

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

WZG § 25

Nährbier

- a) Schließt der Verkehr aus einer Warenbezeichnung, die die Eigenschaften der Ware in sprachüblicher Weise beschreibt, nur deshalb auf eine bestimmte Herstellerfirma, weil ihm auf Grund der tatsächlichen Marktlage nur ein Unternehmen als Hersteller von Waren der in Frage stehenden Art bekannt ist, so reicht dies allein nicht aus, einen Ausstattungsschutz für diese Bezeichnung zu begründen. Es muß vielmehr die Vorstellung hinzutreten, daß die Bezeichnung der kennzeichenmäßigen Unterscheidung gegenüber möglichen gleichen Erzeugnissen anderer Hersteller dient.
- b) Bei Prüfung der Frage, ob sich sogenannte glatte Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben in so weitgehendem Ausmaß als Herkunftshinweis im Verkehr durchgesetzt haben, daß ihnen Ausstattungsschutz zubilligt werden kann, ist das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber mit zu berücksichtigen. An die Breite der Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise sind um so größere Anforderungen zu stellen, je notwendiger der Verkehr der betreffenden Angabe als Hinweis auf Eigenschaften der in Frage stehenden Warenart bedarf.

BGH, Urt. v. 30. Juni 1959 - I ZR 31/58 - OLG München

I ZR 31/53

Verkündet

am 30. Juni 1959

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Brauerei A. Ha KG, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Albrecht A. Ha ,
M-R, Ma-D-Ring ,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Firma Actien-Gesellschaft H , M ,
B-straße , gesetzlich vertreten durch ihre Vor-
standsmitglieder Senator Max Ei und Curt K
in M ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

= Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Spreng-
Pehle und Dr. Spengler

für Recht erkannt:

Das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 17. Oktober 1957 wird aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil der
1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I
vom 16. April 1957 wird zurückgewiesen, soweit sie sich
gegen die Abweisung der Unterlassungsklage richtet.

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

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin braut und vertreibt seit dem Jahre 1922 ein alkoholarmes, untergäriges, reines Malzbier. Sie nennt dieses Bier - nach vorübergehender Bezeichnung als "H[REDACTED]-Nährbier" - seit dem Jahre 1926 nur noch "Nährbier". Die Klägerin ist Inhaberin zahlreicher seit Jahrzehnten eingetragener Wortbildzeichen, die den Wortbestandteil "Nährbier" enthalten. In Alleinstellung ist das Wort "Nährbier" für die Klägerin in der Zeichenrolle nicht eingetragen. Am 2. Mai 1955 wurde für die Klägerin außerdem unter der Nummer 675 342 das Warenzeichen "H[REDACTED] - Urnähr" eingetragen.

Beim Vertrieb des Bieres verwendet die Klägerin seit mehreren Jahren ein buntes Etikett, auf dem das Bild einer die Bierflasche mit Glas darbietenden Krankenschwester, das Firmenzeichen der Klägerin mit den gekreuzten Hackbeilen und, in großen Buchstaben und auffälligem Schriftzug schräg über das Gesamtbild des Etiketts reichend, das Wort "Nährbier" erscheinen. Sie behauptet, bereits dieses Wort allein habe für sie, jedenfalls in Bayern, Verkehrsgeltung im Sinne einer Herkunftsbezeichnung erlangt.

Die Beklagte, die ihr Brauereiunternehmen nach dem 2. Weltkrieg von Freiburg/Schlesien nach Bayern verlegt hat, bringt hier ein gleichfalls alkoholarmes Malzbier als echtes Münchner "Voll-Malz-Nähr-Bier" in Verkehr. Sie besitzt dafür das Wortzeichen "Ha[REDACTED]-Nährbier", das am 30. März 1954 angemeldet und am 26. Januar 1955 unter Nr. [REDACTED] 386 im Warenzeichenregister eingetragen worden ist. Die Eintragung des von ihr außerdem für Bier angemeldeten Zeichens "Ha[REDACTED]-Urnähr" hat die Prüfstelle des Deutschen Patentamtes für Klasse 16 a Wz. auf den Widerspruch der Klägerin mit Beschluß vom 20. Januar 1956 wegen Übereinstimmung mit dem Warenzeichen der Klägerin Nr. [REDACTED] 342 ("H[REDACTED]-Urnähr") abgelehnt. Auf die Beschwerde der Beklagten



hat der 2 a-Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts mit - nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgesicht ergangenen - Beschluß vom 29. Dezember 1958 (As H 9738/16 a Wa) die Entscheidung der Prüfstelle aufgehoben und die Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens "Ha [REDACTED]-Urnähr" mit dem Zeichen "H [REDACTED]-Urnähr" verneint.

Im vorliegenden Verfahren erhob die Klägerin zunächst Klage mit dem Antrage, der Beklagten das Feilhalten und den Vertrieb von Bier unter der Bezeichnung "Ha [REDACTED]-Urnähr" zu verbieten und sie zur Erklärung der Zurücknahme ihrer entsprechenden Warenzeichenanmeldung gegenüber dem Patentamt zu verurteilen. Zur Begründung berief sie sich auf die Übereinstimmung des angegriffenen mit ihrem eigenen Zeichen. Außerdem trug sie vor, wer sein Erzeugnis "Ur-" nenne, bringe damit zum Ausdruck, daß es schon lange Zeit auf dem Markte sei, was von Verbrauchern im allgemeinen als Beweis besonderer Erfahrung des Herstellers und besonderer Qualität des Produktes angesehen werde. Sie brauche es daher als älteste Nährbierherstellerin nicht hinzunehmen, daß ein anderer, der erst viel später mit der Herstellung und dem Vertrieb eines solchen Bieres begonnen habe, den Eindruck erwecke, er sei älter und erfahrener (der zumindest ebenso alt und erfahren wie sie).

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens stellte die Klägerin außerdem den Antrag, der Beklagten den warenzeichenmäßigen Gebrauch der Bezeichnung "Ha [REDACTED]-Nährbier" innerhalb Bayerns zu verbieten und sie zur Einwilligung in die Löschung ihres Warenzeichens Nr. [REDACTED] 386 zu verurteilen. Sie berief sich dafür auf die für sie eingetragenen Kombinationszeichen, in denen das Wort "Nährbier" beherrschend hervortrete, vor allem aber auf die Verkehrsgeltung, die sie für dieses Wort allein als Herkunftshinweis auf ihren Betrieb erlangt habe. Sie machte geltend:

sie habe, nachdem das Reichsgericht in einem von ihr gegen eine Brauerei in Mülheim (Ruhr) angestrenzten Verfahren mit Urteil vom 1. Dezember 1931 (GRUR 1932, 191) Ausstattungsbesitz an dem Worte "Nährbier" verneint gehabt habe, in den Jahren 1934/35 eine umfassende "Marktbereinigung" mit dem Ergebnis durchgeführt, daß sie seit dem Jahre 1934 bis in die letzte Zeit hinein praktisch allein mit "Nährbier" auf dem Markte gewesen sei. Bereits am 20. April 1934 habe sie einen Schieds-spruch eines mit Persönlichkeiten des Braugewerbes besetzten Schiedsgerichtes erreichen können, in dem ihr das Schieds-gericht Ausstattungsschutz an der Bezeichnung "Nährbier" zugebilligt habe (abgedruckt in Allgemeine Brauer- und Hopfen-zeitung 1934 Nr. 136).

