

35. Welche Umstände sind maßgebend für die Frage, ob eine deutsche Brennerei gegen § 3 UnWG. verstößt, wenn sie den von ihr hergestellten, einen besonderen rauchigen Geschmack nach Art des schottischen Whisky aufweisenden und mit einem aus Schottland bezogenen Whisky-Destillat hergestellten Kornbranntwein unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ in den Handel bringt?

II. Zivilsenat. Urt. v. 5. Mai 1936 i. S. Firma B. & Co. Ltd. in London u. a. (Höfl. und Nebenintervenientinnen) w. off. Handelsgef. G., Weindbrennerei und Likörfabrik in Br. (Bl.). II 243/35.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin stellt in ihrer Brennerei in Br. einen Kornbranntwein her, den sie unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ vertreibt. Ihre Flaschen sind mit zwei Schildern versehen, von denen das größere das eigentliche Flaschenschild, das kleinere einen Flaschenhals-Streifen darstellt, der auf dunklem Grunde den Ausdruck „Marke Gildenhaus“ in weißer Farbe trägt. Die Beklagte ist eine britische Whisky-Firma, die in Deutschland durch die Firma S.-Marken Import Gesellschaft mbH., Berlin, vertreten wird. Die Beklagte hat zusammen mit den fünf Streitgehilfinnen, in Schottland ansässigen Firmen, die gleichfalls Whisky liefern und der Beklagten auf deren Streitverkündung hin in dem vorliegenden Rechtsstreit beigetreten sind, in der deutschen Fachpresse eine Bekanntmachung erlassen, in der darauf hingewiesen wird, daß keine deutsche Branntweinfirma ihr Erzeugnis in irgendeiner Weise als Whisky mit oder ohne Zusatz bezeichnen dürfe. Die Veröffentlichung beruft sich hierfür auf das Urteil des erkennenden Senats des Reichsgerichts vom 2. Februar 1934 II 83/33 (= RGZ. Bd. 143 S. 188) in der Sache der jetzigen Beklagten, damaligen Erstklägerin, und der jetzigen Streitgehilfinnen, damaligen Mitklägerinnen, gegen B.

Die Klägerin begehrt mit Rücksicht auf diese Bekanntmachung mit der vorliegenden Klage die Feststellung, daß ihr das Recht zustehe, ihr Erzeugnis als „Deutscher Whisky“ zu bezeichnen und bei dem Vertriebe die beiden erwähnten Flaschenschilder zu benutzen.

Sie steht in erster Reihe auf dem Standpunkt, daß das Wort „Whisky“ im Ausland wie im Inland eine reine Gattungsbezeichnung sei für einen Trinbranntwein, der sich lediglich durch einen bestimmten Geschmack, nämlich einen rauchigen Geschmack, von anderen Trinbranntweinen unterscheide. Ein Branntwein mit solchem Geschmack werde, wie sie weiter ausführt, nicht nur in Großbritannien, insbesondere in Schottland, sondern in vielen Ländern, z. B. in Nordamerika, Kanada, Australien, Japan, Holland hergestellt, wenn auch der Geschmack nicht überall der gleiche sein

