

16. Unter welchen Voraussetzungen kann eine Gattungsbezeichnung die Bedeutung eines Merkmals für die Herkunft so bezeichneter Waren aus einem bestimmten Betrieb erlangen? Genügt zur Entstehung eines Ausstattungsbereiches an einer solchen Bezeichnung, daß nicht unerhebliche Teile des Verkehrs in ihr einen Hinweis auf die Herkunft erblicken?

WZG, § 25.

II. Zivilsenat. Ur. v. 23. Juni 1941 i. S. A. Alpenmilch AG.
(Kl. und Widerbefl.) w. Firma F. M. G.-S. (Befl. und Widerkl.).
II 9/41.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien stellen kondensierte Milch her und bringen sie in Dosen in den Handel. Sie stehen insoweit miteinander in Wettbewerb. Die Klägerin vertreibt ihre Milch unter den Bezeichnungen „Bärenmarke“ und „Trift“. Sie verwendet für letztere ein Etikett, das als nach ihrer Behauptung beherrschendes Merkmal das Bild einer durch eigenartige Form und Farbe gekennzeichneten Alpenlandschaft enthält. Dieses Etikett ist für sie zufolge Anmeldung vom 15. Februar 1937 seit dem 13. August 1937 unter der Nr. 495667 auch als Warenzeichen für Milch, Butter und Käse eingetragen. Die Beklagte versieht ihre Dosenmilch mit einem Etikett, das ebenfalls eine Alpenlandschaft aufweist und in seinem unteren Teile von einem roten Bande mit der in weißen Buchstaben wiedergegebenen Aufschrift „Alpenmilch“ durchzogen wird. Die Klägerin hat geltend gemacht: Sie genieße für das in ihrem Etikett enthaltene Bild einer Alpenlandschaft, das sie in dieser Form seit dem Jahre 1925 verwende,

mindestens seit dem Jahre 1929 Ausstattungsschutz. Die Beklagte habe früher Etikette mit Alpenbildern verwendet, die nach Gegenstand und Ausführung von den ihrigen völlig verschieden gewesen seien. Im Jahre 1934 sei sie dann zur Benutzung ihres jetzigen Etiketts übergegangen, das in seinem bildlichen Teile dem von ihr verwendeten Etikett weitgehend gleiche und mit ihm verwechselt werden könne. Daß es der Beklagten darauf angekommen sei, eine solche Verwechslung herbeizuführen, ergebe sich auch daraus, daß sie sich schon vor dem Jahre 1934 zur Bezeichnung ihrer Erzeugnisse des Wortes „Alpenmilch“ bedient habe, das sie auch in dem jetzt beanstandeten Etikett schlagwortartig verwende. Dieses Wort habe sie, die Klägerin, seit Jahrzehnten zur Bezeichnung ihrer Milchzeugnisse gebraucht, und es sei im Verkehr als Merkmal für deren Herkunft allgemein bekannt geworden. Die Klägerin hat unter Berufung auf §§ 24, 25, 30, 31 WZG., § 1 UrWZG. und §§ 823, 826, 1004 BGB. beantragt, die Beklagte zur Unterlassung des beanstandeten Gebrauchs und zur Beseitigung des Alpenlandschaftsbildes auf ihren Waren und Geschäftspapieren, notfalls zu deren Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vernichtung zu verurteilen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie hat bestritten, daß das Wort „Alpenmilch“ für die Klägerin Verkehrsgeltung im Sinn einer Herkunftsbezeichnung erlangt habe oder habe erlangen können, da es die Klägerin selbst seit Jahren nicht mehr verwende, das Wort außerdem eine dem deutschen Sprachschatz angehörende Beschaffenheitsangabe darstelle, die auch von anderen Firmen, z. B. von der Firma Nestlé, seit langer Zeit benutzt werde. Sie, die Beklagte, bediene sich der Bezeichnung „Alpenmilch“ seit dem Jahre 1908. Auch die im Etikett der Klägerin enthaltene Alpenlandschaft werde vom Verkehr nicht als Kennzeichen für eine bestimmte Herkunft der Ware betrachtet. Die Gefahr einer Verwechslung mit der von ihr, der Beklagten, verwendeten Abbildung bestehe nicht.

