den Kauf von Facebook-Fans thematisiert hätten, habe die angegriffene Marke keinen

beschreibenden Bezug zu den Werbedienstleistungen. Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Kennzeichen und den geschützten Dienstleistungen bestehe nicht. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung „link economy“ festgestellt, dass es regelmäßig nicht den Schluss rechtfertige, eine Wortfolge habe für das Publikum einen auf der Hand liegenden beschreibenden Inhalt, wenn sich deren beschreibender Gehalt nur in mehreren gedanklichen Schritten ermitteln lasse. Auf Basis dieser Feststellungen könne auch für die angegriffene Marke keine ohne weiteres und ohne Unklarheiten beschreibende Bedeutung für die in Rede stehenden Dienstleistungen gesehen werden. Die nicht ganz naheliegende Schlussfolgerung, es gehe bei dem Begriff FanDealer um die Vermittlung von Facebook-Fans, sei nur eine von mehreren möglichen Interpretationsmöglichkeiten. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellte, der Markenbegriff sei rein beschreibend im Sinne des Handels mit Facebook-Fans, so könne dies nicht bzw. jedenfalls nicht in vollem Umfang für die hier geschützten Werbedienstleistungen angenommen werden.

Schließlich existierten bereits eingetragene Marken, die ebenfalls aus dem Wort „Dealer“ und einem weiteren beschreibenden Begriff bestünden, wie z. B. die nationalen Marken „Bratdealer“ und „druck-dealer“ sowie die Gemeinschaftsmarke „DIGITAL DEALER“. Diese Voreintragungen dürften bei der hiesigen Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben. Eine Löschung der verfahrensgegenständlichen Marke dürfe vielmehr nur mit der Begründung erfolgen, die Eintragungen der Vergleichsmarken seien rechtswidrig erfolgt. Da die genannten vergleichbaren Voreintragungen aber rechtmäßig seien, sei das Gericht an diese Voreintragungen gebunden. Ein Erfolg der Beschwerde hätte jedenfalls Auswirkung auf weitere Markeneintragungen, die den Wortbestandteil „Dealer“ im Sinne eines Händlers für bestimmte Waren zum Gegenstand hätten, so dass in diesem Falle wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Rechtsbeschwerde zuzulassen sei.

Über das Vermögen des Markeninhabers war durch Beschluss des Amtsgerichts Erfurt (AZ: ... IN .../10) am 26. August 2010 ein Insolvenzverfahren eröffnet

und Rechtsanwalt Dr. F... zum Insolvenzverwalter bestellt worden, also zeitlich vor Anmeldung der hier verfahrensgegenständlichen Marke. Auf den beim DPMA am 23. Oktober 2013 eingegangenen Antrag des Insolvenzverwalters wurde am 17. Dezember 2013 mit Wirkung vom 27. August 2010 gemäß § 29 Abs. 3 MarkenG die Insolvenz im Markenregister vermerkt.

Der Senat hat mit seinem Verfahrenshinweis vom 25. Juni 2014 die Parteien darauf hingewiesen, dass er von einer Insolvenzbefangenheit der verfahrensgegenständlichen Marke, nicht aber von einer Verfahrensunterbrechung nach § 240 ZPO ausgehe.

Der Beschwerdeführer bezweifelt die Wirksamkeit der für die Gegenseite vorgenommenen Verfahrenshandlungen und -erklärungen – insbesondere der Widerspruchserklärung gegen die Löschung –, weil dem Markeninhaber bereits zu Beginn des Lösungsverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gefehlt habe.

Der Markeninhaber ist der Auffassung, dass die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworbene Marke nicht zur Insolvenzmasse gehöre; in jedem Falle bleibe aber seine Markenrechtsfähigkeit unberührt.

Der Insolvenzverwalter hat mit Schreiben vom 17. Oktober 2014 an den benannten Verfahrensbevollmächtigten des Markeninhabers – dem BPatG in Kopie am 20. Oktober 2014 durch diesen zur Kenntnis gegeben - Folgendes erklärt:

„...erkläre ich meine Zustimmung mit der Fortführung folgender Verfahren als Prozessbevollmächtigte unter der Maßgabe, dass die Kosten dieser Rechtsstreitigkeiten durch die Haftungsfreistellungserklärung der A... UG ...gedeckt sind:

...• Rechtsstreit D... ./ R..., BPatG, Az. 29 W (pat) 66/13 -30 2011 068
597 – S 225/12 Lösch...

Ich bitte mich über die Entwicklungen unterrichtet zu halten...“.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Löschungsantragstellers ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Zu Unrecht hat die Markenabteilung 3.4 die Voraussetzungen einer Löschung der angegriffenen Marke verneint (§ 50 Abs. 1 und 2 Satz 1 MarkenG). Denn die angegriffene Marke „FanDealer“ ist und war wegen fehlender Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen.

A) R... ist zwar Rechtsinhaber der verfahrensgegenständlichen Marke, die Markenverwaltungs- und -verfügungsbefugnis obliegt jedoch dem Insolvenzverwalter.

