

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2119 062

WZG § 11 Abs. 1 Nr. 3

" D ü s s e l "

Wird die Löschung eines Warenzeichens mit der Begründung verlangt, es handele sich um einen freien Warennamen, so kann die Klage nur Erfolg haben, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter festzustellen ist, daß das Zeichen als freier Warenname anzusehen ist. Auf die Umstände zur Zeit der Eintragung des Zeichens kommt es dagegen nicht an.

Ein freier Warenname liegt nicht vor, wenn das Warenzeichen in einem Teil des Absatzgebietes Kennzeichnungskraft im Sinn eines Hinweises auf die betriebliche Herkunftsstätte besitzt.

BGH, Urt. v. 16. März 1964 - Ib. ZR 129/62

OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Verkündet am 16. März 1964
[REDACTED], Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Brauerei Dietrich H [REDACTED] KG, vertreten durch den
generalbevollmächtigten Geschäftsführer, Direktor
Otto M [REDACTED], D [REDACTED], Du [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. der Brauerei S [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer, Direktor Fritz F [REDACTED], D [REDACTED], Mü [REDACTED] str. [REDACTED],
3. der Brauerei "Zum F [REDACTED]" P. Fr [REDACTED], Inhaberin Frau
Ww. Fr [REDACTED], D [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],
4. der Brauerei "Zum U [REDACTED]" Rud. A [REDACTED], Inhaber Rudolf
A [REDACTED], D [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],
5. der Brauerei "Zum S [REDACTED]", G [REDACTED], Inhaber Simon
und Jacob G [REDACTED], D [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],
6. der Brauerei Ferd. Sch [REDACTED], Inhaber Hans Schn [REDACTED],
D [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED] / [REDACTED],

Klägerinnen, Revisionsklägerinnen und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die H [REDACTED] brauerei Aktiengesellschaft, vertreten durch ihren
Vorstand, D [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 16. März 1964 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Schneider, Dr. Sprenkman und Dr. Hönl
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerinnen und die Anschlußrevision der
Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Düsseldorf vom 1. Juni 1962 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerinnen
je 1/7 und die Beklagte 1/7.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind **D** Brauereien. Sie be-
fassen sich - ein Teil der Klägerinnen als so-
genannte Hausbrauereien ausschließlich - mit der Her-
stellung und dem Vertrieb von obergärrigem Bier, das
in seiner Farbe dunkler ist und sich von dem hellen
untergärrigen Bier vornehmlich durch das Gärungs-
verfahren unterscheidet.

Die Beklagte besitzt folgende Warenzeichen, die als
reine Wortzeichen zur Kennzeichnung von Bier bestimmt
sind:

- Nr. 424 431 "Düssel-Alt", angemeldet am 7. April 1930,
Nr. 677 373 "Düssel-Malz vita Longa", angemeldet
am 24. September 1954,
Nr. 733 460 "Düssel-Export", angemeldet am 15. Mai 1959,
Nr. 733 647 "Düssel-Hell", angemeldet am 15. Mai 1959.

Die Beklagte verwendet das Warenzeichen "Düssel-Alt"
für die Kennzeichnung des von ihr gebrauten ober-
gärrigen Bieres. Hinsichtlich der beiden letzten
Zeichen "Düssel-Export" und "Düssel-Hell" hat sie
im Berufungsrechtszug erklärt, daß sie diese derzeit
noch nicht benutze, weil sie den Ausgang des Prozesses
abwarten wolle. Sie hat in der "Rheinischen Post"
vom 1. März 1961 eine Anzeige veröffentlicht, in
der es u.a. heißt:

" D ü s s e l "
nur aus der H **brauerei** A.G.
" D ü s s e l - A l t " (R)
obergärrig
unsere Spezialität seit Jahrzehnten
(R) eingetragenes Warenzeichen seit 1930.



Die Klägerinnen wenden sich gegen die Werbung der Beklagten, soweit darin zum Ausdruck gebracht wird, "Düssel" gäbe es nur aus dem Unternehmen der Beklagten, und fühlen sich darüber hinaus durch die warenzeichenmäßige Verwendung des Wortes "Düssel" in ihrem Wettbewerb beeinträchtigt.