möge. Das Wort „Whisky“ weise nicht auf einen bestimmten Ort als ursprüngliche Herstellungsstätte hin, da es einen solchen nicht gebe, sondern bedeute — aus dem Altirischen stammend — „Lebenswasser“ entsprechend der Bezeichnung Aquavit für einen bestimmten dänischen Branntwein. Deshalb könne ein Trinkbranntwein mit Rauchgeschmack, auch wenn er in Deutschland hergestellt werde, Whisky genannt werden, auf alle Fälle aber mit dem von der Klägerin verwendeten Zusatz „Deutscher“ zu „Whisky“ behufs Hervorhebung des Unterschiedes zu der jedenfalls vor dem Kriege in größerem Umfange aus Großbritannien nach Deutschland eingeführten Ware. Darüber hinaus weise sie durch die Art der von ihr gewählten Schilder besonders auf die deutsche Herkunft der Ware hin. In gleicher Weise werde ohne Widerspruch der Beklagten der in anderen Ländern als Großbritannien und Deutschland hergestellte Whisky durch einen entsprechenden Zusatz zu dem Wort „Whisky“ bezeichnet. Die Klägerin bemerkt noch, daß sie bei der Herstellung ihres Erzeugnisses, das übrigens ebenso hochwertig und ebenso gut sei wie die Ware der Beklagten und der Streitgehilfinnen, ein bestimmtes, von ihr aus Schottland bezogenes Destillat mitverwende, das die Grundlage jedes auch in Schottland hergestellten Whisky bilde. Trotz der Benutzung des schottischen Whisky-Destillats sei der „Deutsche Whisky“ der Klägerin in gleichem Maße eine deutsche Ware wie Deutscher Weinbrand, Deutscher Schaumwein, Deutscher Wermuth, die noch mehr ausländische Bestandteile enthielten, als ihr „Deutscher Whisky“, da z. B. der Deutsche Weinbrand aus französischem Wein destilliert sei. Die Klägerin betont, daß seit langer Zeit jeder Whisky-Verbraucher in Deutschland nicht nur wisse, daß es auch einen Whisky deutscher Herkunft gebe, sondern daß gerade ihre Ware infolge ihrer jahrelangen starken Werbung allen Whisky-Verbrauchern im Inlande bekannt sei. Diese seien durch die Spezialmarke und durch den Zusatz „Deutscher“ zum Worte „Whisky“, ferner durch den sonstigen Ausdruck des Flaschenschildes in der Lage zu erkennen, daß die Ware aus Deutschland stamme. Ein Recht auf ausschließliche Benutzung des Wortes „Whisky“ mit oder ohne Zusatz stehe den britischen Whiskyfabrikanten daher nicht zu.

Aber auch für den Fall, daß das Wort „Whisky“ als Herkunftsbezeichnung für ein großbritannisches Erzeugnis anzusehen sein sollte, sei durch den Zusatz „Deutscher“ zu diesem Wort eine

genügende „Entlokalisierung“ vorgenommen worden. Durch diesen Zusatz sowie durch den weiteren Aufdruck auf den Schildern und durch die sonstige Ausstattung ihrer Flaschen sei eine Täuschung der Verbraucher ausgeschlossen. Auch der große Preisunterschied ihrer Ware im Vergleich zu dem infolge des hohen Zolls etwa das Doppelte kostenden englischen Whisky bilde ein Unterscheidungsmerkmal, zumal Whisky in Deutschland nicht von großen Kreisen, sondern nur von einer bestimmten, geldlich besser gestellten Bevölkerungsschicht verbraucht werde.

Endlich stehe der Beanstandung der Bezeichnung „Whisky“ (mit „entlokalisierendem“ Zusatz) im deutschen Whiskyvertrieb der Klägerin aber auch der Gesichtspunkt der Vermittlung entgegen, weil die deutschen Whiskyhersteller, die mindestens seit dem Jahre 1902 im Deutschen Reich ein in deutschen Fabriken mit dem Sondergeschmack des großbritannischen Whisky hergestelltes Getränk als Whisky mit oder ohne Zusatz zu diesem Wort vertrieben, einen rechtlich geschützten wertvollen Besitzstand an der Warenbezeichnung Whisky (mit oder ohne Zusatz) erworben hätten, den die Beklagte und die Streitgehilfinnen seit vielen Jahren gekannt und bis zum Jahre 1931 ohne Widerspruch geduldet hätten. Die Beklagte habe sogar einigen anderen deutschen Firmen den Vertrieb ihrer Erzeugnisse als Whisky und Deutscher Whisky ausdrücklich gestattet.

Die Klägerin hat daher mit der vorliegenden Klage die Feststellung ihrer Berechtigung beantragt, den von ihr hergestellten Kornbranntwein unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ und unter Benutzung der der Klageschrift beigegebenen dunklen Flaschenschilder zu vertreiben. Die Beklagte hat um Klageabweisung und widerklagend gebeten, die Klägerin zu verurteilen,

a) zur Unterlassung bei Vermeidung gerichtlicher Strafe, einen in Deutschland hergestellten Kornbranntwein unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ zu vertreiben,

b) das größere der beiden von der Klägerin benutzten, im Klageantrag wiedergegebenen Flaschenschilder an einen Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vernichtung herauszugeben.