Die während seiner (Privat-)Insolvenz durch R...persönlich erworbene verfahrensgegenständliche Marke ist Neuerwerb im Sinne des § 35 InsO und gehört damit zur Insolvenzmasse (vgl. Hess, Insolvenzrecht, Bd. 1, 2007, §§ 35, 36 Rn. 265; HambKomm/Lüdtke, 5. Aufl. 2015, § 35 Rn. 117; MüKommInsO/Peters, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 45; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 29 Rn. 33). Der Gemeinschuldner bleibt im Falle der Insolvenz zwar nach § 80 Abs. 1 InsO Inhaber der Rechte und Pflichten, und damit auch Inhaber der Marke. Er verliert aber seine Berechtigung, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen; diese Berechtigung geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über (Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl. 2015, § 29 Rn. 22; Fezer, a. a. O., § 29 Rn. 31, 33). Die Markenverwaltungs- und -verfügungsbefugnis obliegt damit vorliegend dem Insolvenzverwalter Dr. F..., der im Prozess als gesetzlicher Prozessstandschafter die Prozessführungsbefugnis unter Ausschluss des Gemein-

schuldners erlangt und damit Partei kraft Amtes ist (vgl. hierzu BPatG, Beschluss vom 16.04.2008, 29 W (pat) 44/06; HambKomm/Kaleisa, § 80 Rn. 40).

B) Das Lösungsverfahren bzw. Lösungsbeschwerdeverfahren ist und war nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen.

Grundsätzlich unterbricht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auch ein Verfahren zur Löschung einer Marke wegen absoluter Schutzhindernisse nach §§ 50, 54 MarkenG (vgl. HambKomm/Kuleisa, Vorbem. zu §§ 85-87 InsO, Rn. 24a; MüKommlnsO/Schumacher, a. a. O., Rn. 37 vor §§ 85-87; BPatG, Beschluss vom 13.12.2006, 29 W (pat) 149/03). Eine Klage wird aber nur dann unterbrochen, wenn sie im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder des Übergangs der Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter rechtshängig war. Hat ein Gläubiger die Klage gegen den Schuldner erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereicht, so findet § 240 ZPO keine Anwendung (MüKommlnsO/Schumacher, a. a. O., Rn. 42 vor §§ 85-87). Der BGH (NJW-RR 2009, 566 Rn. 9) hat hierzu festgestellt, dass schon dem Wortsinn des § 240 ZPO zu entnehmen sei, dass die Unterbrechung ein rechtshängiges Verfahren voraussetze. Das vorliegend in Gang gesetzte Lösungsverfahren ist – wenngleich Popularverfahren und insoweit nicht nur zweiseitiger prozessualer Vorgang – ein rechtshängiges Verfahren. Dieses wurde aber zeitlich deutlich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens angestrengt.

C) Die Voraussetzungen für die Durchführung des Lösungsverfahrens mit inhaltlicher Prüfung sind nach § 54 Abs. 2 Satz 3 MarkenG erfüllt, weil dem Löschungsantrag rechtswirksam widersprochen wurde.

Der Löschungsantrag wurde dem – für den im DPMAregister eingetragenen Markeninhaber erfassten – Vertreter am 4. Oktober 2012 zugestellt. Dieser hat mit Schriftsatz vom 22. November 2012 – also innerhalb von zwei Monaten – widersprochen. Richtigerweise hätte die Zustellung der Mitteilung über den Lö-

schungsantrag nach § 54 Abs. 2 Satz 1 MarkenG an den Insolvenzverwalter als Zustellungsadressaten (HambKomm/Kuleisa, § 80 Rn. 26), nicht jedoch an den Markeninhaber bzw. seinen Vertreter erfolgen müssen. Trotz des falschen Zustellungsadressaten kann bzw. konnte das hiesige die Markenlöschung betreffende Verfahren fortgesetzt werden:

Ausgehend von einer unwirksamen Zustellung vermochte eine solche schon nicht die zweimonatige Frist zur Erklärung des Widerspruchs in Gang zu setzen, mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter zu einem späteren Zeitpunkt widersprechen konnte. In der schriftlichen Erklärung des Insolvenzverwalters vom 17. Oktober 2014 kommt deutlich zum Ausdruck, dass die angegriffene Marke gegen eine Löschung verteidigt werden soll. Der Insolvenzverwalter hat in seinem Schreiben an den benannten Vertreter des Markeninhabers das Markenrecht weder aus dem Haftungsverband entlassen noch dem Schuldner die Verfügungsbefugnis zurückgegeben, mithin den Massegegenstand nicht freigegeben. Vielmehr hat er (lediglich) die Zustimmung zur Führung bzw. Weiterführung des anhängigen Verfahrens durch die Verfahrensbevollmächtigten erklärt und als Partei kraft Amtes und Inhaber der Verfügungsbefugnis damit dem Löschungsantrag widersprochen.

In den Äußerungen des Insolvenzverwalters kann aber auch bereits die Genehmigung der bisherigen Verfahrenshandlungen gesehen werden, so dass – eine rechtswirksame Zustellung der Löschungsunterrichtung am 4. Oktober 2012 unterstellt – dann von der Wirksamkeit der fristgerecht am 22. November 2012 beim DPMA eingegangenen Widerspruchserklärung auszugehen ist. Als nicht verfügungsberechtigter Rechtsinhaber und damit „Nichtberechtigter“ (Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 185 Rn. 5a) sind Verfügungen des Gemeinschuldners zwar gemäß § 81 Abs. 1 InsO jedermann gegenüber unwirksam, können aber gemäß § 185 Abs. 2 BGB analog vom Insolvenzverwalter mit ex tunc-Wirkung genehmigt werden (HambKomm/Kuleisa, § 81 Rn. 16). Zu den in § 81 InsO unwirksamen Verfügungen gehören u. a.