Die Beklagte beantragte Klagabweisung. Sie machte geltend, "Urnähr" sei erkennbar von "Nährbier" abgeleitet und stelle wie dieses Wort eine bloße Gattungsbezeichnung oder Beschaffenheitsangabe dar, die ohne unterscheidungskräftigen Zusatz gar nicht hätte eingetragen werden können. Die beiden einander gegenüber stehenden Zeichen stimmten mithin lediglich in einem schutzunfähigen Bestandteil überein, so daß die Frage nach der Verwechslungsgefahr vornehmlich aus der Gegenüberstellung der Zusätze "Ha[REDACTED]" und "H[REDACTED]" zu beantworten sei. Auch sonst könne von einem Wettbewerbsverstoß keine Rede sein. Die Vorsilbe "Ur" sei gleichbedeutend mit "echt" und "typisch"; wer sein Nährbier so nenne, bringe damit lediglich zum Ausdruck, daß es sich um sein Spitzenerzeugnis dieser Gattung handele. Auch könne sie, die Beklagte, sich sehr wohl auf ihre ältere Tradition gegenüber der Klägerin berufen, vor allen deshalb, weil sie ihr Nährbier nach ganz alten Braumethoden herstelle. Hinsichtlich der gegen die Bezeichnung "Ha[REDACTED] Nährbier" gerichteten Unterlassungs- und Löschungsklage leugnete die Beklagte den von der Klägerin für diese Bezeichnung in Anspruch genommenen Ausstattungsschutz. In dem am 4. Septem-

ber 1956 in dem Rechtsstreit 1 HKO 28/55 des Landgerichts München I. ergangenen erstinstanzlichen Urteil, mit dem die Klage der Klägerin auf Unterlassung des Gebrauchs der Bezeichnung "Nährbier" gegen eine Passauer Brauerei abgewiesen worden war, sei zwar eine gewisse Verkehrsgeltung für "Nährbier" im Sinne eines Herkunftshinweises auf den Betrieb der Klägerin festgestellt worden. Dies reiche jedoch keinesfalls aus, um der Klägerin ein auch nur örtlich begrenztes Monopol an dieser Bezeichnung zuzugestehen. Auch lasse das Beweisergebnis infolge unzureichender Fragestellung nicht erkennen, ob nicht etwa die zugunsten der Klägerin abgegebene Stimme der Verbraucher auf der irrigen Annahme eines tatsächlichen oder rechtlichen Fabrikationsmonopols der Klägerin in Ansehung der Warengattung "Nährbier" beruhe. Die Bezeichnung "Nährbier" sei, so betonte die Beklagte auch in diesem Zusammenhang, reine Gattungsbezeichnung oder Beschaffenheitsangabe, für die ein Freihaltebedürfnis bestehe und die jedenfalls so lange für den allgemeinen Gebrauch erhalten bleiben müsse, bis sie durch eine allgemeine, breite und überregionale Verkehrsgewöhnung als Herkunftsbezeichnung für ein bestimmtes Unternehmen abgestempelt sei. Dazu komme, daß selbst die in dem erwähnten Rechtsstreit zutage getretene geringe Verkehrsgeltung durch unlautere Werbung erschlichen sei, was der Annahme des Erwerbs einer Ausstattung zwingend entgegenstehe. Selbst wenn der Klägerin die behauptete örtlich begrenzte Ausstattung an der Bezeichnung "Nährbier" aber zuzugestehen sei, müsse auch hier der unterscheidungskräftige Zusatz "Haselbach" ausreichen, um jede Gefahr einer Verwechslung auszuschließen. Im übrigen genüge eine regional begrenzte Ausstattung nicht, um das Verlangen nach Löschung eines für das gesamte Bundesgebiet wirksamen Warenzeichens zu begründen.

Mit Teilurteil vom 27. November 1956 gab das Landgericht den Ansprüchen der Klägerin aus ihrem Warenzeichen "H[REDACTED]-Urnhähr" statt, nachdem es das Rechtsschutzinteresse dafür bejaht hatte. In der Begründung dieses Urteils führte das Landgericht aus, bei "Urnhähr" handele es sich um eine regelwidrige Sprachschöpfung, die eigenartig und einprägsam und daher unterscheidungskräftig genug sei, um in ihr das Kenn- und Merkwort des Klagezeichens zu finden. Die durch die Übereinstimmung in diesem Bestandteil begründete Verwechslungsgefahr zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen könne durch die vorangestellten Firmenzusätze "H[REDACTED]-" und "Ha[REDACTED]-" nicht ausgeräumt werden, zumal auch sie wieder in den Anfangsbuchstaben übereinstimmten.

Mit Schlußurteil vom 16. April 1957 wies das Landgericht dagegen die Klage im übrigen, d.h. insoweit ab, als mit ihr die Unterlassung des warenzeichermäßigen Gebrauches der Bezeichnung "Ha[REDACTED] Nährbier" innerhalb Bayerns und die Einwilligung in die Löschung des Warenzeichens der Beklagten Nr. [REDACTED] 386 begehrt worden war. Das Landgericht vertrat die Auffassung, "Nährbier" sei ein Wort, das der Umgangssprache angehöre und sich als Gattungsbezeichnung oder Beschaffenheitsangabe darstelle. Es sei daher für sich allein schutzunfähig und könne weder den Gesamteindruck eines kombinierten Zeichens beherrschen noch selbständigen Zeichenschutz erlangen, solange es sich im Verkehr nicht überwiegend als Herkunftshinweis auf ein bestimmtes Unternehmen durchgesetzt habe. Nach den im Rechtsstreit 1 HKO 28/55 getroffenen Feststellungen, mit deren Verwertung im vorliegenden Rechtsstreit die Parteien einverstanden gewesen seien, habe die Klägerin an "Nährbier" zwar eine gewisse Verkehrsgeltung im Sinne einer Herkunftszeichnung, keinesfalls aber denjenigen Durchsetzungsgrad erreicht, der für die Umwandlung von Gattungsbezeichnungen und Beschaffenheitsangaben zum Herkunftshinweis zu fordern sei. Dieser Bestandteil müsse bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr

daher zurücktreten. Da die Zusätze "H[REDACTED]" und "Ha[REDACTED]" sich deutlich genug von einander abheben, sei jede unmittelbare oder auch nur mittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen ausgeschlossen.

Gegen das Teilurteil hat die Beklagte, gegen das Schlussurteil haben Klägerin und Beklagte, letztere wegen der dort getroffenen Kostenentscheidung, Berufung eingelegt. Den gegen das Warenzeichen Nr. [REDACTED] 386 (Ha[REDACTED] Nährbier) gerichteten Löschungsantrag hat die Klägerin in der Berufungsinstanz nicht mehr gestellt.

Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 17. Oktober 1957 die Berufungen der Beklagten gegen das Teilurteil und die im Endurteil getroffene Kostenentscheidung zurückgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Beklagten unter Aufhebung des Endurteils des Landgerichtes verboten, die Bezeichnung "Ha[REDACTED] Nährbier" innerhalb Bayerns warenzeichenmäßig zu verwenden. Von den Kosten des ersten Rechtszugs hat das Berufungsgericht der Klägerin 1/5, der Beklagten 4/5 auferlegt. Die Kosten des zweiten Rechtszuges wurden der Beklagten in vollem Umfange zur Last gelegt.