Die Beklagte hat ferner Widerklage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß die Klägerin nicht berechtigt sei, ihr die Verwendung der Bezeichnung „Alpenmilch“ zu untersagen. Zur Begründung hat sie vorgebracht, aus dem Vorbringen der Klägerin gehe hervor, daß sie ihr den Gebrauch dieses Wortes streitig machen wolle. Die Klägerin hat dies in Abrede gestellt und beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Beklagte im wesentlichen antragsgemäß verurteilt, auch die mit der Widerklage begehrte Feststellung getroffen. Die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin sind zurückgewiesen worden. Die Revision der Klägerin führte unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils zur Abweisung der Widerklage. Die Anschlußrevision der Beklagten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin richtet sich gegen die von den beiden Vorbergerichten getroffene Feststellung zur Widerklage, daß die Klägerin nicht berechtigt sei, der Beklagten die Verwendung der Bezeichnung „Alpenmilch“ zu untersagen. Die Zulässigkeit dieser Feststellung kann nicht, wie die Klägerin glaubt, damit in Zweifel gezogen werden, daß es an einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 B.P.O. fehle, dessen Bestehen oder Nichtbestehen einer Feststellung zugänglich sei. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Streit darüber, ob die Klägerin zu einer ausschließlichen Benutzung dieses Wortes befugt sei und deshalb der Beklagten seinen Gebrauch untersagen könne, die rechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander unmittelbar berührt, also über die bloße Feststellung einer Tatsache hinausgeht. Ihm ist auch beizutreten, wenn es ein rechtliches Interesse der Beklagten an der begehrten Feststellung bejaht, weil sich die Klägerin durch ihr Vorbringen im Rechtsstreit eines solchen Untersagungsrechts berühmt habe. Dabei mag allerdings, wie die Revision mit Recht hervorhebt, zweifelhaft sein, ob ihr Verhalten einen Anspruch des Inhalts rechtfertigt, wie ihn die Beklagte mit ihrer Widerklage erhoben und von den Vorbergerichten zugesprochen erhalten hat. Dem Vorbringen der Klägerin kann nicht entnommen werden, daß sie der Beklagten die Verwendung des Wortes „Alpenmilch“ schlechthin untersagen wolle. Sie wendet sich gegen seine schlagwortartige Benutzung auf den von der Beklagten in den Handel gebrachten Dosen und ihren Schildern, insbesondere den mit der Klage beanstandeten Etiketten, weil dadurch der Eindruck eines Hinweises auf ihr eigenes, unter diesem Schlagwort bekannt gewordenen Unternehmen hervorgerufen werde, will aber nicht dem sonstigen Gebrauch des Wortes in der sprachüblichen Bedeutung einer bloßen Beschaffenheitsangabe entgentreten. Nur in diesem

Umfange könnte also der Beklagten daran liegen, eine Klärung der Rechtslage durch richterliche Entscheidung herbeizuführen, und ihr Widerklagebegehren könnte mangels eines weitergehenden Feststellungsinteresses von vornherein nur Erfolg haben, soweit es in diesem eingeschränkten Sinne zu verstehen wäre. Die Fassung des Widerklageantrags schließt aber eine solche Deutung nicht schlechthin aus. Wenn die Beklagte festgestellt haben will, daß die Klägerin nicht berechtigt sei, ihr die Verwendung der Bezeichnung „Alpenmilch“ zu untersagen, so spricht schon dies dafür, daß sie sich im Gebrauch dieses Wortes nur wegen der von der Klägerin erhobenen Beanstandung seiner schlagwortartigen Benutzung, nicht auch in sonstiger Hinsicht beeinträchtigt fühlt und daß sie bei ihrem Feststellungsbegehren nur diese Art der Benutzung im Auge hat. Hierauf deutet auch die Begründung der Widerklage hin, in der sie gerade auf das oben erwähnte, nur gegen die schlagwortartige Verwendung des Wortes „Alpenmilch“ gerichtete Vorbringen der Klägerin im Rechtsstreit Bezug nimmt. Die angefochtene Entscheidung zur Widerklage könnte hiernach, wenn sie sonst begründet wäre, entgegen der Ansicht der Revision nicht schon deshalb beanstandet werden, weil sie inhaltlich zu weit gehe. Es bedürfte insoweit lediglich einer ergänzenden Klarstellung, um den Gegenstand der Feststellung dem Sinne des Widerklageantrags gemäß dahin deutlich zu machen, daß die Klägerin nicht befugt sei, der Beklagten die schlagwortartige Verwendung der Bezeichnung Alpenmilch zu untersagen.