Prozess- bzw. Verfahrenshandlungen - wie sie auch die Widerspruchserklärung gemäß § 54 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 MarkenG darstellt -; damit werden auch die Handlungen des Bevollmächtigten des Schuldners erfasst, weil die Rechtsmacht des Bevollmächtigten nicht weiter gehen kann als die des Schuldners (Hess, a .a. O, § 81 Rn. 20). Der Insolvenzverwalter konnte daher die Prozessführung des Insolvenzschuldners analog § 185 Abs. 2 BGB für die Masse genehmigen bzw. das Handeln des von diesem (etwa auch nicht ordnungsgemäß) bevollmächtigten Vertreters.

D) Für die absoluten Lösungsgründe nach § 50 Abs. 1 MarkenG gilt, dass eine Löschung nur erfolgen kann, wenn das Vorliegen von Schutzhindernissen zu den jeweils maßgeblichen Zeitpunkten zweifelsfrei feststeht. Wird geltend gemacht, die Eintragung habe gegen einen oder mehrere Tatbestände des § 8 Abs. 2 MarkenG verstoßen, kann eine Löschung nur erfolgen, wenn das Eintragungshindernis sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke bestanden hat (neuere Rspr., die aber erst nach Beschlussfassung der Markenabteilung ergangen ist: BGH GRUR 2013, 1143, Nr. 15 - Aus Akten werden Fakten; GRUR 2014, 483, Nr. 22 - test; GRUR 2014, 565, Nr. 10 - smartbook) als auch - soweit es um die Tatbestände nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-9 MarkenG geht - im Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag noch besteht (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Ist eine solche Feststellung auch unter Berücksichtigung der von den Beteiligten vorgelegten und von Amts wegen zusätzlich ermittelten Unterlagen nicht möglich, muss es - gerade in Grenz- oder Zweifelsfällen - bei der Eintragung der angegriffenen Marke sein Bewenden haben (BPatG GRUR 2006, 155 - Salatfix).

1. Ausgehend von diesen Grundsätzen liegt der Lösungsgrund der fehlenden Unterscheidungskraft nach §§ 50 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vor.
 - a) Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen

als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 33 - Audi AG/ HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2008, 608 Rn. 66 f. - EUROHYPO; BGH GRUR 2013, 731 Rn. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 270 Rn. 8 - Link economy; GRUR 2010, 825 Rn. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 935 Rn. 8 - Die Vision). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH a. a. O. - Audi AG/ HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2006, 233 Rn. 45 - Standbeutel; GRUR 2006, 229 Rn. 27 - BioID; BGH GRUR 2009, 949 Rn. 10 - My World; GRUR, 2008, 710 Rn. 12 - VISAGE). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2009, 411 Rn. 8 - STREETBALL; GRUR 2009, 778 Rn. 11 - Willkommen im Leben; a. a. O. - My World). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 - Henkel; BGH GRUR 2001, 1151 - marktfrisch; MarkenR 2000, 420 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943 Rn. 24 - SAT 2; BGH WRP 2014, 449 Rn. 11 - grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rn. 86 - Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270 Rn. 11 - Link economy; GRUR 2009, 952 Rn. 10 - DeutschlandCard; GRUR 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die - etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH GRUR 2014, 872 Rn. 21 - Gute Laune Drops; GRUR 2010, 1100 Rn. 20 - TOOOR!; a. a. O. - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050 - Cityservice; GRUR 2001, 1043 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und die sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH GRUR 2014, 1204 Rn. 12 - DüsseldorfCongress; a. a. O. Rn. 16 - Gute Laune Drops; a. a. O. Rn. 23 - TOOOR!; a. a. O. Rn. 28 f. - FUSSBALL WM 2006). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 - DOUBLEMINT; a. a. O. Rn. 97 - Postkantoor; a. a. O. Rn. 38 - BIOMILD; GRUR 2003, 58 Rn. 21 - Companyline); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH MarkenR 2007, 204

Rn. 77 f. - CELLTECH; a. a. O. Rn. 98 - Postkantoor; a. a. O. Rn. 39 f. - BIOMILD; a. a. O. Rn. 28 - SAT 2; BGH a. a. O Rn. 16 - DüsseldorfCongress).

b) Den vorgenannten Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt und genügt das angegriffene Zeichen „FanDealer“ bereits zum Anmeldezeitpunkt 16. Dezember 2011 nicht. Im Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen hat das Zeichen einen im Vordergrund stehenden Begriffsinhalt bzw. weist einen engen sachlichen Bezug zu diesen auf. Für die erforderliche zweifelsfreie Bejahung des Eintragungshindernisses sind - anders als die Markenabteilung und der Markeninhaber meinen - unter Berücksichtigung der unter anderem maßgeblichen Faktoren wie Sprachüblichkeit und Sprachentwicklung, Kennzeichnungsgewohnheiten und Marktgepflogenheiten ausreichend konkrete Anhaltspunkte gegeben. Die angegriffene Marke gibt einen Hinweis auf (irgend)einen Anbieter, der Handel mit Fans im Rahmen von sozialen Netzwerken zu Werbezwecken betreibt.