Die bereits vom Landgericht beigezogenen und im Einverständnis der Parteien zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Akten 1 HKO 28/55 des Landgerichts München I sind auch im Berufungsrechtszug Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihre auf Abweisung der Klage in vollem Umfange und Auferlegung der gesamten Kosten des Rechtsstreits auf die Klägerin abzielenden Anträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Im Hinblick auf die inzwischen erfolgte Eintragung des Zeichens "Ha[REDACTED]-Urnähr" in das Zeichenregister stellt sie diesen Antrag mit der Maßgabe, daß die Beklagte verurteilt wird, in die Löschung des aus der Anmeldung H 9298/16 a Wz hervorgegangenen Warenzeichens "Ha[REDACTED] Urnähr" einzuwilligen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat entgegen der Meinung des Landgerichts die Frage, ob die Klägerin den von ihr behaupteten Ausstattungsschutz an der Bezeichnung "Nährbier" in Bayern erlangt hat, bejaht und aus diesem Grunde der Beklagten den warenzeichenmäßigen Gebrauch der Bezeichnung "Ha[REDACTED] Nährbier" innerhalb Bayerns verboten. Es hat auf Grund eines von der Klägerin im Rechtsstreit 1 HKO 28/55 (H[REDACTED]bräu gegen Brauerei H[REDACTED]berg) vorgelegten Berichtes des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung e.V. München vom März 1955 und einer in jenem Rechtsstreit vom Erstgericht erhaltenen amtlichen Auskunft der Arbeitsgemeinschaft der Bayerischen Industrie- und Handelskammern vom 23. Mai 1956 angenommen, daß sich das Wort "Nährbier" bei einem nicht unerheblichen Teil der Abnehmerschaft in Bayern als Herkunftskennzeichnung durchgesetzt habe. Vor allem auf Grund der Ermittlungen der Industrie- und Handelskammern hat das Berufungsgericht dabei im einzelnen festgestellt, daß die Verkehrsdurchsetzung in der Oberpfalz nicht nennenswert sei, in den drei fränkischen Regierungsbezirken (Unterfranken, Mittelfranken, Oberfranken) zwischen 13 % und 20 % schwanke, in Niederbayern auf 25 bis 30 % ansteige und in Oberbayern und Schwaben schließlich 50 % der jeweils Befragten erreiche. Auf Grund dessen hat das Berufungsgericht den Durchsetzungsgrad im Landesdurchschnitt mit 36 % angenommen und diesen Durchsetzungsgrad als ausreichend für seine Feststellung erachtet, daß die

von der Klägerin verwendete Bezeichnung "Nährbier" Verkehrsgeltung im Sinne einer Herkunftsbezeichnung gemäß § 25 WZG erlangt habe.

Den gegen die Annahme eines Ausstattungsschutzrechtes der Klägerin erhobenen Angriffen der Revision kann - jedenfalls im Ergebnis - der Erfolg nicht versagt werden.

1 Entgegen der Annahme der Revision ist es allerdings nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht anstelle eigener Erhebungen über die Verkehrsgeltung der Bezeichnung Nährbier bei seiner Meinungsbildung den von der Klägerin im Rechtsstreit 1 HKO 28/55 (H. [REDACTED] bräu gegen Brauerei H. [REDACTED] berg vorgelegten Bericht des Ifc-Instituts und die in jenem Rechtsstreit vom Erstgericht erholte amtliche Auskunft der Arbeitsgemeinschaft der Bayerischen Industrie- und Handelskammern verwertet hat. Die Parteien hatten nicht nur gemeinsam die Beiziehung der Akten 1 HKO 28/55 beantragt und sich mit deren Verwendung zu Beweis Zwecken laut Protokoll vom 2. Oktober 1956 ausdrücklich einverstanden erklärt, sondern sie hatten sich auch in ihren Schriftsätzen auf diese beiden Unterlagen bezogen und sie gewürdigt. Gegen die Verwertung dieser Unterlagen durch das Berufungsgericht bestehen daher keine Bedenken. Bei dem Bericht des Ifc-Instituts handelt es sich allerdings um ein ohne Einschaltung der Beklagten erwirktes Privatgutachten. Dies hat jedoch das Berufungsgericht nicht verkannt. Seine Ausführungen zeigen in ihrem Zusammenhalt, daß es dem gerichtlich erhaltenen Gutachten der Arbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern die entscheidende Bedeutung beigemessen hat. Insbesondere ergibt sich aus den Ausführungen auf Seite 15 der Begründung, daß vor allem letzteres Gutachten das Berufungsgericht veranlaßt hat, den Durchsetzungsgrad im Landesdurchschnitt mit 36 % anzunehmen.

2 Das Berufungsgericht hat auch zutreffend die sog. "Vorgeschichte" außer Betracht gelassen, auf die sich die Klägerin berufen hat. Es hat damit ersichtlich die Ansicht des Landgerichts gebilligt, daß es für die Frage, ob die Klägerin den Beweis geführt hat, daß sie im Zeitpunkt der Entstehung des Gegenzeichens für das Wort "Nährbier" Verkehrsgeltung besessen hat, auf die von den Parteien vorgetragenen Verhältnisse in den dreißiger Jahren nicht entscheidend ankommen kann. Dagegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Entgegen der Meinung der Klägerin kann insbesondere dem Schiedsspruch des mit Persönlichkeiten des Braugewerbes besetzten Schiedsgerichtes vom 20. April 1934, der der Klägerin Ausstattungsschutz an der Bezeichnung "Nährbier" zugebilligt hat, entscheidende Bedeutung nicht zukommen. Der Senat hat zwar im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (GRUR 1942, 217; 218) die Auffassung vertreten, daß auch einem einen Ausstattungsschutz feststellenden Urteil in dem Rechtsstreit des Ausstattungsberechtigten gegen einen anderen Beklagten insofern Bedeutung zukommen kann, als mangels anderweitigen Vorbringens des Beklagten auch diesem gegenüber in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen werden kann, daß bei Erlaß des Urteils der dort festgestellte Ausstattungsschutz bestanden hat, und daß auch angenommen werden kann, daß er jedenfalls noch eine zeitlang fortbestanden habe (BGHZ 16, 82, 86 ff - Wickelsterne; BGH GRUR 1959, 360, 362 - Elektrotechnik mit Anm. Dietrich Reimer). Da jedoch im vorliegenden Falle seit der Verkündung des Schiedsspruchs in der Sitzung des Schiedsgerichtes vom 20. April 1934 ein Zeitraum von etwa 20 Jahren verstrichen war, kann der Schiedsspruch für die Frage, ob der Klägerin im hier maßgeblichen Zeitpunkt der von ihr behauptete Ausstattungsbesitz zustand, weder für sich allein ausreichenden Beweis liefern noch kann ihm im Hinblick auf das Ergebnis der von dem Ifo-Institut und der Arbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern durchgeführten, auf die Gegenwart abgestellten

Meinungsumfragen Bedeutung als Beweisanzeichen oder im Sinne der Vermutung einer Fortdauer einer einmal festgestellten Verkehrsgeltung zukommen. Es braucht daher auf die gegen diesen Schiedsspruch gerichteten Angriffe der Beklagten, die im wesentlichen dahin gehen, die Verkehrsgeltung sei vom Schiedsgericht ohne die nach Lage des Falles erforderlich gewesene Beweisaufnahme und auch im übrigen unter Verstoß gegen die von der Rechtsprechung zum Ausstattungsschutz entwickelten Grundsätze festgestellt worden, nicht eingegangen zu werden.

3. Ein Hauptangriff der Revision geht dahin, das Berufungsgericht habe bei der Auswertung der Berichte nicht geprüft, ob diejenigen Personen, welche die Bezeichnung "Nährbier" mit der Klägerin in Verbindung brachten, dabei wirklich von der Vorstellung eines Kennzeichnungsmonopols und nicht etwa von der irrigen Annahme eines Fabrikationsmonopols ausgegangen seien. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Die Ausstattung ist ein Kennzeichnungsmittel, das in gleicher Weise wie das Warenzeichen dazu dient, Waren ihrer Herkunft nach von gleichen oder gleichartigen Waren anderen Ursprungs zu unterscheiden. Aus dieser Zweckbestimmung der Ausstattung als Kennzeichnungsmittel für die Warenherkunft folgt, daß die Ausstattung einerseits etwas vom Wesen der Ware, so wie der Verkehr dieses wertet, begrifflich verschiedenes sein (BGHZ 5. 1. 6 - Hummelfiguren; BGHZ 11. 129, 132 - Zählkassette; BGH GRUR 1959, 289. 291 - Rosenthal-Vase) und andererseits Unterscheidungskraft besitzen d.h. geeignet sein muß, Waren nicht ihrer Art oder Gattung sondern ihrer Herkunft nach unterscheidbar zu machen.