Die Streitgehilfinnen der Beklagten haben sich deren Sach- und Rechtsausführungen angeschlossen und gleichfalls Klageabweisung und Verurteilung auf die Widerklage beantragt. Die Beklagte nimmt für sich und die übrigen britischen Whiskyfirmen das ausschließliche

Recht zur Verwendung der Bezeichnung Whisky mit oder ohne Zusatz für einen Kornbranntwein mit dem eigentümlichen rauchigen Geschmack, den keine in einem anderen Lande ansässige Branntweinfabrik hervorrufen könne, in Anspruch. Ihrer Behauptung nach ist Whisky nicht eine Gattungsbezeichnung, sondern eine reine Herkunftsangabe. Auch der deutsche Verbraucher sehe als Whisky nur ein Erzeugnis an, das aus Großbritannien, insbesondere aus Schottland eingeführt sei. Die Beklagte und die Streitgehilfinnen seien die Erfinder der Ware, die von ihnen in mühevoller Arbeit in der ganzen Welt vertrieben werde. Allerdings werde auch in einigen anderen Ländern englischer Zunge, z. B. Nordamerika und Kanada ein Branntwein hergestellt, der als „amerikanischer Whisky“ und als „kanadischer Whisky“ bezeichnet werde, doch sei dieser dem schottischen nicht gleichwertig, übrigens auch in Deutschland unbekannt; eine besonders schlechte Nachahmung sei der „japanische Whisky“. Auch durch die Verwendung eines Malzdestillats aus Schottland, des wichtigsten Bestandteils des Whisky, für ihre Ware erreiche die Klägerin nur, daß ihr Erzeugnis dem britischen etwas ähnele. Andererseits mache sich die Klägerin aber durch die Verwendung dieses aus Schottland stammenden wesentlichen Bestandteils ihrer Ware, die sie trotzdem als „deutschen Whisky“ bezeichne, einer Täuschung der Allgemeinheit schuldig, da es sich hiernach in Wahrheit nicht um eine deutsche Ware handle.

Weiter ergibt sich nach Ansicht der Beklagten die Absicht der Klägerin, die Verbraucher zu täuschen, auch aus dem Umstande, daß sie bis kurz vor Klagerhebung ihr Erzeugnis in einer Ausstattung vertrieben habe, die ihm das Aussehen eines britischen gegeben habe. Aber auch die von der Klägerin alsdann verwendete Bezeichnung „Deutscher Whisky“ und die sonstige Aufschrift ihrer Schilder ist nach Ansicht der Beklagten nicht geeignet, eine Verwechslungsmöglichkeit mit dem britischen Whisky auszuschließen, einmal deshalb, weil der Verbraucher in den meisten Fällen die Flasche mit der Aufschrift „Deutscher Whisky“ und die sonstige Aufschrift der Schilder nicht vor Augen bekomme, der Gastwirt aber geneigt sei, den deutschen Ursprung der Ware zu verheimlichen, weiter aber deshalb, weil der deutsche Verbraucher, der etwa doch die Aufschrift des Schildes sehe oder die Bezeichnung „Deutscher Whisky“ höre, annehmen könne, unter einem „Deutschen Whisky“

sei ein englischer Whisky mit einer speziell deutschen Geschmacksrichtung oder ein in Deutschland von einer englischen oder schottischen Firma hergestellter Whisky zu verstehen. Die Unzulässigkeit der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ ergibt sich nach der weiteren Ansicht der Beklagten auch aus der Verwässerungsgefahr, die für das Wort „Whisky“ eintreten würde, falls man seine Verwendung mit dem Zusatz „deutsch“ gestatte.