In der Sache selbst geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Bezeichnung „Alpenmilch“ eine dem deutschen Sprachschatz angehörige Beschaffenheitsangabe sei, die besage, daß es sich um eine aus dem Alpenlande stammende Milch handele, mit der ein bestimmter Gütebegriff verbunden werde. Es hält die Umbildung einer Beschaffenheitsangabe zu einer Herkunftsangabe an sich für möglich, meint aber, sie sei so lange noch nicht eingetreten, als noch ein beachtlicher Teil der Verkehrskreise in der Bezeichnung eine Beschaffenheitsangabe erblicke. Das ist nach seiner Meinung bei der Bezeichnung „Alpenmilch“ der Fall. Das Berufungsgericht entnimmt den Auskünften der von ihm befragten Industrie- und Handelskammern sowie dem von ihm eingeholten Gutachten des Instituts für Wirtschaftsbeobachtung der deutschen Fertigware, daß der überwiegende Teil der für die Auffassung der maßgebenden Verkehrskreise in Betracht

kommenden Wiederverkäufer und Verbraucher in der Bezeichnung Alpenmilch nur eine Beschaffenheitsangabe sehe und das Wort nicht als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe betrachte. Es hält danach seine Umwandlung aus einer Beschaffenheitsangabe in eine Herkunftsbezeichnung nicht für vollzogen und spricht der Klägerin das Recht ab, die Bezeichnung „Alpenmilch“ für sich allein in Anspruch zu nehmen. Das gilt nach seiner Meinung auch, wenn, wie die Klägerin geltend mache, das Wort „Alpenmilch“ ursprünglich überhaupt nicht die Bedeutung einer Beschaffenheitsangabe besessen habe, sondern von ihr erst zur Kennzeichnung ihrer Milch geschaffen worden sei. Auch in diesem Falle könne, so führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin ein Ausschließungsrecht nur in Anspruch nehmen, wenn sich das Wort als Kennzeichen für die Herkunft der Milch aus ihrem Betrieb im Verkehr durchgesetzt habe. Das sei aber weder nach den Urkunden der Industrie- und Handelskammern noch nach dem Gutachten des Instituts für Wirtschaftsbeobachtung bewiesen.

Die Revision der Klägerin rügt demgegenüber Verletzung des sachlichen Rechts, insbesondere des § 25 WZG. sowie des § 286 ZPO. Sie muß Erfolg haben.

Der Ausstattungsschutz, auf den sich die Klägerin beruft, hat zur Voraussetzung, daß die besondere Aufmachung, unter der eine Ware in den Verkehr gelangt, in diesem Anerkennung als Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe gefunden hat. Die tatsächlich erlangte Geltung, die hiernach allein entscheidet, macht jede beliebige, äußerlich wahrnehmbare Gestalt der Ware, ihrer Verpackung oder der ihrer Verbreitung dienenden Werbemittel geeignet, als Ausstattung in die Erscheinung zu treten. Sie kann auch einer Angabe zustatten kommen, der gegenständlich die Fähigkeit, als Unterscheidungsmerkmal zu dienen, fehlt. Deshalb sind auch Beschaffenheitsangaben, Gattungsbezeichnungen oder sonstige Angaben, die nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG. von der Eintragung als Warenzeichen ausgeschlossen sind, des Ausstattungsschutzes fähig, sofern sie in beteiligten Kreisen als Kennzeichnung der Ware nach ihrer Herkunft angesehen werden. Der Berechtigte kann solchenfalls jeder Benutzung durch einen anderen entgegentreten, durch die eine Angabe in ihrer ihm allein vorbehaltenen Herkunftskennzeichnungswirkung beeinträchtigt wird. Die damit verbundene Beschränkung