Bei dem hier streitigen Wort "Nährbier" handelt es sich nun aber, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, um eine Gattungsbezeichnung, die sich ihrem Wortsinne nach

als Beschaffenheits- und Bestimmungsangabe darstellt. Derartige Wortbezeichnungen aber, die ihrer sprachüblichen Bedeutung nach allein etwas über die Beschaffenheit oder über die Eigenschaften einer Ware aussagen und über diesen das Wesen der Ware beschreibenden Inhalt hinaus keinerlei Eigenart aufweisen, sind von Natur aus, weil sie ihrer begrifflichen Bedeutung nach auf alle Waren gleicher Beschaffenheit und Art zutreffen, ungeeignet, eine Kennzeichnungsfunktion im Sinne eines Herkunftshinweises auszuüben. Das bedeutet zwar nicht, daß solche glatten sprachüblichen Beschaffenheitsangaben in keinem Falle Gegenstand eines Ausstattungsschutzes sein können. Vielmehr können auch sie sich trotz ihrer von Haus aus gegebenen Ungeeignetheit, als Kennzeichen für eine bestimmte Herkunftsstätte zu dienen, innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichnungsmittel für die Warenherkunft aus einem bestimmten Betriebe gegenüber Waren anderer Betriebe durchsetzen. Dabei sind jedoch, wie der Senat im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes wiederholt betont hat, an den Nachweis einer solchen Verkehrssernerkennung strenge Anforderungen zu stellen (RG MuW XXXIII, 16 - Heilderde; RG GRUR 1932, 191, 194 - Fährbier; RG GRUR 1933, 241, 242 - "Ei-Ei"; RGZ 167, 171, 176 - Alpenmilch; RGZ 172, 129, 131 - Fettchemie; BGH GRUR 1957, 369, 371 - 8 x 4; BGHZ 21, 182, 193 - Funkberater; PA Bl.f. Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1930, 115). Damit ist nicht gemeint, daß an den Beweis im Sinne des Zieles der Beweistätigkeit ein anderer Maßstab anzulegen ist, etwa im Sinne einer absoluten Gewissheit. Der Beweis ist nach den allgemeinen Regeln auch in solchen Fällen geführt, wenn der entscheidenden Stelle die Überzeugung eines so hohen Grades von Wahrscheinlichkeit verschafft ist, daß er nach der Lebenserfahrung praktisch der Gewissheit gleich kommt (vgl. Baumbach, Lauterbach, Bem. 2 C zu § 286 ZPO mit Nachweisen). Es ist damit auch noch nichts über die erforderliche Breite

der Durchsetzung im Verkehr ausgesagt, wobei allerdings zuzugeben ist, daß die gelegentlich gewählten Formulierungen einen solchen Schluß nahelegen können. Gemeint ist vielmehr, daß die Anforderungen an die Tauglichkeit und den Umfang des dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung dienenden Beweismaterials (Reklameaufwendungen, Umsatznachweise, Befragungsergebnisse usw.) um so größer sein müssen, je weniger Kennzeichnungskraft im Sinne einer Herkunftsbezeichnung das betreffende Wort hat. Dem liegt der Erfahrungssatz zugrunde, daß Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben vom Verkehr im allgemeinen in der sprachüblichen Bedeutung und nicht als individuelles Herkunftszeichen verstanden werden und daher unter Umständen selbst bei erheblichem Werbeaufwand nur schwer Verkehrsgeltung als individuelle Herkunftsbezeichnung erlangen können, wie gerade der hier zur Entscheidung stehende Fall zeigt. Bei der demnach anzunehmenden Fortdauer der Eigenschaft als Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe bedarf es daher nicht nur der schlüssigen Darlegung von Vorgängen und Veranstaltungen, aus denen auf einen Bedeutungswandel geschlossen werden kann, sondern es müssen auch an den Umfang und die Überzeugungskraft des entsprechenden Beweismaterials erhöhte Anforderungen gestellt werden. Nur dann wird das Gericht die Überzeugung gewinnen können, daß die prima facie gegebene Ungeeignetheit solcher glatten Beschaffenheitsangaben, als Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte zu wirken, überwunden worden ist und sich ein Bedeutungswandel vollzogen hat.

Den hiernach zu stellenden strengen Anforderungen aber ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, bei reinen Beschaffenheits-, Bestimmungsangaben und ähnlichen für Waren bestimmter Art gebrauchten Sammelbezeichnungen ohne sprachliche Eigentümlichkeit durch eine Beweisführung dahin, daß beteiligte Verkehrskreise Erzeugnisse, die ihnen unter dieser Beschaffenheitsangabe usw. entgentreten, einer bestimmten Herkunft-

stätte zuschreiben, nicht immer ohne weiteres genügt. Denn die Gedankenverbindung zwischen der eine bestimmte Warenart beschreibenden Bezeichnung und einer bestimmten Herkunftsstätte kann, wie dies im vorliegenden Falle von der Beklagten behauptet wird, auch allein darauf zurückzuführen sein, daß der Verkehr - zu Recht oder zu Unrecht - von einem Herstellungsmonopol des betreffenden Unternehmens ausgeht oder auch nur aufgrund der tatsächlichen Marktlage annimmt, das Spezialprodukt, auf das die Beschaffenheitsangabe zutrifft, werde in dem fraglichen Wirtschaftsraum nur von einem Unternehmen hergestellt oder vertrieben. Der Verkehr schließt in solchem Falle allein aufgrund der Alleinherstellung oder des Alleinvertriebes auf die Herkunft der Ware. Die Herkunftsfunktion hat sich damit gegenüber der Sinnbedeutung des Wortes im Bewußtsein der Abnehmer nicht ausschlaggebend durchgesetzt. Eine solche nur aus der Warenart und der bisherigen tatsächlichen Marktlage gefolgerte Herkunftsvorstellung genügt nicht, ein Kennzeichnungsmonopol an einer die Eigenschaften dieser Ware in sprachüblicher Weise beschreibenden Bezeichnung zu begründen. Einer derartigen Auffassung des Verkehrs liegt ein zeichenrechtlich bedeutsamer Vorgang nicht zugrunde (vgl. auch BGH 16, 296, 300 - Herzwandvasen). Es muß vielmehr, wenn es sich um einen ausstattungsrechtlich bedeutsamen Vorgang handeln soll, die Vorstellung hinzutreten, daß die Bezeichnung der kennzeichenmäßigen Unterscheidung gegenüber möglichen gleichen Erzeugnissen anderer Hersteller dient, d.h. ein unterscheidendes Herkunftsmerkmal darstellt. Andernfalls könnte der in § 4 Abs. 1 WZG zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke, wonach Kennzeichnungsmonopole für eine Beschaffenheitsangabe grundsätzlich nicht in Betracht kommen sollen, allein dadurch ausgehöhlt werden, daß Waren bestimmter Art unter einer ihr Wesen beschreibenden Angabe über einen längeren Zeitraum nur von einem einzelnen Unternehmen auf den Markt gebracht werden und der Verkehr sich allein wegen dieser den Markt beherrschenden Stellung

des fraglichen Unternehmens daran gewöhnt hat, Waren, die unter der fraglichen Beschaffenheitsangabe angeboten werden, einem bestimmten Geschäftsbetrieb zuzuschreiben. Würde ein solcher nur aus der Warenart und der bisherigen tatsächlichen Marktlage gefolgelter Herkunftshinweis genügen, ein Kennzeichnungsmonopol an einer die Eigenschaften dieser Ware in sprachüblicher Weise beschreibenden Bezeichnung zu begründen, so wäre damit den Mitbewerbern, die erlaubterweise dazu übergehen wollen, Waren gleicher Art in den Verkehr zu bringen, die warenzeichenmäßige Benutzung einer das Wesen der Ware beschreibenden Bezeichnung verschlossen, ein Ergebnis, das den Zwecken des Warenzeichengesetzes, das dem Schutz von Kennzeichnungsmonopolen, nicht aber von tatsächlichen oder rechtlichen Herstellungsmonopolen dienen soll, zuwiderliefe.