aa) Das Zeichen setzt sich - wegen der Großbuchstaben an den Wortanfängen deutlich erkennbar - aus den Begriffen „Fan“ und „Dealer“ zusammen. „Fan“ ist das lexikalisch erfasste und dem Verkehr bekannte Kurzwort für „Anhänger, Bewunderer“ (DUDEN Online, www.duden.de). Im Bereich des Sozialen Netzwerks Facebook wurde der frühere „Fan werden“-Button im Jahr 2010 ersetzt durch den "gefällt mir"-Button. Hiervon abgeleitet werden die Anhänger oder Freunde in sozialen Netzwerken umgangssprachlich auch als „Fans“ bezeichnet. Der weitere Bestandteil „Dealer“ ist das englische Wort für „Händler, Händlerin“ (PONS Online-Wörterbuch; Englisch-Deutsch-Wörterbuch leo.org) und bezeichnet eine Person, die sich mit dem Kauf und Verkauf von Waren oder Wirtschaftsgütern beschäftigt (DUDEN Online, www.duden.de).

bb) Eine verbreitete beschreibende Verwendung des konkreten Markenworts „FanDealer“ (auch in anderen Schreibweisen wie z. B. Fandealer, Fan-Dealer) vor dem Anmeldezeitpunkt kann zwar nicht mit der gebotenen Sicherheit festgestellt werden. Die insoweit vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen, in denen der Markenbegriff (oder auch der Begriff Follower-Dealer) verwendet wird, beziehen sich auf das Jahr 2012, so beispielsweise folgende Artikel bzw. Beiträge: „Falsche Fans“, Spiegel 30/2012 (Anlage Ast1), veröffentlicht am 23.06.2012; „Firmen kaufen sich Fans auf Facebook zum Sparpreis“, Badische Zeitung (Anlage Ast 15), veröffentlicht am 23.01.2012; „facebook: gekaufte fans im sozialen netzwerk“, social.move.de (Anlage Ast 16), veröffentlicht am 18.06.2012; folgende Artikel in Anlagenkonvolut Ast 21: „Fake-Phänomen: Clubs kaufen Fans“, tillate.com, aktualisiert am 11.04.2012; „Shitstorm gegen W...“, Modulopfer.de, veröffentlicht am 20.10.2012; „Facebook: Ein geeigneter Vertriebskanal?“ jeweils in Zeitschrift „gi“ Heft 4/12 und Zeitschrift „vb“ Heft 3/2912; „Motor Club of America: New Word of mouth Program, geposted am 1.10.2012; „Wie arbeitet (funktioniert) ein Fan Dealer...(Fan Dealing)? Was ist ein Fandealer??“, Twitter 12.03.2012; „Geld verdienen im Internet mit Google+ Twitter Facebook und YouTube mit Liken, Follown, Teilen, Kommentieren und Autosurf beim Fan Dealer – Es gibt sogenannte FAN DEALER“, starboris.com, erstmalig eingestellt am 3.03.2012; „Twitter kämpft gegen Follower-„Dealer“, N24.de und Top-News Sat1, veröffentlicht jeweils am 6.08.2012.

Diese Verwendungsnachweise gehen nur vereinzelt auf den Markeninhaber zurück bzw. lassen insoweit (auch) ein kennzeichenmäßiges Verständnis zu. Überwiegend ist hier aber eine rein beschreibende Benutzung des Begriffs „Fan Dealer“ für das Geschäftsmodell des Handels mit Fans festzustellen (vgl. Aussagen wie „Siemssen ist nicht der einzige Fan-Dealer auf Ebay,“; „Großes Angebot an Fan-Dealern“; „Die Währung der Web-2.0-Welt sind Fans, Likes und Follower und Firmen sammeln diese wie Sticker im

Fussballalbum, Einige sind sogar bereit, diese Zustimmung von "Fan-Dealern" zu kaufen."; "You need to carry out a background check about the Facebook fan dealer."; "Es gibt sogenannte FAN DEALER, Ein überzeugender Fan Dealer mit gutem Überblick, Mit einem Klick auf einen Fan Dealer geht es direkt zur Beschreibung auf dieser Seite."; "Informationen über Fan-Dealer gibt es hier auf diesem Portal." u. a.). Ob diese aus dem Jahr 2012 datierenden Nachweise schon ausreichend sichere Rückschlüsse auf das Fehlen der Unterscheidungskraft zum Anmeldezeitpunkt zulassen, was aus Sicht des Senats nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, kann aus den nachfolgenden Erwägungen dahingestellt bleiben.

cc) Denn die weiteren vom Antragsteller eingereichten Unterlagen sowie die den Parteien vorab übersandten bzw. in der mündlichen Verhandlung überreichten Rechercheergebnisse des Senats belegen, dass es das Geschäftsmodell des „Handels mit Fans/Followern/Likes“ bzw. des „Kaufs und Verkaufs von Fans/Followern/Likes“ bereits vor dem Anmeldezeitpunkt vielfach und von verschiedensten Anbietern gab und dass zumindest die dem Markenbegriff entsprechende deutsche Bezeichnung „Fan-Händler“ bzw. damit vergleichbare Wortkombinationen beschreibend verwendet wurden:

- Ein Beitrag auf WDR.de vom 24. Juni 2011 betreffend „Soziale Netzwerke: Twitter, Facebook und Co.“ befasst sich unter dem Titel „Zwei Cent pro „Gefällt mir““ mit dem Handel mit Facebook-Fans, insbesondere durch den Anbieter Fanslave. Dort ist unter anderem ausgeführt: „Die Zahl der Facebook-Fans ist für manche Unternehmer offenbar mehr als nur eine Spielerei. Sie bezahlen Nutzer für einen Klick auf den „Gefällt mir“-Knopf- Mittlerweile gibt es regelrechte Marktplätze für den Verkauf von Fans... Auch wenn die Fanslave-Sprecherin nicht von „verkauften Fans“ sprechen will – manches Unternehmen formuliert das durchaus so.... „Der Kauf von Facebook Fans hat Marketinggründe, die wir an dieser Stelle nicht weiter erörtern möchten“...Den Handel mit Fans sieht...sehr kritisch... Neben Fanslave gibt es noch einige andere Fan-Händler und auch bei Ebay wird

so ziemlich alles gehandelt, was man sich in sozialen Netzwerken sonst „erarbeiten“ muss...“;

- In dem Blog www.seo-united.de ist am 8. Juli 2011 ein Beitrag zu dem Thema „Facebook-Fans kaufen bringt nichts!“ eingestellt worden, in dem ausgeführt wird: „Die Betreiber von ...haben 10 der bekanntesten Anbieter von käuflich zu erwerbenden Facebook-Fans getestet und sind dabei zu einem ernüchternden Ergebnis gekommen. Bei jedem der getesteten Anbieter war die Qualität der ausgelieferten Fans derart schlecht, dass man nur davon abraten kann, sich Fans für seine Seite bei Facebook zu kaufen... Auf den obigen Bildern ist zu sehen, dass es sich bei den gegen Bezahlung ausgelieferten Fans in erster Linie um Fake-Profile, also von Anbietern selbst erstellte Facebook-Profilen real nicht existierender Personen handelt...“. Dieser Beitrag ist im Weiteren vielfach kommentiert worden, so unter anderem mit folgenden Äußerungen: „Leider nehmen die Angebote mit dem Handel mit Facebook-Freunden immer mehr zu...“; „Allerdings muss ich dazu sagen, dass ich auch schon positive Erfahrungen mit gekauften Fans gemacht habe....Da man als Online-Händler an Facebook als Marketinginstrument und zur Neukundengewinnung absolut nicht vorbei kommt habe ich mir natürlich auch eine Facebook Seite zugelegt. Da ich anfangs mit den Interaktionen sowie Kommentaren auf der Seite überhaupt nicht zufrieden war habe ich vor einiger Zeit 200 deutsche Fans hinzugekauft und kann mich eigentlich über das Ergebnis nicht beklagen...“;
- In einem Spiegel Online Artikel war schon am 20.11.2009 zu lesen: „Freunde verkaufen verboten“...Eine einstweilige Verfügung gegen diese Methoden beantwortete USocial aber mit einer Versicherung, zumindest den Handel mit Facebook-Freunden einstellen und gewonnene Login-Daten löschen zu wollen...“; mit dem gleichen Thema befasst sich auch ein Kommentar vom 23. November 2009 auf der Seite einer Firma im Bereich

Marketing- und Sales-Engineering unter dem Titel „Handel mit Facebook Freunden gestoppt“;

- Auf der Diskussionsplattform sellerforum.de ist am 18. August 2011 das Angebot „Biete deutsche + echte Facebook-Fans“ eingestellt und wie folgt erläutert worden: „Wer Interesse an deutschen Facebook-Fans hat, kann sich bei mir melden. Ich kann euch 100 Fans für ... Euro besorgen und benötige zum Fanaufbau lediglich die URL eurer Fanpage. Ich bin Mitglied in einem Fantausch-System und kann fortlaufend Fans für eure Seiten generieren.“;
 - Der Online-Artikel einer österreichischen Zeitung vom 22. November 2011 befasst sich unter der Überschrift „Woher Faymann seine falschen Facebook-Freunde bekam“ mit dem Boom von Anbietern, die gegen Bezahlung Fans auf sozialen Netzwerken vermitteln. Zu lesen ist dort: „Faymann „Opfer“ falscher Freunde...Faymanns Facebook-Team erwähnte bei der Bekanntgabe der nicht-gewünschten Fans einen ebay-Händler aus Deutschland, bei dem 1.000 Fans um knappe ... Euro und ... Fans um etwa ... Euro angeboten werden...Großes Angebot an Fan-Händlern Wenn man auf das große Angebot im Internet blickt, scheinen Anbieter, die gegen Bezahlung Fans auf sozialen Netzwerken vermitteln, zu boomen... Der Fan-Händler (Frank...) sagt im Gespräch..., dass er die Fans seinerseits von einem anderen Anbieter erwerbe, um diese Leistung weiterzuverkaufen. „Das ist eine typische Agenturleistung.“ Der Anbieter wiederum verfüge über viele Kontakte, also Fans, denen er die Seite des Käufers weiterempfehle...“.
- dd) Die in das Verfahren eingeführten Unterlagen machen Hintergrund und Funktionsweise des Geschäftsmodells des Fanhandels deutlich. Mit dem schon seit dem Jahr 2005 beginnenden großen Wachstum an sozialen Medien zeigten sich dort auch immer mehr Unternehmen, insbesondere auf