des Verkehrs in der Verwendung eines sonst sprachüblichen und gemeingebräuchlichen Ausdrucks mag es erforderlich erscheinen lassen, daß an den Nachweis der Verkehrsanerkennung strenge Anforderungen gestellt werden (vgl. MuW. 1933 S. 182). Das kann aber nicht zur Folge haben, daß, wenn es sich um die Durchsetzung eines an sich als Beschaffenheitsangabe anzusehenden Wortes handelt, für die Entstehung eines Ausstattungsschutzes grundsätzlich ein anderer Maßstab angelegt wird, als ihn das Gesetz an die Hand gibt. Wenn in § 25 WZG. einer Ausstattung Schutz zugebilligt wird, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen für Waren bestimmter Herkunft gilt, so sind damit die gesetzlichen Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes für alle Möglichkeiten seines Entstehens festgelegt. Auch für Worte, die als bloße Gattungsbezeichnungen oder Beschaffenheitsangaben zunächst der Kennzeichnungskraft entbehren, kann zur Entstehung eines Ausstattungsrechts nicht mehr verlangt werden, als daß sie nach der Auffassung beteiligter Verkehrskreise die Bedeutung eines Herkunftshinweises erlangt haben. Dazu ist, wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt, nicht erforderlich, daß die in Betracht kommenden Kreise in ihrer Gesamtheit diese Auffassung teilen. Es genügt, daß die Meinung, es handele sich um ein Herkunftskennzeichen, in den Kreisen der Abnehmer so weit verbreitet ist, daß sie als für die Verkehrsauffassung beachtlich berücksichtigt werden muß (vgl. MuW. 1931 S. 264, 1937 S. 24). Inwieweit hiernach auch eine Gattungsbezeichnung, wie sie das Wort „Alpenmilch“ in seinem sprachüblichen Sinne darstellt, als Herkunftsmerkmal angesehen werden muß um die Bedeutung einer Ausstattung zu erlangen, hängt wesentlich von der Art der Ware und der Zusammensetzung der Kreise ab, für die sie bestimmt ist. Während es bei Erzeugnissen, die nach Beschaffenheit oder Preis nur in einem begrenzten Kreis Absatz finden, auf die Auffassung dieses Kreises ankommt, sind bei Waren, die wie im vorliegenden Fall als Nahrungsmittel des täglichen Bedarfs in den weitesten Schichten der Bevölkerung Eingang finden, alle diejenigen maßgebend, die beim Weitervertrieb oder als Verbraucher mit ihnen in Berührung kommen. Auch hierbei kann aber für die Frage der Verkehrsgeltung innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsgebiets nicht auf das bloße zahlenmäßige Überwiegen derer abgestellt werden, die in der Angabe den Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte erblicken. Ortliche Verschiedenheiten in der Verkehrsauffassung und