Die Beklagte sieht die Verwendung der beanstandeten Bezeichnung für das Erzeugnis der Klägerin ferner als sittenwidrig und deshalb als unzulässig an, weil die Klägerin durch die Bezeichnung den wirtschaftlichen Erfolg der britischen Whiskyhersteller auf Grund jahrzehntelanger Arbeit unberechtigt für sich ausbeuten wolle. Von dem angeblichen rechtlich geschützten Besitzstand der Klägerin an dem Worte „Whisky“ mit oder ohne Zusatz für ihr Erzeugnis könne daher schon deshalb keine Rede sein, weiter aber auch deshalb nicht, weil die Erzeugung von Whisky in Deutschland erst nach dem Kriege von etwa 17 deutschen Firmen begonnen worden sei und niemals einen bedeutenden Umfang angenommen habe; erst in den letzten Jahren sei der Handel mit dem sogenannten „Deutschen Whisky“ größer geworden, trete aber auch jetzt noch hinter den britischen Whisky sehr stark zurück, der 70% des deutschen Verbrauchs ausmache.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens der Industrie- und Handelskammer B. der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Kammergericht hat die Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten und der Streitgehilfsfirmen wurde das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Die Bezeichnung „Whisky“ ohne Zusatz ist nach der Auffassung des hierfür maßgebenden deutschen Verbrauchers nach der Feststellung des Berufungsgerichts eine Herkunftsbezeichnung für einen in Großbritannien (besonders Schottland) hergestellten, einen besonderen rauchigen Geschmack aufweisenden Kornbranntwein, und sie hat nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts die von Anfang an bestehende Eigenschaft einer solchen Herkunftsangabe nach der Auffassung des deutschen Verbrauchers auch bisher nicht verloren, obgleich das Wort „Whisky“ nicht etwa auf eine bestimmte

örtliche Herstellungsstätte in Großbritannien hinweise, sondern sprachlich „Lebenswasser“ bedeute. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung einmal darauf, daß diese Tatsachen gerichtsbelehrt seien, weiter daß sie durch den Inhalt der eingeholten Auskunft der Industrie- und Handelskammer in B. vom 27. November 1934 bestätigt würden. Die Klägerin sieht auch in der Revisionsinstanz in erster Reihe auf dem Standpunkt, daß diese Feststellung des Berufungsgerichts bezüglich des Wortes „Whisky“ nicht zutrifft, dieses vielmehr nach der Auffassung des deutschen Verbrauchers eine Beschaffenheitsangabe darstellt. Sie beruft sich zur Begründung auf ihre nach ihrer Ansicht vom Berufungsgericht zu Unrecht nicht berücksichtigten ausführlichen Darlegungen in den bisherigen Rechtsgängen, wonach in einem sehr großen Teile der Welt, keineswegs nur in Großbritannien, Whisky hergestellt werde und mit entsprechenden lokalisierenden Zusätzen zu der Bezeichnung Whisky in den Handel komme, ohne daß die Beklagte oder eine der Streitgehilfinnen oder eine etwa sonst noch Whisky erzeugende Firma Großbritanniens jemals mit Erfolg dagegen vorgegangen wäre.

Obwohl es sich nach der Annahme des Berufungsgerichts bei dem Worte „Whisky“ für den deutschen Verbraucher unverändert um eine Herkunftsbezeichnung handelt, sieht es das Berufungsgericht an sich für möglich an, daß „eine derartige Herkunftsbezeichnung durch einen Zusatz eine Klarstellung in der Richtung erhalte, daß der deutsche Verbraucher das Erzeugnis nicht mehr für ein in Großbritannien hergestelltes, sondern für ein deutsches Erzeugnis halte.“ Das Berufungsgericht verweist zur Unterstützung seiner grundsätzlichen Auffassung über die Möglichkeit, daß Zusätze zu Herkunftsbezeichnungen nach der Ansicht des Verkehrs „entlokalisierenden“ Charakter haben können, d. h. daß dem Worte durch den Zusatz die Eigenschaft einer bestimmten Herkunftsbezeichnung nach der Annahme der beteiligten Verkehrskreise genommen werden könne, auf die drei Urteile des erkennenden Senats des Reichsgerichts vom 7. Februar 1933 über Pilsener Bier (von denen II 86/32 in *RGZ.* Bd. 139 S. 363 abgedruckt ist), in denen der entlokalisierende Charakter eines einen anderen Ortsnamen enthaltenden Zusatzes zu dem Worte „Pilsener“ bejaht ist (a. a. O. S. 365 flg.), und auf die Ausführung in dem Revisionsurteil vom 2. Februar 1934 in dem erwähnten Whisky = Vorprozeß (*RGZ.* Bd. 143 S. 188),

wo jedenfalls die Möglichkeit eines dahin gehenden Einflusses eines geeigneten Zusatzes nicht grundsätzlich abgelehnt werde.