Bei Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben ohne jede sprachliche Eigentümlichkeit ist es deshalb in besonderem Maße geboten, bei Erforschung ihres Durchsetzungsgrades als individuelle Herkunftsbezeichnung bereits durch die Art der Befragung der beteiligten Verkehrskreise eindeutig Klarheit darüber zu gewinnen, ob die Wertung der Bezeichnung als Herkunftshinweis allein auf der Annahme eines Waren- oder Herstellungsmonopols beruht oder ob diese Wertung wesentlich von dem Bewußtsein mitbestimmt ist, daß die Bezeichnung der Unterscheidung gegenüber möglichen gleichen Erzeugnissen anderer Hersteller dient.

Das Berufungsgericht hat diese verschiedenen Möglichkeiten bei der Beurteilung derjenigen Antworten, die besagen, die Bezeichnung "Nährbier" weise auf die Klägerin hin, nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen. Seine Feststellung, der Durchsetzungsgrad sei in Bayern mit 36 % der befragten Personen anzunehmen, beruht darauf, daß es eine Verkehrsdurchsetzung des Wortes "Nährbier" als individuelle Herkunftsbezeichnung bei allen

Personen bejaht hat, die aus irgendwelchen Gründen diese Bezeichnung mit der Klägerin in Verbindung gebracht haben.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes haben im Regierungsbezirk Oberbayern, in dem sich die Betriebsstätte und der Sitz der Klägerin und damit der Schwerpunkt ihrer gewerblichen Betätigung findet, nur 12 % der Befragten mit der Marke "Nährbier" ausschließlich die Vorstellung als Herkunftshinweis verbunden. Von ca. 40 % der Befragten wurde die Bezeichnung "Nährbier" als Beschaffenheitsangabe eines von verschiedenen Brauereien hergestellten Getränkes angesehen. In weiteren 15 % der Äußerungen wurde in der Bezeichnung "Nährbier" ebenfalls eine Beschaffenheitsangabe erblickt, gleichzeitig aber haben diese Befragten darauf hingewiesen, daß in erster Linie das Nährbier der Klägerin bekannt sei. 33 % der Befragten haben die entsprechende Frage dahin beantwortet, daß sie in dem Worte Nährbier zwar eine Beschaffenheitsangabe sähen, dieses Wort jedoch nur als Hinweis auf die Herkunft des damit bezeichneten Bieres aus der Hackerbrauerei betrachteten. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen einen Durchsetzungsgrad von 50 % für Oberbayern angenommen hat, wodurch der Durchsetzungsgrad von 36 % im Landesdurchschnitt wesentlich mitbestimmt ist, so begegnet dies erheblichen Bedenken. Insbesondere ist zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die 33 % der Befragten, die das Wort "Nährbier" gleichzeitig als Beschaffenheitsangabe und als Hinweis auf die Herkunft aus dem Betriebe der Klägerin auffassten, bei der Bemessung des Grades der Verkehrsdurchsetzung in voller Höhe hat mitbestimmend sein lassen. Insoweit liegt es bei dem, eine typische Sortenbezeichnung darstellenden Worte "Nährbier" und im Hinblick auf die werbemäßigen Hinweise der Klägerin auf ihre fabrikatorische Sonderstellung nahe, daß jedenfalls ein Teil der unter die 33 % fallenden Personen die Bezeichnung "Nährbier" als Sortenbezeichnung einer bestimmten, als Alleinherstellerin angesehenen Brauerei und nicht oder doch nicht

ausschlaggebend als Herkunftskennzeichen gewertet hat.

Es bedurfte jedoch nicht der Zurückweisung an das Berufungsgericht zwecks weiterer Aufklärungen, weil ein Ausstattungsrecht der Klägerin auch dann nicht bejaht werden kann, wenn man mit dem Berufungsgericht von einem Durchsetzungsgrad von 36 % im Landesdurchschnitt ausgeht. Denn ein solcher Durchsetzungsgrad genügt im vorliegenden Falle für die Annahme eines Ausstattungsschutzrechtes nicht.

4. Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Durchsetzungsgrades, d.h. hinsichtlich der Breite der Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise die Auffassung vertreten, es komme auch bei Worten, die als bloße Gattungsbezeichnungen oder Beschaffenheitsangaben zunächst der Kennzeichnungskraft entbehrten, nur darauf an, ob die Ansicht, das infrage stehende Wort weise auf die Herkunft der Ware hin, bei denjenigen, die beim Weitervertrieb vor allem als Verbraucher der betreffenden Ware infrage kämen, so weit Raum gewonnen habe, daß sie zumindest bei einem nicht unerheblichen Teil der Abnehmerschaft als herrschend angesehen werden könne.

Die Revision wendet sich gegen diese Rechtsauffassung. Sie rügt Verletzung des in § 25 WZG enthaltenen sachlichen Rechtes u.a. mit der Begründung, aus logischen Gründen müßten in Fällen der hier zur Entscheidung stehenden Art hinsichtlich der Breite der Verkehrsdurchsetzung bei den Abnehmern die gleichen strengen Anforderungen gestellt werden, wie sie von der Rechtsprechung im Falle der Entwicklung eines eingetragenen Warenzeichens zum freien Warennamen und im Falle der Rückentwicklung einer zur Gattungsbezeichnung oder Beschaffenheitsangabe gewordenen Herkunftsbezeichnung zur ursprünglichen Herkunftsbezeichnung gefordert worden seien. Sie verweist weiter auf verschiedene Äußerungen im Schrifttum, die eine größere

Breite der Verkehrsdurchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise verlangen und insbesondere auch die Auffassung vertreten, es sei bei Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben die analoge Anwendung des § 4 Abs. 3 WZG angezeigt und es müßten daher in solchem Falle an den Durchsetzungsgrad die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie dies nach der genannten Bestimmung für die Eintragung von Bezeichnungen der allgemeinen Umgangssprache in die Zeichenrolle erforderlich ist.

Dieser Rüge der Revision kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt bleiben. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes läßt rechtsirrtümlich außer acht, daß der vom Berufungsgericht festgestellte Durchsetzungsgrad im vorliegenden Falle zur Annahme einer Verkehrsdurchsetzung nicht ausreicht.

Nach der Wortfassung des § 25 WZG genügt für den Ausstattungsschutz die Verkehrsdurchsetzung "innerhalb beteiligter Verkehrskreise". Aus der artikellosen Fassung dieser Worte und der unterschiedlichen Terminologie in § 4 Abs. 3 WZG hat die herrschende Auffassung in Rechtslehre und Rechtsprechung den Schluß gezogen, daß es für die Zubilligung des Ausstattungsschutzes nicht erforderlich ist, daß die Gesamtheit der in Betracht kommenden Verkehrskreise, insbesondere sämtliche oder nahezu sämtliche Abnehmer, die Ausstattung als Herkunftshinweis auffassen. Nach dieser Ansicht genügt es vielmehr, wenn sich die Meinung, es handle sich um eine Herkunftsbezeichnung, in den Kreisen der Abnehmer so weit verbreitet hat, daß dies als für die Verkehrsauffassung beachtlich berücksichtigt werden muß. Nach der vom Senat im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Auffassung sind diese Grundsätze auch dann anzuwenden, wenn es sich um die Frage handelt, ob Zahlen- und Buchstabenzusammenstellungen sowie beschreibenden

Angaben im Sinne des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG Ausstattungsschutz nach § 25 WZG zuzubilligen ist. Die Rechtsprechung hält es auch in solchen Fällen nicht für erforderlich, daß die infrage kommenden Verkehrskreise, wozu bei Gegenständen des täglichen Bedarfs in erster Linie die Abnehmer zu rechnen sind, in ihrer Gesamtheit, d.h. einhellig oder nahezu einhellig der Auffassung sind, es handle sich bei der betreffenden Bezeichnung um eine Herkunftsbezeichnung. Vielmehr wird auch solchenfalls für ausreichend gehalten, daß diese Auffassung bei einem nicht unerheblichen Teil der Abnehmerschaft besteht (RGZ 167, 171, 176 - Alpenmilch; BGHZ 19, 367, 376 - W 5; BGHZ 21, 182, 194 - Funkberater). Dabei genügt nach der Rechtsprechung auch eine gebietsmäßig begrenzte Verkehrsgeltung, um einen - örtlich begrenzten - Ausstattungsschutz zu gewähren (vgl. BGHZ 11, 214, 219 - KfA).