sonstige Schwierigkeiten des Beweises könnten andernfalls gerade bei allgemeinen Verbrauchsgütern den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nahezu unmöglich machen. Auch hier kann nur entscheidend sein, ob die Ansicht, die Aufmachung der Ware weise auf ihren Ursprung hin, in den beteiligten Verkehrskreisen so weit Raum gewonnen hat, daß sie zum mindesten bei einem nicht unerheblichen Teile der Abnehmerschaft als herrschend angesehen werden kann.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts werden diesen Gesichtspunkten nicht gerecht. Wenn es auf Grund der Auskünfte der Industrie- und Handelskammern feststellt, daß der überwiegende Teil der maßgebenden Verkehrskreise in der Bezeichnung „Alpenmilch“ eine Beschaffenheitsangabe erblicke, so setzt es sich, wie die Revision zutreffend bemerkt, mit den Beweisergebnissen schon insofern in Widerspruch, als das Gutachten des Instituts für Wirtschaftsbeobachtung eindeutig zum Ausdruck bringt, daß die Mehrzahl der Abnehmer die mit dem Worte „Alpenmilch“ bezeichnete Dosenmilch als aus einer und derselben Erzeugungstätte stammend ansieht, die Bezeichnung also als Herkunftskennzeichen betrachtet. Das trifft nach dem Gutachten nicht nur für die Kreise der befragten Händler zu, von denen 51 v. H. diese Auffassung vertreten haben, sondern in verstärktem Maß auch für die Verbraucher, deren Meinung bei einem für den täglichen Bedarf bestimmten Nahrungsmittel wie Milch besonders ins Gewicht fällt. Von den für die Verkehrsauffassung auf diesem Gebiet in erster Reihe maßgebenden Hausfrauen, auf die sich die Erörterungen der genannten Gesellschaft erstreckten, haben 60 v. H. ihrer Ansicht dahin Ausdruck verliehen, daß „Alpenmilch“ die Bezeichnung für Dosenmilch aus einer bestimmten Erzeugungstätte sei. Angesichts des sich hieraus ergebenden zahlenmäßigen Übergewichts derer, die in der Bezeichnung „Alpenmilch“ eine Herkunftsangabe sehen, ist es nicht recht verständlich, wenn das Berufungsgericht zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt. Soweit es hierzu dadurch veranlaßt worden sein sollte, daß nur ein verhältnismäßig geringer Teil der sich für eine Kennzeichnungswirkung des Wortes ausprechenden Abnehmer instande gewesen ist, die Erzeugungstätte selbst anzugeben, wäre dies insofern rechtsirrtümlich, als es hierauf für die Verkehrsgeltung nicht ankommt. Es ist bei sonst vorherrschender Ansicht der beteiligten Kreise, daß die mit der Ausstattung versehene Ware aus einem bestimmten Betriebe stamme, unerheblich, ob ihnen

dieser Betrieb bekannt ist. Für die Entstehung einer Verkehrsanerkennung wäre selbst unschädlich, wenn einzelne Abnehmer die Bezeichnung irrtümlich mit einem anderen Betrieb als dem sie als Ausstattung benutzenden in Verbindung brächten. Aber abgesehen von dem Zahlenverhältnis, das nach dem oben Ausgeführten für sich allein nicht von entscheidender Bedeutung ist, gibt das Gutachten auch sonst über den Umfang der Anerkennung des Wortes „Alpenmilch“ als Herkunftsangabe in einer Weise Aufschluß, daß eine für die Entstehung eines Ausstattungsschutzes ausreichende Verkehrsgeltung innerhalb des gesamten Reichsgebiets als erwiesen angesehen werden muß. Es läßt erkennen, daß auch in räumlicher Hinsicht die herkunfts-kennzeichnende Bedeutung des Wortes vorherrscht. Die Bezeichnung „Alpenmilch“ gilt, wie das Gutachten feststellt, in den Kreisen des Handels in weiten Gegenden Deutschlands überwiegend als Herkunftsmerkmal und tritt in dieser Bedeutung nur in einzelnen Bezirken gegenüber einer Wertung als Beschaffungsangabe zurück. Für die vor allem in Betracht kommende Verbraucherenschaft gestaltet sich das Bild insofern noch günstiger, als hier die Zahl derer, die in dem Wort einen Ursprungshinweis sehen, die Zahl der Vertreter entgegengesetzter Auffassung überall übersteigt. Die im Gutachten geschilderte Art der Erhebungen, die zu den ihm zugrunde gelegten tatsächlichen Unterlagen geführt haben, bietet auch im übrigen Gewähr für eine im Rahmen des Möglichen einwandfreie Ermittlung der Verkehrsauffassung. Die Zahl der Befragten, ihre räumliche Verteilung innerhalb des Reichsgebiets und ihre Befragung durch besonders ausgebildete und geschulte Personen begründen alle Wahrscheinlichkeit, daß das so gewonnene Ergebnis die Ansicht der beteiligten Kreise unversehrt und erschöpfend widerspiegelt.