Facebook (und im Weiteren dann auch auf anderen sozialen Netzwerken wie Twitter und YouTube); unter den Betreibern der als Fanseiten bezeichneten Präsenzen befinden sich viele bekannte Marken. Aber auch kleinere und mittelgroße Unternehmen werben um Fans. Für viele gehört ein Engagement im Bereich Social Media zum Marketing-Mix, es wird als wichtiges Werkzeug für Kundenkommunikation, Markenführung im Internet oder Promotion-Kampagnen gesehen. Eines der Hauptziele beim Einsatz von Social Media im Marketing ist die Kommunikation mit (potentiellen) Kunden und die Produktpräsentation. Es erlaubt den Einfluss auf die Zielgruppe in jedem Stadium des Entscheidungsprozesses der Interessenten. Es lassen sich auch weitere, indirektere Vorteile durch das Social Media Marketing für die Unternehmen aufzeigen. Sieben der zehn einflussreichsten Faktoren auf das Ranking bei Google lassen sich auf Aktivitäten in sozialen Netzwerken zurückführen. Das bedeutet, dass Marken mit einer niedrigen Präsenz und Aktivität in Social-Media-Plattformen tendenziell in den Suchergebnissen weiter hinten gelistet werden (vgl. hierzu auch Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Stichwort: Social-Media-Marketing). Vor diesem Hintergrund - insbesondere um selbst Einfluss auf die Zahl der Fans, aber auch auf Inhalte von Kommentaren zu nehmen - hat sich ein Markt für Fan-Händler ergeben, bei denen Fans - tatsächliche Nutzer von sozialen Netzwerken (wie es der Markeninhaber für sein Angebot in Anspruch nimmt) und auch unechte Nutzerprofile - wie eine Ware verkauft und gekauft werden können. Die unter bb) aufgeführten Nachweise zeigen zweifelsfrei, dass hierfür sachbeschreibend die Begriffe „Fan“ und „Handel“ verwendet werden und wurden. Dass derjenige, der das Internet-Geschäftsmodell des Handelns mit Fans betreibt, als Fan-Händler bezeichnet wird, ist damit naheliegend.

- ee) Die verfahrensgegenständlichen Werbedienstleistungen der Klasse 35 richten sich in erster Linie an Gewerbetreibende sowie an Unternehmensinhaber und Angehörige der unternehmerischen Führungsebene. Durch das Geschäftsmodell des Fan-Handels werden zudem neben dem inländischen

Fachverkehr auch die allgemeinen Nutzer von sozialen Netzwerken angesprochen.

Diese Verkehrskreise werden den Markenbegriff „FanDealer“ ohne weiteres als Sachhinweis auf einen „Fanhändler“ verstehen. Dies gilt unabhängig davon, ob FanDealer lediglich als englische Übersetzung für „Fan-Händler“ oder als neue deutsche Wortbildung aufgefasst wird, so dass unerheblich ist, ob neben „Fan-Händler“ (auch) die Wortkombination „FanDealer“ vor dem Anmeldezeitpunkt sachbeschreibend verwendet wurde. Denn auch Wortneubildungen kann - wie oben bereits angeführt - das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstehen, wenn sie sprachüblich gebildet sind und ihr beschreibender Aussagegehalt so deutlich und unmissverständlich ist, dass sie ihre Funktion als Sachbegriffe erfüllen können. Dies ist dann der Fall, wenn sich den angesprochenen Abnehmern eine konkret beschreibende Angabe ohne die Notwendigkeit besonderer Denkprozesse unmittelbar erschließt. Ein solcher Fall liegt hier vor.

Selbst als deutsche Wortbildung war und ist „FanDealer“ sprach- und werbeüblich; denn bereits vor dem Anmeldezeitpunkt gab es ausreichend deutsche Begriffsbildungen mit „Dealer“ im Sinne von „Händler“, wie beispielsweise die in den vorab überreichten Belegen aufgeführten Wörter „Info-Dealer“ (Das neue Trendwörterbuch Lexikon, Bertelsmann Lexikon Verlag, 1998), „Energie Dealer“, „Nuss-Dealer“ (Zukunftsletter 11/07 und 08/08) oder „Daten-Dealer“ zeigen. Dabei ist es keineswegs so, dass ein Händler bzw. „Dealer“ nur mit konkret gegenständlichen Objekten Handel treibt, sondern auch immaterielle Güter wie Informationen, Daten, Energie oder „Fans“ gehandelt werden können.