In der Rechtslehre sind gegen diese Auffassung Bedenken erhoben worden. Aus der Erwägung heraus, daß das Freihaltebedürfnis des Verkehrs hinsichtlich der Ausstattung kein geringeres sei als hinsichtlich des formalen Warenzeichens ist die Frage aufgeworfen worden (vgl. Tetzner, WZG, Bem. 24 zu § 25), ob nicht bei Kennzeichnungsmitteln im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG die Anforderungen hinsichtlich der Verkehrsgeltung im Sinne von § 25 WZG ebenso zu bestimmen seien wie hinsichtlich der "Verkehrsdurchsetzung" des § 4 Abs. 3 WZG, d.h. also, ob man nicht in derartigen Fällen bei der Prüfung der Frage, ob Ausstattungsschutz zu gewähren ist, Verkehrsgeltung in derselben Breite verlangen müsse wie bei § 4 Abs. 3 WZG. Die Frage ist - mit allerdings zum Teil unterschiedlicher Begründung - von verschiedenen Schriftstellern bejaht worden (vgl. u.a. Ulmer ZHR 114, 52 ff; Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes S. 27; Hefermehl laut MitBl der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1957, 42; Möhring - für

Farben - in MA 1950, 139 ff). Die vorgetragenen Argumente geben Anlaß zur Ergänzung und Klarstellung der Rechtsauffassung des Senats, jedenfalls soweit es sich um die Frage des Ausstattungsschutzes an sog. glatten Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben ohne jede Eigenart handelt.

In Rechtsprechung und Rechtslehre ist allerdings bisher schon allgemein davon ausgegangen worden, daß die im Grunde farblose Formel "nicht unerheblicher Teil" nicht bedeutet, daß die Durchsetzung bei einem irgendwie kleinen Teil der beteiligten Verkehrskreise genüge. Es wurde auch nicht verkannt, daß es sich bei dieser Formel um einen relativen Begriff handelt und die Entscheidung, ob und wann die erforderliche Durchsetzungsbreite erreicht ist, unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu treffen ist. Bei der nach den Umständen des Einzelfalles zu treffenden Entscheidung kann nun aber, wie den erwähnten Äußerungen in der Literatur zuzugeben ist, jedenfalls bei sog. glatten Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber an der betreffenden Bezeichnung nicht unberücksichtigt bleiben. Zwar können auch derartige Angaben nach § 25 WZG grundsätzlich Ausstattungsschutz erlangen. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes, daß eine Bezeichnung nicht Schutzgegenstand einer Ausstattung sein könne, wenn dies zu einer unbilligen Beschränkung der Mitbewerber führe (so insbesondere Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. 39. Kap. Anm. 1) besteht nicht. Der Gegenstand des Ausstattungsschutzes muß, wie der Senat in anderem Zusammenhang ausgeführt hat (BGHZ 11, 129, 132 - Zählkassette) allein aus dem Warenzeichengesetz entnommen werden. Den Gegenstand der Ausstattung im Sinne des § 25 WZG, d.h. also den Kreis der ausstattungsschutzfähigen Kennzeichnungen durch eine an den Grenzen des freien Wettbewerbes orientierte allgemeine Generalklausel einzuschränken, besteht kein Anlaß. Grundsätzlich kann auch nach der in der höchststrichterlichen Rechtspre-

chung vertretenen Rechtsauffassung der Rechtsschutz, wenn ausreichende Verkehrsanerkennung gegeben ist, nicht mit der Begründung versagt werden, es stehe ihm ein Freihaltungsbedürfnis der Mitbewerber entgegen (RGZ 172, 127, 131 - Fettchemie; BGHZ 21, 182, 196 - Funkberater; Urt. d. Senats vom 21. April 1959 I ZR 189/57 - Teekanne).

Dagegen ist bei der Frage, ob ausreichende Verkehrsgeltung vorliegt, das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber an solchen Angaben im Rahmen einer Interessenabwägung mit zu berücksichtigen. Der Senat ist der Auffassung, daß zwar nicht die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 WZG angezeigt erscheint, daß jedoch der in dieser Gesetzesbestimmung zum Ausdruck kommende wettbewerbliche Grundgedanke, den Mitbewerbern Ausdrucksmöglichkeiten rein beschreibenden Inhaltes ohne Beschränkung durch Ausschließlichkeitsrechte offen zu halten, bei der Frage, ob Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG erreicht ist, nicht unberücksichtigt bleiben kann. Dem Hinweis auf § 16 WZG kann demgegenüber ausschlaggebende Bedeutung nicht zukommen. Nach dieser unstreitig auch auf das Ausstattungsrecht anwendbaren Gesetzesbestimmung bleibt es allerdings den Mitbewerbern unbenommen, die Beschaffenheitsangaben auch weiterhin als solche zu gebrauchen. Unzulässig ist nur die warenzeichenmäßige Benutzung. Der Begriff der "warenzeichenmäßigen Benutzung" wird jedoch von der neueren Rechtsprechung weit ausgelegt. Es wird warenzeichenmäßige und damit nicht durch § 16 WZG gedeckte Benutzung beim Gebrauch eines gleichen oder verwehlungsfähigen Zeichens angenommen, solange die Möglichkeit besteht, daß der unbefangene Durchschnittsbetrachter daraus auf den Ursprung der Ware aus dem Betriebe des Zeicheninhabers schließt (vgl. u.a. RG GRUR 1940, 366, 368 - Sauerbruch; BGHZ 8, 202, 206 - Kabelkennstreifen; BGH GRUR 1959, 130, 133 - "Vorrasur - Nachrasur"; Urt. d. Senats vom 24. Oktober 1958 I ZR 159/57 - Gute Laune). Unter diesen Umständen stellt § 16 WZG kein hinreichendes Gegengewicht dar. Die ratio legis erfordert