Sie haben vorgetragen, das in Düsseldorf gebraute obergärige Bier werde von den beteiligten Verkehrskreisen, nämlich den Brauereien, den Gaststätteninhabern, dem Bedienungspersonal und insbesondere von den Biertrinkern der dortigen Gegend schlechthin als "Düssel" bezeichnet, so daß diese Bezeichnung keinen Hinweis auf die Beklagte enthalte. Das folge aus der historischen Entwicklung. Diese Entwicklung habe sich verstärkt nach dem ersten Weltkrieg fortgesetzt, und bereits zur Zeit der Eintragung des Warenzeichens "Düssel-Alt" für die Beklagte im Jahre 1930 sei im Düsseldorfer Raum "Düssel" Gattungsbegriff für das in Düsseldorf gebraute obergärige Bier gewesen. Das gelte erst recht für den derzeitigen Sprachgebrauch. Wenn die Beklagte demnach in ihrer Werbung behauptete, "Düssel" gäbe es nur aus der H[REDACTED]brauerei AG, sei diese Werbung für den angesprochenen Verkehr unrichtig und irreführend im Sinne des § 3 UWG, weil die Beklagte nicht allein in Düsseldorf obergäriges Bier herstelle.

Die Klägerinnen haben im ersten Rechtszug beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

in ihrer Werbung die Behauptung aufzustellen, daß "Düssel" nur aus der H. [REDACTED] brauerei AG stamme;

II. festzustellen, daß

1. die Klägerinnen berechtigt seien, das von ihnen hergestellte und vertriebene obergärige Bier ebenfalls als "Düssel" zu bezeichnen;
2. die Beklagte verpflichtet sei, den Klägerinnen sämtlichen Schaden zu ersetzen, der diesen aufgrund der Werbung zu I bereits entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und zur Begründung ausgeführt:

Die Klägerinnen hätten bisher weder im Wettbewerb noch sonst warenzeichenmäßig die Bezeichnung "Düssel" für ihr obergäriges Bier benutzt, sondern dieses, wie sämtliche anderen Brauereien, von denen in Düsseldorf und am linken Niederrhein obergäriges Bier gebraut werde, "Lager", "Lager-Bier", "obergärig", "obergäriges Bier", "Alt" oder "Alt-Bier" genannt. Sie habe bisher lediglich gegen zwei Gaststätten, die das von den Klägerinnen vertriebene Bier als "Düssel" ausgezeichnet hätten, einschreiten müssen, worauf die beanstandete Bezeichnung sofort unterlassen worden sei. Soweit nunmehr größere Verbraucherkreise in Düsseldorf obergäriges Bier allgemein als "Düssel" bezeichneten, sei dies allein - wie bei anderen bekannten Marken - auf die weite Verbreitung des von ihr vertriebenen und als "Düssel-Alt" gekennzeichneten obergärigen Bieres zurückzuführen. In den Zwanziger Jahren möge das Wort "Düssel" vereinzelt für obergäriges Bier in Düsseldorf gebraucht worden sein. Allgemein bekannt sei es erst geworden, als sie ab 1930 mit ihrem "Düssel-Alt" auf

den Markt gekommen sei. Zu jener Zeit hätten viele, ihrem Unternehmen als Braugemeinschaft angeschlossene Brauereien das obergärige Bier von ihr bezogen und in den beliebten Brauereiausschänken der Düsseldorfer Altstadt als "Düssel-Alt" verkauft, während die Klägerinnen ihr obergäriges Bier unter ihren eigenen Bezeichnungen angeboten hätten. Sie sei daher aufgrund der Warenzeichen allein befugt, das Wort "Düssel" für die Bezeichnung von Bier zu verwenden, zumal das Wort "Düssel" allein kennzeichnender Bestandteil der Warenzeichen sei. Im übrigen werde ihr obergäriges Bier unter dem Warenzeichen "Düssel-Alt" nicht nur in Düsseldorf vertrieben; vielmehr liefere sie es in zunehmendem Maße auch in andere Gebiete, wie zum Beispiel nach Krefeld, Mönchengladbach, Rheydt, Essen, Süchteln, Dülken, Solingen, Bad Oeynhausen, Usseln, Bad Wildungen, Duisburg und Wesel.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, in ihrer Werbung die Behauptung zu benutzen, "'Düssel' nur aus der H[REDACTED]brauerei AG". Ferner hat es festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, den Klägerinnen sämtlichen Schaden zu ersetzen, der diesen durch diese Werbung entstanden ist und noch entstehen wird. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Kosten zu 1/5 der Beklagten und zu 4/5 den Klägerinnen auferlegt.

Im Berufungsrechtszug erstrebten die Klägerinnen mit ihren erweiterten Anträgen in erster Linie die Einwilligung der Beklagten zur Löschung der drei Waren-

zeichen "Düssel-Alt", "Düssel-Export" und "Düssel-Hell" und hinsichtlich dieser drei Warenzeichen hilfsweise sowie wegen des Warenzeichens "Düssel-Malz vita Longa" ohne diese Einschränkung die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung, ihnen die Bezeichnung "Düssel" beim Vertrieb von obergärigen Bieren zu untersagen. Sie führten ergänzend aus, daß sich das bestenfalls schwache Zeichen der Beklagten inzwischen zum freien Warennamen entwickelt habe, da das Wort "Düssel" heute tatsächlich und ganz allgemein von der Bevölkerung im Raume Düsseldorf für die Bezeichnung von in Düsseldorf gebrautem obergärigem Bier verwendet werde. Wenn dies geschehe, obwohl die Klägerinnen bisher - durch die Warenzeichen der Beklagten gehindert - ihr obergäriges Bier zumindest nicht warenzeichenmäßig als "Düssel" hätten bezeichnen können, so spreche dies im besonderen Maße für die Durchsetzung der Bezeichnung zum freien Warennamen.