- ff) Hinsichtlich der hier beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 35 *„Werbung, insbesondere: Werbung in sozialen Netzwerken; Werbung im Internet für Dritte; Präsentation von Firmen im Internet und anderen Medien; Onlinewerbung in einem Computernetzwerk; Dienstleistungen einer Werbe-*

agentur“ ist dem Zeichen „FanDealer“ im Sinne von „Fan-Händler“ der Sachhinweis zu entnehmen, dass diese von einem Fan-Händler erbracht werden, womit auch ein Hinweis auf das insoweit übliche Leistungsangebot verbunden ist. Für diese (neue) Art des Geschäfts des Handels mit Fans gibt es keinen konkreten eigenen Dienstleistungsbegriff in der Nizza-Klassifikation oder der elektronischen Klassifikationsdatenbank (eKDB). Der Handel mit Fans dient in der Regel Werbe- und Marketingzwecken und kann daher - wie die aufgeführten Beispiele von verschiedenen Anbietern, u. a. einer Werbeagentur, die das Konzept und Design sowie die Pflege und Administration von Fanpages anbietet, zeigen, den Bereichen „Werbung, Marketing, Verkaufsförderung“ - mithin den geschützten Dienstleistungen, die unter diese Oberbegriffe zu subsumieren sind, - zugerechnet werden. So wird im Übrigen auch auf der Seite des Markeninhabers selbst die Dienstleistung als „Social Media/Network Marketing“ bezeichnet (Bl. 23 d. A.). Zwischen dem Markenbegriff und den beanspruchten Dienstleistungen ist daher jedenfalls ein enger beschreibender Bezug gegeben.

Der Markenbegriff „FanDealer“ stellt nach alledem eine Sachaussage für die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen dar und ist und war somit nicht geeignet, als betrieblicher Herkunftshinweis zu dienen. Die Entscheidung „Link economy“ des BGH führt nicht zu einem für den Markeninhaber günstigeren Ergebnis, denn anders als in der genannten Entscheidung liegt im vorliegenden Fall eine üblich gebildete, ohne weiteres verständliche Sachaussage vor.

2. Das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft wurde auch nicht durch eine (nachträgliche) Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden. Eine solche hat der Markeninhaber im Lösungsverfahren vor dem DPMA zwar behauptet, im Weiteren aber hierzu nichts Konkretes vorgetragen. Der insoweit beibringungspflichtige Markeninhaber hat weder eine Verkehrsbefragung vorgelegt, noch substantiiert vorgetragen, in welcher Form, für welche Produkte bzw. Leistungen, von wem, in welchem Gebiet und in welchem Umfang sowie

seit wann diese Angabe nach Art einer Marke im Verkehr benutzt wurde, einschließlich geeigneter Belege in Form von Katalogen, Preislisten, Werbematerial und Umsatzzahlen. Die Printberichte sowie die auf den genannten Internetportalen veröffentlichten Artikel, in denen der Markeninhaber genannt ist bzw. auch als „einer der Marktführer“ bezeichnet wird, reichen ersichtlich nicht aus, eine Verkehrsdurchsetzung anzunehmen.

3. Da der angegriffenen Marke sowohl im Anmeldezeitpunkt wie auch im Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung über den Löschungsantrag das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstand und noch entgegensteht, kann dahinstehen, ob „FanDealer“ für die fraglichen Dienstleistungen zugleich als unmittelbar beschreibende Angabe gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG Freihaltungsbedürftig ist bzw. gewesen ist.
4. Ohne Erfolg beruft sich schließlich der Markeninhaber auf Voreintragungen anderer Marken mit dem Bestandteil „Dealer“. Diese betreffen zum Teil schon andere Waren/Dienstleistungen und mögen auch hinsichtlich ihrer Wortbildung und ihres beschreibenden Charakters wegen unterschiedlicher Kennzeichnungsgepflogenheiten anders zu beurteilen sein. Unabhängig davon sind Voreintragungen nicht bindend. Denn auch unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz darf nicht von einer den rechtlichen Vorgaben entsprechenden Entscheidung abgesehen werden (ständige Rspr., vgl. EuGH GRUR 2009, 667 Rn. 18 - Bild-digital und ZVS Zeitungsvertrieb Stuttgart; BGH, a. a. O., Rn. 45 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 376, Rn. 19 – grill meister; WRP 2011, 349 Rn. 12 - FREIZEIT Rätsel Woche; GRUR 2011, 230 Rn. 12 - SUPERgirl).
5. Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Löschungsgrund der bösgläubigen Markenmeldung nach §§ 50 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG liegt nicht vor; ausreichende Anhaltspunkte für eine bösgläubige Anmeldung sind weder vorgetragen worden noch ansonsten ersichtlich.

Eine Markenmeldung ist bösgläubig im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG, wenn der Anmelder das angemeldete Zeichen nicht als Marke, d. h. als Herkunftshinweis, benutzen, sondern die formale Rechtsstellung als Inhaber eines Kennzeichenrechts lediglich zum Zwecke der rechtsmissbräuchlichen oder sittenwidrigen Behinderung Dritter einsetzen will (BGH GRUR 2009, 780 - Ivadal; GRUR 2005, 581, 582 - The Colour of Elégance).

Der Anmelder einer Marke handelt allerdings nicht schon deshalb unlauter und ist daher nicht schon deswegen als bösgläubig anzusehen, weil er weiß, dass ein anderer dasselbe oder ein ähnliches Zeichen im Inland für gleiche Waren benutzt, ohne hierfür einen formalen Kennzeichenschutz erworben zu haben; ein Vorbenutzungsrecht in diesem Sinne ist dem Markenrecht fremd. Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn auf Seiten des Markeninhabers besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten, welche die Erwirkung des Markenschutzes als wettbewerbs- oder sittenwidrig erscheinen lassen.