es daher, das Freihaltebedürfnis bei der Prüfung der Frage, ob Ausstattungsschutz im Sinne des § 25 WZG erworben worden ist, entsprechend mit zu berücksichtigen. Damit ist nicht gesagt, daß grundsätzlich der von der Rechtsprechung im Falle der Entwicklung eines eingetragenen Warenzeichens zum freien Warennamen und der Rückentwicklung einer zur Beschaffenheitsangabe gewordenen Herkunftsbezeichnung zur ursprünglichen Herkunftsbezeichnung geforderte Maßstab (vgl. Baumbach/Hefermehl Bem. 15 zu § 4 WZG; Tetzner, Bem. 21/22 zu § 4 WZG, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung) anzulegen ist. Der in diesen Fällen geforderte besonders strenge Maßstab rechtfertigt sich aus der Erwägung heraus, daß die Anerkennung der Umwandlung bzw. Rückentwicklung in diesen Fällen in aller Regel besonders schwerwiegende wirtschaftliche Folgen nach sich zieht. Gemeint ist vielmehr, daß bei der Prüfung der Frage, ob sich sog. glatte Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben als Ausstattung im Verkehr durchgesetzt haben, an die Breite der Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise um so größere Anforderungen zu stellen sind, je notwendiger der Verkehr der betreffenden Angabe als Hinweis auf Eigenschaften der in Frage stehenden Warenart bedarf. Zur Überwindung der aus dem Freihaltebedürfnis entspringenden Bedenken kann unter Umständen bei sog. glatten Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben ohne jegliche Eigenart, an deren Freihaltung ein besonderes Bedürfnis besteht, die nahezu einhellige Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise, d.h. also bei Gegenständen des täglichen Bedarfs in erster Linie innerhalb der Verbraucherschaft, erforderlich werden. Nicht derart hoch brauchen die Anforderungen dann gestellt^{zu} werden, wenn der Verkehr an der Freihaltung solcher allgemeiner Bezeichnungen ein geringeres Bedürfnis hat. Bestimmte Prozentsätze lassen sich daher generell nicht festlegen. Die dabei weiter auftauchende,

immerhin zweifelhafte Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, ob etwa aus dem Freihaltebedürfnis des Verkehrs an Bezeichnungen der hier behandelten Art unter Umständen auch die Folgerung abzuleiten ist, daß ein örtlich begrenzter Ausstattungsschutz für derartige Bezeichnungen aufgrund nur örtlicher Durchsetzung nicht gewährt werden kann, vielmehr überregionale Durchsetzung im gesamten Bundesgebiet zu verlangen ist, wenn die Bezeichnungen für Waren Verwendung finden, deren Absatz im gesamten Bundesgebiet in Betracht kommt.

Das Berufungsurteil kann nämlich auch bei Bejahung der Möglichkeit eines regionalen Ausstattungsschutzes an der Bezeichnung "Nährbier" keinen Bestand haben, weil die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes den erörterten rechtlichen Gesichtspunkten nicht gerecht wird und weil bei deren Anwendung der für Bayern begehrte Ausstattungsschutz aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes zu versagen ist. Bei der Bezeichnung "Nährbier" handelt es sich um eine Beschaffenheits- bzw. Wirkungsangabe, an deren Gebrauch ein Bedürfnis der Mitbewerber besteht. Denn diesen kann billigerweise nicht verwehrt werden, bei der Werbung für ihre gleichartigen Biere durch einen so geläufigen Ausdruck darauf hinzuweisen, welche Wirkung ihrem Genuß zukommt. Ob dieses Bedürfnis derart groß ist, daß eine nahezu einhellige Durchsetzung innerhalb der Verbraucherschaft zu verlangen ist, kann dahinstehen. Jedenfalls ist zu verlangen, daß die überwiegende Zahl der Abnehmer in dem Worte "Nährbier" eine Herkunftsbezeichnung sieht. Keinesfalls genügt der vom Berufungsgericht festgestellte Durchsetzungsgrad von 36 %. Die Klägerin hat mithin eine für den Ausstattungsschutz ausreichende Verkehrsgeltung im Sinne einer Herkunftsbezeichnung an dem Worte "Nährbier" in Bayern im Zeitpunkt der Entstehung des Gegenzeichens nicht erlangt gehabt.

Auf die weiteren Angriffe der Revision braucht unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden. Insbesondere kann dahinstehen, ob - die Möglichkeit eines regionalen Ausstattungsschutzes an der Bezeichnung "Nährbier" wiederum unterstellt - die nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes gegebenen regionalen Durchsetzungsgrade, die eine deutliche bezirkliche Ballung und ein sehr starkes Überwiegen der Bedeutung als Beschaffenheitsangabe in einem breiten geschlossenen Gebiete Bayerns erkennen lassen, das etwa mit dem Gebiete nördlich der Donau gleichgesetzt werden kann, die Feststellung der Verkehrsgeltung für das gesamte Gebiet des Freistaates Bayern überhaupt rechtfertigen könnten. Ebenso kann dahinstehen, ob und in welchem Umfange andere Brauereien in Bayern die Bezeichnung "Nährbier" verwenden und ob sich die Klägerin, wie die Beklagte behauptet, unlauterer Werbemethoden bedient hat und ob daher ihrer Berufung auf ein Ausstattungsrecht unter Umständen der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden könnte. Daher braucht auch nicht auf die auf § 128 ZPO gestützte Rüge der Revision eingegangen zu werden, das Berufungsgericht habe aus dem Inhalt der Akten 1 HKO 21/57 des Landgerichts München I, die eine von der Beklagten und 5 anderen in und außerhalb Münchens ansässigen Brauereien gegen die Klägerin wegen angeblicher unlauterer Marktbeeinflussung erhobene Klage betreffen, Schlüsse gezogen, ohne diese Akten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht zu haben. Da der Klägerin Ausstattungsschutz an dem Worte "Nährbier" nicht zusteht, kann sie von der Beklagten die Unterlassung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs der Worte "Haselbach Nährbier" in Bayern nicht verlangen. Auch ein Verbotsrecht aufgrund der Kombinationszeichen, worauf sich die Klägerin übrigens selbst nur mit geringem Nachdruck gestützt hat und worauf sie in der Revisionsverhandlung nicht zurückgekommen ist, scheidet aus, weil dem in diesem Zeichen enthaltenen nicht unterscheidungskräftigen und, wie auch das Landgericht zutreffend fest-

gestellt hat, den Gesamteindruck der Zeichen nicht rechtserheblich beeinflussenden Wortbestandteil "Nährbier" mangels Verkehrsdurchsetzung ein selbständiger zeichenrechtlicher Schutz nicht zugebilligt werden kann. Sonstige Gründe, die die Unterlassungsklage stützen könnten, sind nicht ersichtlich.

Die auf Unterlassung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs der Bezeichnung "Ha [REDACTED] Nährbier" innerhalb Bayerns gerichtete Klage entbehrt sonach der Begründung. Das Schlußurteil des Landgerichts München I vom 16. April 1957 hat sich damit insoweit als zutreffend erwiesen, als es diesen Klageanspruch abgewiesen hat.

II.

Die vom Landgericht in seinem Teilurteil vom 27. November 1956 ausgesprochene Verurteilung der Beklagten, es zu unterlassen, Bier unter der Bezeichnung "Ha [REDACTED] Urnähr" feilzuhalten oder zu vertreiben, und die in diesem Teilurteil außerdem ausgesprochene Verurteilung der Beklagten zur Rücknahme ihrer Warenzeichenanmeldung "Ha [REDACTED] Urnähr" gegenüber dem Deutschen Patentamt hat das Berufungsgericht bestätigt. Es hat dem Landgericht nicht nur in der Frage, ob das Rechtsschutzinteresse für die insoweit geltend gemachten Ansprüche gegeben sei, sondern auch in der Sache selbst beigestimmt.

1. Die Revision greift zunächst die Bejahung des Rechtsschutzinteresses durch das Berufungsgericht an und rügt insoweit Verletzung des § 256 ZPO. Sie beruft sich insbesondere darauf, daß sich die Beklagte im Verhandlungstermin vom 2. Oktober 1956 unter Übernahme einer Vertragsstrafe verpflichtet habe, die Bezeichnung "Ha [REDACTED] Urnähr" bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Beschwerdesenats des Patentamts im Anmeldever-

fahren H 9 298/16 a nicht zu gebrauchen und sie auch künftig nicht zu benutzen, wenn der Beschwerdesenat die Beschwerde der Beklagten zurückweisen, d.h. also die Zeichenübereinstimmung feststellen sollte. Die Revision meint, bei solcher Sachlage könne dem älteren Zeicheninhaber nicht das Recht zugebilligt werden, noch vor Beendigung des patentamtlichen Beschwerdeverfahrens die Klage auf Unterlassung des Zeichengebrauches sowie auf Rücknahme der Warenzeichenanmeldung zu erheben. Ein solches Ergebnis lasse sich mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren nicht in Einklang bringen.