Das Berufungsgericht prüft dann, von dieser grundsätzlichen Einstellung ausgehend, die hier zu entscheidende Frage, ob der Zusatz „deutsch“ zu dem Worte „Whisky“, also die zusammengesetzte Bezeichnung „Deutscher Whisky“ für die Ware der Klägerin von vornherein, d. h. unabhängig von der Frage eines etwaigen redlich erworbenen Besitzstandes der Klägerin an dieser zusammengesetzten Bezeichnung, geeignet sei, dem deutschen Verbraucher gegenüber klarzustellen, daß es sich bei dem so bezeichneten Getränk um eine deutsche Ware handele. Bei Prüfung der Frage, welche Kreise der deutschen Bevölkerung als maßgeblich hierfür in Betracht kommen, legt das Berufungsgericht nicht so sehr das Gewicht auf die deutschen Whiskyhändler, da diese vermöge ihres Fachwissens und ihrer Kenntnis der infolge des hohen Zolls doppelt so hohen Preise der englischen im Vergleich zu der deutschen Ware von vornherein genau Bescheid wissen, ob es sich bei der ihnen zum Kauf angebotenen um jene oder diese handelt. Das Berufungsgericht legt vielmehr bei Prüfung der Auffassung der beteiligten Kreise das Hauptgewicht auf die Whisky trinkenden Kreise in Deutschland. Und in dieser Richtung stellt es dann weiter fest, daß als solche nicht der einfache Mann des Volkes, sondern, wie auch die Industrie- und Handelskammer B. in ihrer gutachtlichen Auskunft vom 27. November 1934 betone, nur eine verhältnismäßig kleine Schicht von geldlich Bessergestellten in Betracht komme, die den Preis von 9 bis 12 RM. für die Flasche des deutschen Getränks, den die Klägerin unwidersprochen als ihren Kleinverkaufspreis angegeben habe, oder mehr als 20 RM. für die Flasche des englischen Getränks zu bezahlen vermöge. Das Berufungsgericht stellt aber ausdrücklich fest, daß gerade diese Verbraucher, die einen verhältnismäßig so hohen Preis für das von ihnen gewünschte Getränk anlegen, besonders darauf achten, ob es sich bei der ihnen angebotenen Ware um ein ausländisches oder um ein solches Erzeugnis handelt, das ausdrücklich als „Deutscher Whisky“ bezeichnet sei. Sei aber dies der Fall, so müßten, nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts, gerade diese Kreise auch mit Rücksicht auf die Verfeinerung, die der Begriff „deutsch“ infolge der herrschenden Anschauung gegenwärtig erfahren habe, daß eine ausdrücklich als „deutsch“ bezeichnete Ware auch tatsächlich nur ein deutsches Er-

zeugnis darstellen kann. Das Berufungsgericht sieht daher die hiermit übereinstimmende Erklärung der Industrie- und Handelskammer B. in ihrer gutachtlichen Auskunft als den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend und daher als zutreffend an, daß nicht nur ein deutscher Händler, sondern auch ein deutscher Verbraucher, der einen „deutschen Whisky“ kaufe, nicht im Zweifel darüber sei, daß es sich um einen in Deutschland hergestellten Branntwein, nicht aber um ein ausländisches, insbesondere nicht um ein von einer britischen Firma hergestelltes Erzeugnis handle. Daraufhin gelangt das Berufungsgericht zu der Feststellung, daß nicht nur bei den Whiskyhändlern in Deutschland, sondern auch bei den deutschen Verbrauchern von Whisky der in gleicher Größe und Stärke verwendete Zusatz des Wortes „deutscher“ zu dem Worte „Whisky“, wie dies seitens der Klägerin geschehe, geeignet sei, in Deutschland dem Worte „Whisky“ die Bedeutung der reinen Herkunftsangabe zu nehmen.