Auch in der Beurteilung der von ihm eingeholten Auskünfte der Industrie- und Handelskammern geht das Berufungsgericht insofern von einer unrichtigen Betrachtungsweise aus, als es ersichtlich nur diejenigen als beweiskräftig gelten läßt, in denen der Bezeichnung „Alpenmilch“ die Bedeutung einer Herkunftsangabe ohne jede Einschränkung beigelegt wird. Es führt hierfür die Bezirke Würzburg, München und Frankfurt a. M. an. Dabei läßt es außer acht, daß, wie oben dargelegt, auch schon die einheitliche Auffassung eines nicht unbeachtlichen Teils der beteiligten Kreise genügt, um eine Verkehrsanerkennung entstehen zu lassen. Die Revision weist mit Recht

darauf hin, daß außer den vom Berufungsgericht genannten Stellen auch die Auskünfte der Industrie- und Handelskammern in Stuttgart, Berlin und Leipzig eine weitgehende Durchsetzung der Bezeichnung „Alpenmilch“ als Herkunftsangabe bestätigen. Stuttgart gibt an, daß die Bezeichnung in Fachkreisen als Herkunftszeichen einer bestimmten Erzeugerfirma gelte und daß sie auch der Verbraucher im allgemeinen als solches ansehe, wenn ihm auch die Firma selbst nicht bekannt sei. Für Berlin trifft nach der von dort gegebenen Auskunft im wesentlichen daselbe zu. Leipzig erklärt, daß die Ansichten geteilt seien, aber vorwiegend, auch in Verbraucherkreisen, an eine Herkunftsangabe gedacht werde. Abgesehen hiervon, besagen zwar weitere Auskünfte, so aus Duppeln, Görlitz, Plauen, Dresden und Essen, daß dort die Auffassung der befragten Kreise nicht einheitlich sei und die Annahme einer Beschaffenheitsangabe überwiege. Aber auch hieraus geht jedenfalls hervor, daß nicht unbeachtliche Teile der Abnehmerschaft in dem Worte „Alpenmilch“ dort ebenfalls eine Herkunftsbezeichnung erblicken. Auch die Auskünfte der Industrie- und Handelskammern können hiernach in ihrem Gesamtergebnis nur dahin gewertet werden, daß sich der Name „Alpenmilch“ in weiten Bezirken des deutschen Wirtschaftsgebiets als Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe durchgesetzt hat. Dabei fällt ins Gewicht, daß eine dahin gehende Verkehrsauffassung gerade für Gegenden bestätigt wird, die nach ihrer Bevölkerungsziffer und wirtschaftlichen Bedeutung für die deutsche Gesamtwirtschaft eine besondere Rolle spielen. Da es sich ferner um Bezirke aus den verschiedensten Teilen des Reiches handelt, besteht kein Grund, eine örtlich beschränkte Verkehrsdurchsetzung anzunehmen. Sie muß vielmehr als für das gesamte Reichsgebiet erwiesen angesehen werden. Diese Annahme findet auch in den von der Klägerin überreichten, vom Berufungsgericht nicht ausdrücklich gewürdigten Auskünften der Fachgruppe Großhandel mit Nahrungs- und Genußmitteln und der daselbe Gebiet betreffenden Wirtschaftsgruppe Einzelhandel eine Stütze, in denen die Auffassung, die Bezeichnung „Alpenmilch“ weise auf die Klägerin hin, als die bei den Mitgliedern dieser Gruppen herrschende bezeichnet wird.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Bezeichnung „Alpenmilch“ sei auch in der von der Klägerin geübten Verwendung nur als Beschaffenheitsangabe anzusehen, steht nach alledem mit dem er-