Derartige Umstände können darin liegen, dass die Markenmeldung in der Absicht vorgenommen wird, die Marke nicht selbst zu benutzen, sondern (nur) andere an ihrer Benutzung zu hindern (sog. Spekulationsmarke, vgl. BGH a. a. O. Rn. 16 ff. - Ivadal; GRUR 2001, 242, Rn. 35 - Classe E). Ferner ist von bösgläubiger Anmeldung auszugehen, wenn der Anmelder in Kenntnis eines schutzwürdigen Besitzstandes des Vorbenutzers ohne zureichenden sachlichen Grund die gleiche Bezeichnung für gleiche Waren mit dem Ziel anmeldet, den Besitzstand des Vorbenutzers zu stören, bzw. in der Absicht, für diesen den Gebrauch des Zeichens zu sperren (vgl. EuGH GRUR 2009, 763 Rn. 46, 53 - Lindt & Sprüngli/Franz Hauswirth; BGH a. a. O., Rn. 13 - Ivadal; GRUR 2009, 992 Rn. 16 - Schuhverzierung; BGH GRUR 2008, 621 Rn. 21 - AKADEMIKS; GRUR 2004, 510 - S 100), oder dass er die mit der Eintragung des Zeichens kraft Markenrechts entstehende Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt (vgl. BGH GRUR 2012, 429 Rn. 10 - Simca m. w. N.).

Die Absicht, die Marke zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einzusetzen, braucht dabei nicht der einzige Beweggrund für die Anmeldung zu sein; vielmehr reicht es aus, dass diese Absicht - nach dem Ergebnis der anzustellenden Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles (vgl. EuGH GRUR 2009, 763, Rn. 37 f., 51-53 - Lindt & Sprüngli / Franz Hauswirth) - das wesentliche Motiv war (BGH GRUR 2000, 1032 - EQUI 2000; GRUR 2008, 621, Rn. 32 - AKADEMIKS; GRUR 2008, 917, Rn. 23 - EROS).

Nach diesen Grundsätzen können die Voraussetzungen für eine Löschung der Streitmarke wegen Bösgläubigkeit des Markeninhabers bei Anmeldung nicht festgestellt werden.

Die Anmeldung der Streitmarke stellt sich nicht als Störung eines schutzwürdigen Besitzstandes des Löschantragstellers dar. Einen solchen Besitzstand hat der Beschwerdeführer schon nicht geltend gemacht. Auch kann die Marke nicht als Spekulationsmarke angesehen werden; denn eine ernsthafte eigene Benutzungsabsicht geschäftlicher Art seitens des Markeninhabers liegt vor, was der Antragsteller letztlich auch nicht bezweifelt. Der Markeninhaber war zudem unstreitig schon vor Anmeldung auf dem Gebiet des Handels mit Fans tätig. Die Förderung des eigenen Geschäfts spricht gegen eine bloße Behinderungsabsicht.

Schließlich erlauben die vom Markeninhaber gegen den Löschantragsteller eingeleiteten rechtlichen Schritte allein keine sicheren Rückschlüsse auf eine Behinderungsabsicht bei Anmeldung der angegriffenen Marke. Vor dem dargestellten Hintergrund stellt sich das Verhalten des Markeninhabers vielmehr eher als zweckentsprechender Einsatz und Verteidigung seines Markenrechts dar.

E) Zur Auferlegung von Kosten auf einen Beteiligten aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG besteht bei dem dargestellten Ergebnis kein An-

lass. Die gegenseitigen Kostenanträge der Verfahrensbeteiligten waren daher zurückzuweisen.

F) Auch der Antrag des Beschwerdeführers auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr aus Billigkeitsgründen nach § 71 Abs. 3 MarkenG war zurückzuweisen. Bei dieser Regelung handelt es sich um einen Ausnahmetatbestand, der nur bei Vorliegen besonderer Umstände und auch nicht schon bei jeder fehlerhaften Rechtsanwendung erfüllt ist (vgl. Knoll in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 71, Rn. 43, 44). Rechts- bzw. Verfahrensfehler, welche die Erstattung der Gebühr angezeigt erscheinen lassen könnten, sind nicht gegeben. Insbesondere hat die Markenabteilung die vom Antragsteller im Amtsverfahren eingereichten Unterlagen nicht ignoriert, sondern hat sich, wenn auch sehr oberflächlich, damit befasst. Der letzte Schriftsatz des Antragsgegners im amtlichen Lösungsverfahren, der erst zusammen mit dem Beschluss übersandt worden war, enthielt kein neues entscheidungserhebliches Vorbringen, sondern im Wesentlichen bereits bekannte Rechtsausführungen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs liegt daher nicht vor. Dass die Markenabteilung rechtliche Fragen wie z. B. die Frage der Sachdienlichkeit einer Anhörung anders als der Antragsteller beurteilt hat, stellt – wie auch das übrige Vorbringen des Beschwerdeführers - keinen Grund dar, der die Einbehaltung der Beschwerdegebühr unbillig erscheinen lässt.

G) Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht geboten. Weder war über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 82 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als erforderlich zu erachten (§ 82 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Der Senat hat bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit im Rahmen eines Markenlösungsverfahrens wie auch zur Frage des Einflusses von Voreintragungen die hierfür von der Rechtsprechung des BGH und EuGH entwickelten Kriterien angewendet.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Dr. Mittenberger-Huber

Uhlmann

Akintche

Hu