Diese Feststellung des Berufungsgerichts kann nur dahin verstanden werden und wird auch von den Parteien in der Revisionsinstanz übereinstimmend dahin verstanden, daß nach der Annahme des Berufungsgerichts der Zusatz „deutscher“ die Herkunftsbezeichnung „Whisky“ zu einer Beschaffenheitsangabe mache, d. h. zu einer Bezeichnung, durch die mit einer für den deutschen Verbraucher genügenden Klarheit zum Ausdruck gebracht werde, daß es sich um ein deutsches Erzeugnis mit einem dem eigentümlichen rauchigen Whiskygeschmack ähnlichen Geschmack, also um ein deutsches Erzeugnis nach Art des großbritannischen Whisky handle. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Urteile des erkennenden Senats über Pilsener Bier mit der Annahme der „entkohlisierenden“ Wirkung von Zusätzen von Eigenschaftsworten, gebildet nach deutschen Ortsnamen, zu der Herkunftsbezeichnung „Pilsener“ läßt keinen Zweifel zu, daß der Sinn der Feststellung des Berufungsgerichts der wiedergegebene ist. Eine dritte Möglichkeit, die zwischen der Annahme einer Herkunftsbezeichnung und der einer Beschaffenheitsangabe liegen könnte, gibt es nicht, da das Berufungsgericht die an sich denkbaren Möglichkeiten, die in dieser Richtung liegen könnten, — von der Revision nicht angefochten — als nicht gegeben ansieht, nämlich die Möglichkeit, daß der deutsche Verbraucher unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ einen in England oder Schott-

land hergestellten Whisky einer besonderen deutschen Geschmacksrichtung oder einen von einer englischen oder schottischen Firma in Deutschland hergestellten Whisky verstehen könnte.

Wenn der Zusatz „deutsch“ hiernach die Herkunftsbezeichnung „Whisky“ nach Feststellung des Berufungsgerichts zu einer Beschaffenheitsangabe macht, dann kann er sie nicht zu einer zweiten Herkunftsbezeichnung machen, entgegen der Auffassung, die das Berufungsgericht bei der Prüfung und Ablehnung des Hinweises der Beklagten auf die Verwässerungsgefahr vertritt. Das Berufungsgericht führt dort aus, daß „von einer Verwässerung der reinen Herkunftsbezeichnung ‚Whisky‘ durch die Klägerin deswegen nicht die Rede sein könne, weil das von ihr hinzugefügte, in gleicher Weise geschriebene Wort ‚Deutscher‘ auf das besondere Herkunftsland dieses Getränks“, d. i. also auf Deutschland, „besonders schlagkräftig hinzuweisen geeignet sei und unmißverständlich hinweise“. Dann beständen also nach Ansicht des Berufungsgerichts zwei Herkunftsbezeichnungen: „Whisky“ für ein englisches, „Deutscher Whisky“ für ein deutsches Erzeugnis. Der Zusatz „deutsch“ „entlokalisiert“ dann nicht, sondern „lokalisiert“ gerade. Nun ist es schon bedenklich, daß ein so allgemeines Wort wie „deutsch“ eine neue Herkunftsbezeichnung zu schaffen geeignet sein sollte, weiter daß es für zwei Erzeugnisse, die das gleiche Wort Whisky als Hauptbezeichnung aufweisen, zwei Ursprungsländer geben sollte in dem Sinne, daß ihre Bezeichnungen beide Male Herkunftsbezeichnungen sein sollten. Vor allem aber liegt ein offenkbarer Widerspruch in der Begründung des Berufungsgerichts vor. Denn es sieht nach den obigen Darlegungen bei seinen an erster Stelle gemachten Ausführungen und getroffenen Feststellungen das Wort „Whisky“ im Fall der Verbindung mit dem Zusatz „deutscher“ als Beschaffenheitsangabe, die gleiche Wortverbindung aber später als zweite Herkunftsbezeichnung an und stützt gerade auf diese Tatsache die Zurückweisung des Einwandes der Verwässerungsgefahr für die Eigenschaft des Wortes „Whisky“ allein für sich als Herkunftsbezeichnung infolge der Verwendung der Bezeichnung „Deutscher Whisky“.