wiesenen Sachverhalt nicht im Einklang. Sie beruht auf einer Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes und auf ungenügender Würdigung der Beweisergebnisse. Wenn das Berufungsgericht die Umbildung einer Beschaffenheitsangabe zu einer Herkunftsbezeichnung für ausgeschlossen hält, solange noch ein beträchtlicher Teil des Verkehrs in der Bezeichnung eine Beschaffenheitsangabe sieht, so hat es offenbar die Grundsätze im Auge, die von der Rechtsprechung für die Entwicklung eines eingetragenen Warenzeichens zum freien Warennamen aufgestellt worden sind (vgl. MuW. 1938 S. 211 [214] mit weiteren Nachweisen). Soweit eine solche an sich mögliche Umbildung verneint worden ist, solange ein überhaupt noch als beachtlich in Betracht kommender Teil der beteiligten Verkehrskreise an der auf die Herkunft der Ware hinweisenden Bedeutung der Bezeichnung festhält, kann aber hieraus nicht gefolgert werden, es bedürfe auch für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer Beschaffenheitsangabe in eine Herkunftsbezeichnung einer nahezu einhelligen dahin gehenden Verkehrsanschauung. Jener Grundsatz ergibt eher, daß eine als Herkunftsangabe zu wertende Bezeichnung gerade auch dann Schutz beanspruchen kann, wenn noch verhältnismäßig erhebliche Teile des Verkehrs in der Bezeichnung nur eine Beschaffenheitsangabe erblicken. Die Klägerin hat an der Bezeichnung „Alpenmilch“ Ausstattungsschutz erworben und kann deshalb gemäß § 25 WZG. jeden auf Unterlassung in Anspruch nehmen, der die Bezeichnung in der dort angegebenen Weise widerrechtlich gebraucht. Daß sie ihrer Unterfangungsbefugnis verlustig gegangen wäre, weil sie es an einer zur Erhaltung ihres Ausstattungsbetriebes erforderlichen fortbauenden Benutzung der Bezeichnung habe fehlen lassen, ist nicht dargetan. Sie bedient sich zwar, wie sie selbst einräumt, der Bezeichnung „Alpenmilch“ nicht mehr für ihre Marke „Trift“, die sie seit längerer Zeit nur noch unter diesem Namen allein in Verkehr bringt, und zwar nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Beklagten deshalb, weil sie diese Marke zum Teil auch in Norddeutschland herstellen läßt, die Bezeichnung „Alpenmilch“ also insoweit unrichtig und irreführend wäre. Wohl aber hat sie ihr Erzeugnis „Warenmarke“ stets auch unter der weiteren Bezeichnung „Alpenmilch“ feilgeboten. Wenn sie, wie es nach dem Gutachten des Instituts für Wirtschaftsbeobachtung der Fall zu sein scheint und wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht auch

bestätigt hat, den Vertrieb dieser Marke seit dem Beginne des Krieges mit Rücksicht auf den höheren Fettgehalt des Erzeugnisses eingestellt hat, so liegt nichts dafür vor, daß sie seine Herstellung nach dem Wegfall der Hindernisse nicht alsbald wieder aufnehmen und es in der bisherigen Aufmachung erneut in den Handel bringen werde. Daß so der Verkehr der Bezeichnung „Alpenmilch“ vorübergehend nicht begegnet, hat, wie die Beweisaufnahme ergibt, ihre Geltung als Herkunftsangabe nicht beeinträchtigt und das Ausstattungsrecht der Klägerin nicht zum Erlöschen bringen können. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Klägerin das Recht, ihr die Benutzung der Bezeichnung „Alpenmilch“ zu unterjagen, verwirkt habe. Voraussetzung hierfür wäre, daß die Beklagte selbst einen schutzwürdigen Besitzstand an der Bezeichnung erworben hätte, die weitere Verwendung des Wortes also für sie einen für ihre wettbewerbliche Stellung beachtlichen Verkehrswert besäße. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil die Beklagte dem Worte „Alpenmilch“ auch in der Art, wie sie es gebraucht, jede über eine bloße Beschaffenheitsangabe hinausgehende Bedeutung abspricht. Sie nimmt also selbst nicht in Anspruch, sich durch die bisherige Benutzung des Wortes ein Merkmal geschaffen zu haben, das geeignet sein könnte, ihr Angebot in den Augen des Verkehrs vor dem ihrer Mitbewerber hervorzuheben. An einer nicht schlagwortartigen, lediglich beschreibenden Verwendung des Wortes ist sie aber durch den Schutzanspruch der Klägerin auch in Zukunft nicht gehindert.