Die Revision kann jedoch mit diesem Angriff schon deshalb keinen Erfolg haben, weil, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die Zeichenübereinstimmung im vorliegenden Falle nicht allein Streitgegenstand ist, beide Ansprüche vielmehr auch auf Irreführung (§ 3 UWG) und unlauteres Vorgehen der Beklagten (§§ 1 UWG, 824, 826 BGB) gestützt werden. Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht der von der Beklagten abgegebenen bedingten Verpflichtungserklärung mit Recht keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Ob die Verpflichtungserklärung auf jeden Fall auch deshalb ohne Bedeutung für das Rechtsschutzinteresse ist, weil, wie die Klägerin in der Revisionsbeantwortung meint, diese Erklärung durch die nach Abschluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ergangene, die Übereinstimmung der beiden Streitzeichen verneinende Entscheidung des 2. a Beschwerdesenats des Deutschen Patentamtes vom 29. Dezember 1958 hinfällig geworden sei, kann auf sich beruhen.

2. In der Sache selbst geht das Landgericht, an dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht im wesentlichen anlehnt, rechtsirrtumsfrei davon aus, daß die Gerichte, wenn ein Zeichen in die Warenzeichenrolle eingetragen ist, an die

in der Bewilligung der Eintragung liegende Entscheidung des Patentamtes über die Eintragungsfähigkeit des Zeichens gebunden sind; daß diese Bindung jedoch nicht eintritt, wenn nur aus einem Bestandteil eines eingetragenen Kombinationszeichens Rechte hergeleitet werden. In solchem Falle haben nach der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Auffassung die Gerichte über die Schutzfähigkeit der einzelnen Teile eines eingetragenen Warenzeichens selbst zu befinden (vgl. BGHZ 19, 367, 370 - W 5; BGHZ 21, 182, 186 - Funkberater). Die Schutzfähigkeit eines Zeichenbestandteils ist dabei, wenn nur aus ihm wegen Zeichenverletzung vorgegangen werden soll, deshalb von Bedeutung, weil bei Prüfung der Verwechslungsfahr schutzunfähige Bestandteile eines zusammengesetzten Zeichens jedenfalls im Grundsatz unberücksichtigt zu bleiben haben (BGHZ 21, 182, 186 - Funkberater).

Da die Klägerin ihre gegen die Kennzeichnung "Ha-[REDACTED] Urnähr" gerichteten Angriffe auf den Bestandteil "Urnähr" ihres Warenzeichens "H-[REDACTED]-Urnähr" stützt, hat das Berufungsgericht mit Recht geprüft, ob der Zeichenbestandteil "Urnähr" schutzfähig ist. Es hat diese Frage im Einklang mit dem Landgericht mit der Begründung bejaht, bei "Urnähr" handele es sich um eine regelwidrige Sprachschöpfung, weil ersichtlich ein an sich notwendiger weiterer Wortbestandteil weggelassen worden sei. Eine solche Wortbildung falle auf, präge sich daher auch dem flüchtigen Verbraucher ein und sei also kennzeichnungskräftig. Das Wort "Urnähr" sei zunächst auch ganz ohne beschreibenden Charakter, denn es weise, für sich allein betrachtet, weder auf eine bestimmte Biersorte noch auf eine bestimmte Warengattung hin, die mit dem fehlenden Wortbestandteil näher umschrieben werden könnte.

Der Senat vermag jedoch die Auffassung des Berufungsgerichtes nicht zu teilen. Das Berufungsgericht hat den be-

schreibenden, auf eine bestimmte Biersorte und damit auf eine Beschaffenheitsangabe hinweisenden Charakter der Bezeichnung "Urnähr" nicht hinreichend beachtet. Seine Auffassung, dieses Wort weise nicht auf eine bestimmte Biersorte hin, widerspricht der Lebenserfahrung. Es trifft zwar zu, daß das Wort "Urnähr" der Umgangssprache nicht angehört. Der Durchschnittsleser oder Durchschnittshörer wird jedoch, wenn dieses Wort im Zusammenhang mit Bier gebraucht wird, ohne weitere Überlegung erkennen, daß das Wort die Abkürzung des Wortes "Urnährbier" darstellt, zumal die Weglassung des Warennamens Bier gerade bei Bierbezeichnungen - vgl. z.B. Märzen, Bock, Doppelbock, Dortmunder usw. - verkehrsblich ist. Bei dem Worte Nährbier aber handelt es sich, wie früher dargelegt, um eine im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 schutzunfähige Beschaffenheits- bzw. Bestimmungsangabe. Der Wortbestandteil "Ur" ist, wie auch in der rechtskräftigen Entscheidung der Prüfstelle des Deutschen Patentamtes vom 14. Februar/17. April 1957, mit der die Eintragung des Wortzeichens "Urnähr" versagt wurde, und weiter in der die Übereinstimmung der Bezeichnungen "Ha- -Urnähr" und "H- -Urnähr" verneinenden Beschwerdeentscheidung des 2 a - Beschwerdesenats des Deutschen Patentamtes vom 29. Dezember 1958 mit Recht angenommen worden ist, eine gebräuchliche Vorsilbe. Sie wird im Sinne einer beschreibenden Angabe gerade in der Bierbranche vielfach benutzt. Auch diese Vorsilbe ist daher als schutzunfähige Beschaffenheitsangabe zu werten. Wenn dem aber so ist, rechtfertigt sich der Schluß, daß der Verkehr in dem Worte "Urnährbier" und damit auch in der Abkürzung "Urnähr" von Haus aus einen beschreibenden Hinweis auf eine bestimmte Art von Nährbier sieht. Daß es sich, wie dem Berufungsgericht zuzugeben ist, bei "Urnähr" um eine sprachregelwidrige Wortbildung handelt, vermag unter diesen Umständen die Schutzfähigkeit dieser Bezeichnung nicht zu begründen. Da der jedenfalls weit überwiegende Teil der für die Abnahme von Bier in Frage kommenden Verkehrskreise

innerhalb und außerhalb Bayerns bei der Verwendung der Bezeichnung "Urnähr" für Bier diese Bezeichnung ohne weiteres gedanklich zu "Urnährbier" ergänzt, kann davon ausgegangen werden, daß er diese Bezeichnung nicht als kennzeichnungskräftige Phantasiebezeichnung, sondern als beschreibenden Hinweis auffaßt.

Der erkennende Senat ist nach alldem im Gegensatz zum Berufungsgericht mit dem Patentamt der Auffassung, daß das Wort "Urnähr" selbständigen zeichenrechtlichen Schutz nicht genießt und daher bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr unberücksichtigt zu bleiben hat. Dies rechtfertigt den Schluß, daß zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr zwischen den Warenzeichen "H[REDACTED]-Urnähr" und "Ha[REDACTED]-Urnähr" nicht besteht.

Das Berufungsurteil kann nach alldem auch insoweit keinen Bestand haben, als es die im Teilurteil vom 27. November 1956 ausgesprochene Verurteilung der Beklagten bestätigt hat. Der Senat konnte jedoch in der Sache nicht selbst entscheiden, weil das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die gegen die Bezeichnung "Ha[REDACTED]-Urnähr" gerichteten Klageansprüche etwa in den weiter geltend gemachten Klaggründen der Irreführung und unlauterer Handlungsweise der Beklagten (§§ 1, 5 UWG, 824, 826, BGB) ihre Begründung finden. Die Sa-

che war daher insoweit sowie hinsichtlich der Kosten des Verfahrens zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu überlassen.

Bock

Krüger-Nieland

Spreng

Pehle

Spengler