Schon dieser Widerspruch in der Begründung des Berufungsgerichts mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur ander-

weitigen Verhandlung und Entscheidung führen. Denn auch die Rechtsfolgen z. B. der von der Beklagten geltend gemachten Verwässerungsgefahr, sind verschieden bei der einen und bei der anderen Einstellung des Berufungsgerichts:

Fall 1: Ist die Verkehrsauffassung des deutschen Verbrauchers wirklich die, welche das Berufungsgericht an erster Stelle feststellt, daß der Zusatz „deutsch“ die Herkunftsbezeichnung „Whisky“ zu einer Beschaffenheitsangabe macht, dann besteht nicht mehr die „Gefahr“ einer Verwässerung der Herkunftsbezeichnung „Whisky“, sondern dann ist diese Gefahr schon zum Erfolge geworden, dann ist die Herkunftsbezeichnung schon „verwässert“.

Fall 2: Ist es aber möglich, daß ein so allgemeines Wort wie „deutsch“ eine neue Herkunftsbezeichnung schaffen kann, dann ist allerdings die Bezeichnung „Whisky“ wohl in Gefahr, zur Beschaffenheitsangabe abzugleiten; dann erscheint es nicht verfehlt, wenn die Revision meint, eine Irreführung der Verbraucher liege zwar nicht vor, denn der deutsche Verbraucher verstehe unter der Bezeichnung „Deutscher Whisky“ ein in Deutschland hergestelltes Erzeugnis, aber der Herkunftsbezeichnung „Whisky“ drohe die Gefahr der Verwässerung, des Abgleitens zur Beschaffenheitsangabe, wie sie in der Wortverbindung „Deutscher Whisky“ tatsächlich vorliege.

In dem künftigen Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht erneut zu der Grundfrage Stellung zu nehmen haben, ob die Verkehrsauffassung bei dem deutschen Verbraucher wirklich von Anfang an dahin gegangen ist, daß „die Bezeichnung ‚Whisky‘ ohne Zusatz eine Herkunftsbezeichnung für einen in Großbritannien, besonders Schottland, hergestellten, einen besonderen rauchigen Geschmack aufweisenden Kornbranntwein darstellt“ und daß das Wort Whisky, das nicht etwa auf eine bestimmte örtliche Herstellungsstätte in Großbritannien hinweist, sondern sprachlich nur „Lebenswasser“ bedeutet, also eine Phantasiebezeichnung darstellt, die gattungsartigen Charakter hat, seine angebliche ursprüngliche Eigenschaft als Herkunftsangabe für den deutschen Verbraucher in der Tat bisher auch nicht verloren hat. Bei der Prüfung und Beantwortung dieser Frage ist — was bisher Landgericht und Kammergericht, wie die Klägerin mit Recht gerügt hat, nicht getan haben, aber hätten tun müssen — das folgende Vorbringen der Klägerin schon in der Klageschrift und in späteren Schriftsätzen beider Rechts-

jüge zu berücksichtigen: Nicht nur in allen englischsprechenden Ländern, also auch außerhalb Großbritanniens z. B. in U. S. A. und Canada sowie Australien, ferner aber auch in Holland und Japan werde Whisky hergestellt, es gebe also z. B. irischen, schottischen, englischen, amerikanischen, kanadischen, australischen, holländischen, japanischen Whisky, der je nach dem Ursprungsland als „Scotch Whisky“, „American Whisky“, „Canadian Whisky“ usw. in den Handel gebracht werde; gegen keine dieser allgemein verwendeten Bezeichnungen von schottischen oder sonstigen großbritannischen Whisky-Erzeugern sei mit dem Erfolge eines gerichtlichen Verbots einer solchen Bezeichnung eingeschritten, sondern diese Bezeichnungen würden noch jetzt in den genannten Ländern unangefochten gebraucht.