Soweit das Berufungsgericht unterstellt, das Wort „Alpenmilch“ habe ursprünglich nicht die Bedeutung einer Beschaffenheitsangabe besessen, sondern sei erst von der Klägerin zur Kennzeichnung ihrer Milch geschaffen worden, hält die Revision seine Auffassung, auch in diesem Falle sei das Wort keine Herkunftsbezeichnung, solange noch ein beachtlicher Teil der Verkehrskreise in ihm eine Beschaffenheitsangabe erblicke, für verfehlt. Sie ist der Meinung, das Wort sei solchenfalls im Verkehr überhaupt nur als Kennzeichen der Milch der Klägerin bekannt geworden und die sich daraus ergebenden Rechte der Klägerin könnten nicht daran scheitern, daß ein beachtlicher Teil der Verkehrskreise in der Bezeichnung jetzt eine Beschaffenheitsangabe sehe. Dem ist entgegenzuhalten, daß, wenn die Klägerin wirklich das Wort „Alpenmilch“ erstmalig gebildet haben sollte, dies nicht ausschliesse, daß der Verkehr in ihm als der sprachüblichen Wiedergabe

eines beschreibenden Begriffs gleichwohl zunächst nur eine Beschaffenheitsangabe erblickt hat, die, um Kennzeichnungskraft für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe zu erlangen, sich insoweit im Verkehr erst durchsetzen müßte. Da dies aber, wie oben ausgeführt, geschehen ist, stellt auch der vom Berufungsrichter unterstellte Sachverhalt das Ausstattungsrecht der Klägerin und damit ihre Befugnis, der Beklagten den schlagwortartigen Gebrauch des Wortes zu untersagen, nicht in Frage.

Wollte man mit dem Berufungsgericht eine Durchsetzung des Wortes „Alpenmilch“ als Herkunftsbezeichnung so lange als ausgeschlossen betrachten, als ein beachtlicher Teil des beteiligten Verkehrs in ihm noch eine Gattungsbezeichnung erblickt, so bliebe zu prüfen, ob das Vorgehen der Beklagten nicht auch in diesem Falle zu beanstanden wäre, weil es als den Erfordernissen des lautereren Wettbewerbs widersprechend angesehen werden könnte, wenn sie sich des Wortes „Alpenmilch“ schlagwortartig bedient, obwohl sie weiß, daß erhebliche Teile des Verkehrs in ihm einen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe, nämlich dem der Klägerin, erblicken. Daß dies der Beklagten unbekannt geblieben sein könnte, ist bei dem Wettbewerbsverhältnis, in dem sie zur Klägerin steht, nicht anzunehmen. Dann wäre es aber wettbewerbslich nicht tragbar, daß sie sich eines von der Klägerin verwendeten Wortes, das diese unter Aufwendung von Mühe und Kosten zum mindesten bei einem beträchtlichen Teile der Abnehmerschaft als Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus ihrem Betriebe zur Geltung gebracht hat, bemächtigt, um sich die so geschaffene Verkehrslage zum Nachteil der Klägerin zunutze zu machen. Auch unter dem Gesichtspunkt eines damit gegebenen Verstoßes gegen § 1 UnlWG. wäre die Klägerin berechtigt, Unterlassung solchen Gebrauchs zu verlangen.

Siegen sonach, wie oben dargelegt, die Voraussetzungen für einen Ausstattungsschutz der Klägerin an dem Worte „Alpenmilch“ mit den sich aus § 25 WZG. ergebenden Folgen vor und hat sich die Klägerin demgemäß mit Recht gegen eine schlagwortartige Benutzung dieses Wortes durch die Beklagte gewendet, so ist die von dieser mit der Widerklage begehrte Feststellung unbegründet. Es bedarf bei dieser Sachlage keines weiteren Eingehens darauf, ob sich die Klägerin mit Erfolg auch auf § 12 WZG. und § 16 UnlWG. berufen könnte. Da die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist, war der Revision

der Klägerin stattzugeben und nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. die
Widerklage abzuweisen . . .

(Es folgen Ausführungen zur Anschlußrevision der Beklagten.)