Sollten diese ausführlichen Darlegungen der Klägerin, ohne deren Berücksichtigung das Berufungsgericht die Frage, ob der Name Whisky vom deutschen Verbraucher als Herkunftsbezeichnung oder als Beschaffenheitsangabe angesehen wird, nicht beantworten durfte, deren Nichtberücksichtigung also auch aus sachlich-rechtlichen Gründen rechtsirrig war, den Tatsachen entsprechen, so würde die von der Klägerin in diesem Rechtsstreit von Anfang an in erster Reihe mit allem Nachdruck vertretene Auffassung, daß es sich bei der Bezeichnung Whisky nach der Ansicht des deutschen Verbrauchers überhaupt nicht um eine Herkunftsbezeichnung, sondern um eine Beschaffenheitsangabe handle, daß die Bezeichnung Whisky zum mindesten den Charakter als Herkunftsbezeichnung verloren und zu einem Gattungsnamen geworden sei, eine sehr erhebliche Stütze erhalten. In dem erwähnten Vorprozeß (RGZ. Bd. 143 S. 188) waren die Angaben des damaligen als Verleher in Anspruch genommenen deutschen Beklagten in dieser Richtung nicht so ausführlich und bestimmt, und die in dem damaligen Berufungsurteil getroffene tatsächliche Feststellung, daß die Bezeichnung „Whisky“ ohne Zusatz nach der Auffassung des deutschen Verbrauchers eine Herkunftsbezeichnung für einen in Großbritannien hergestellten Kornbranntwein . . . darstelle, war, da sie keinen Rechtsverstoß erkennen ließ, für das Revisionsgericht bindend.

Diese Bedenken, die sich gegen die Annahme richten, daß die Bezeichnung Whisky nach wie vor Herkunftsbezeichnung nach der Auffassung des deutschen Verbrauchers sei, gründen sich auf die

als richtig zu unterstellenden Angaben der Klägerin über die Verwendung dieser Bezeichnung in einem sehr großen Teil der ganzen Welt mit entsprechenden lokalisierenden Zusätzen für einen in den einzelnen Ländern hergestellten Kornbranntwein bestimmten Geschmacks. Dazu kommen weitere Bedenken in dieser Richtung durch den Inhalt der gutachtlichen Auskunft der Industrie- und Handelskammer B. vom 27. November 1934. Denn ihre Erklärung, daß der deutsche Händler und Verbraucher bei dem Anblick der Bezeichnung „Deutscher Whisky“, also der Verwendung des Zusatzes „Deutscher“ zu der Bezeichnung „Whisky“, sich darüber klar sei, daß es sich um einen in Deutschland hergestellten Branntwein und nicht um ein ausländisches, insbesondere auch nicht um ein aus Großbritannien stammendes Erzeugnis handle, setzt voraus, daß sich diese Verkehrsauffassung innerhalb der sehr kurzen Zeit der Verwendung der Wortverbindung „Deutscher Whisky“ von nicht mehr als reichlich sechs Monaten gebildet hat. Denn unstreitig befindet sich diese Bezeichnung der Klägerin erst seit dem Laufe des April 1934 im Verkehr, wie sich auch aus ihrer in Gemeinschaft mit drei anderen Firmen in der bereits im ersten Rechtszug zu den Akten überreichten „Deutschen Destillateur-Zeitung“ (Berlin) Nr. 51 vom 28. April 1934 und aus der ebenfalls damals überreichten gesonderten Erklärung der Klägerin ergibt. Berücksichtigt man einmal die außerordentlich kurze Verwendungsdauer bis zur Abgabe der gutachtlichen Auskunft der Industrie- und Handelskammer B. und außerdem die von ihr ausdrücklich hervorgehobene Tatsache, daß es sich nur um eine „gewisse kleine Schicht von Verbrauchern“ handelt, so ist die Auffassung, die sich nur auf einen so kurzen Gebrauch der Wortverbindung stützt und trotz seiner kurzen Dauer aus ihm den Schluß zieht, daß der Zusatz „Deutscher“ zu dem Worte „Whisky“, das ohne diesen Zusatz Herkunftsbezeichnung geblieben sei, dieses zu einer Beschaffenheitsangabe nach der Ansicht des deutschen Verbrauchers gemacht habe, nur dann verständlich und erklärlich, wenn die Kennzeichnungskraft der Bezeichnung „Whisky“ für einen nur in Großbritannien als Herkunftsland erzeugten Kornbranntwein mit eigenartigem rauchigen Geschmack bereits vor Verwendung der Wortverbindung „Deutscher Whisky“, also längst vor dem April 1934, im deutschen Verkehr stark verwässert war.