Es komme allein darauf an, ob das Warenzeichen "Düssel-Alt" für Düsseldorf und die nächste Umgebung seine Kennzeichnungskraft verloren habe, da ein Warenzeichen, das für die ganze Bundesrepublik Geltung beanspruche, schon dann zu löschen sei, wenn es sich auch nur in einem beschränkten Wirtschaftsgebiet im freien Gebrauch befinde. Zudem sei zu berücksichtigen, daß das Absatzgebiet für obergäriges Bier räumlich beschränkt sei, da sich dieses weder für einen weiteren Transport noch für eine längere Lagerung besonders eigne.

Die Benutzung des Warenzeichens "Düssel-Alt" sei mangels einer kennzeichnenden Wirkung ihrer Auffassung nach

auch irreführend im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG. Ähnliches habe für die nicht benutzten Zeichen "Düssel-Hell" und "Düssel-Export" zu gelten, die an sich widersprüchlich seien, da der Verkehr unter "Düssel" obergäriges, d.h. Altbier verstehe und nicht das untergärige "Helle" oder Export-Bier.

Selbst wenn die Beklagte zur Löschung der angegriffenen Warenzeichen nicht verpflichtet sein sollte, sei sie im Hinblick auf deren engen Schutzzumfang und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht befugt, ihre formale Rechtsstellung an den Zeichen in der Weise auszunutzen, daß sie ihnen, den Klägerinnen, den Gebrauch des Wortes "Düssel" beim Vertrieb von obergärigen Bieren untersage und sich diese, auf den Erzeugungsort hinweisende Bezeichnung monopolisiere.

Die Klägerinnen haben in der Berufungsinstanz beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte weiterhin zu verurteilen:

1. in die Löschung folgender für sie eingetragener Warenzeichen einzuwilligen:
 - a) Nr. 424 431 "Düssel-Alt"
 - b) Nr. 733 460 "Düssel-Export"
 - c) Nr. 733 647 "Düssel-Hell";
2. es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, aufgrund ihrer Warenzeichen
 - a) Nr. 424 431 "Düssel-Alt"
 - b) Nr. 677 373 "Düssel-Malz vita Longa"
 - c) Nr. 733 460 "Düssel-Export"
 - d) Nr. 733 647 "Düssel-Hell"

den Klägerinnen die Benutzung der Bezeichnung "Düssel" beim Vertrieb von obergärigen Bieren zu untersagen;

zu a), c) und d) jedoch nur hilfsweise, sofern dem Antrag zu 1 nicht entsprochen wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen;
und auf ihre Anschlußberufung unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage auch insoweit abzuweisen, als ihr in erster Instanz stattgegeben worden ist.

Die Beklagte bestreitet, daß sich der allein kennzeichnende Teil ihrer Warenzeichen "Düssel" zum Freizeichen oder freien Warennamen entwickelt habe und verweist insbesondere auf die Kennzeichnungskraft und die wirtschaftliche Bedeutung ihres Warenzeichens "Düssel-Alt" für das auch außerhalb von Düsseldorf wachsende Interesse an dem bekömmlichen obergärigen Bier, das sich mit Hilfe der neuzeitigen kältetechnischen Einrichtungen auch über weitere Strecken transportieren und längere Zeit lagern lasse. Zu ihrer Anschlußberufung ist sie der Auffassung, daß es auf die vom Landgericht aus eigener Sachkunde festgestellte Auffassung der Letztverbraucher, daß "Düssel" lediglich eine Bezeichnung für ein obergäriges Bier sei, nicht entscheidend ankomme, da sich nicht feststellen lasse, wie die Meinung zustande gekommen sei. Dies beruhe allein auf der Bekanntheit des von ihr unter der warenzeichenmäßigen Kennzeichnung "Düssel-Alt" auf den Markt gebrachten obergärigen Bieres. Schließlich könne sie nicht gehindert werden, auf ihre Zeichenrechte zur Vermeidung einer Verwässerung derselben hinzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerinnen und die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsrechtszuges sind den Klägerinnen zu je 1/7 und der Beklagten zu 1/7 auferlegt worden.

Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Zu dem Antrag zu 2) haben sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht hilfsweise beantragt,

die Verurteilung der Beklagten unter Strafan-
drohung,

es zu unterlassen, aufgrund ihrer Warenzeichen Nr. 424 431, 677 373, 733460, 733 647 den Klägerinnen die Benutzung der Bezeichnung "Düssel" beim Vertrieb von obergärigen Bieren zu untersagen, auch soweit sie nicht waren-
zeichenmäßig erfolgt und auch auf Getränke-
karten zur Kennzeichnung von obergärigem Bier ohne besonderen Herkunftshinweis,

ganz hilfsweise.

im Düsseldorfer Raum, also u.a. in Düsseldorf,
Krefeld, Mönchengladbach, Rheydt, Süchteln,
Dülken, Solingen, Duisburg.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision; sie hat ferner Anschlußrevision eingelegt und beantragt, nach ihren im Berufungsrechtszug gestellten Anträgen zu erkennen, hilfsweise: die Verurteilung der Beklagten nach I und II des Tenors des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 26.9.1961 dahin einzuschränken, daß die Verurteilung zur Unterlassung, in der Werbung die Behauptung zu benutzen "Düssel nur aus der H[REDACTED]-
brauerei AG" und die Feststellung der Schadensersatz-
pflicht, beschränkt wird auf die Benutzung dieser Be-
hauptung im Raum Düsseldorf.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Klägerinnen

I. Das Berufungsgericht hält die Klage auf Löschung der für die Beklagte eingetragenen Warenzeichen "Düssel-Alt", "Düssel-Hell" und "Düssel-Export" nicht für gerechtfertigt. Es geht davon aus, daß in den drei Warenzeichen die Wortbestandteile "Alt", "Export" und "Hell" unstreitig Beschaffenheitsangaben, nämlich Biersorten-Bezeichnungen seien, so daß als kennzeichnender Teil der Zeichen allein das Wort "Düssel" in Betracht komme. Die beiden im Jahre 1960 eingetragenen und bisher von der Beklagten noch nicht benutzten Zeichen teilten ihrer Rechtsbeständigkeit nach das Schicksal des Zeichens "Düssel-Alt". Dieses sei jedoch weder als Freizeichen noch als freier Warename noch als irreführendes Zeichen anzusehen.

1. F r e i z e i c h e n sind von Haus aus unterscheidungskräftige Zeichen, die sich aber für bestimmte Waren in freiem Gebrauch einer größeren Anzahl von nicht miteinander in Verbindung stehenden inländischen Gewerbetreibenden befinden und infolge dieses vielfachen Gebrauchs nicht mehr als Kennzeichen eines bestimmten Gewerbebetriebs zu wirken vermögen (BGH GRUR 1955, 421 - Forellen-Zeichen).

Das Berufungsgericht hat aufgrund des Vortrages der Klägerinnen und des von diesen nicht bestrittenen Vorbringens der Beklagten festgestellt, daß weder die Klägerinnen noch andere Brauereien das von ihnen

gebraute obergärige Bier jemals warenzeichenmäßig als "Düssol-Alt" bezeichnet hätten. Da diese Feststellung von der Revision nicht angegriffen wird, ist die Folgerung des Berufungsgerichts, daß eine Löschung aufgrund der Freizeichen-Eigenschaft des Zeichens der Beklagten ausscheide, rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht hat den Löschungsanspruch auch nicht aus dem Grunde für gerechtfertigt gehalten, weil das Warenzeichen "Düssel-Alt" als f r e i e Gattungs- und Herkunftsbezeichnung für in Düsseldorf gebräutes obergäriges Bier anzusehen wäre.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts wäre dieser Anspruch dann begründet, wenn die Warenzeichen der Beklagten nach ihrer Eintragung zu freien Warennamen geworden wären. Denn dann würde der Beklagten ein rechtlich beachtlicher Benutzungswille an ihren Zeichen abzusprechen sein, außerdem würden die Zeichen geeignet sein, die Klägerinnen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise im Wettbewerb zu behindern (§ 1 UWG). Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben, da sich dem Sachvortrag der Klägerinnen weder nachprüfbar entnehmen lasse, daß das Warenzeichen "Düssel-Alt" zur freien Gattungs- und Herkunftsbezeichnung für in Düsseldorf gebräutes obergäriges Bier geworden sei, noch der Schluß ziehen lasse, daß die Beklagte kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Benutzung der Warenzeichen habe.

Das Berufungsgericht fährt fort, es sei davon auszugehen, daß das Warenzeichen "Düssel-Alt" zur Zeit seiner Eintragung im Jahre 1930 kennzeichnungsfähig gewesen sei, da die Gerichte insoweit an die Feststellungen des Patentamts anlässlich der Eintragung gebunden seien. Bei der Prüfung, ob das Warenzeichen "Düssel-Alt" sich nachträglich zum freien Warennamen entwickelt habe, könne die von den Klägerinnen unter Beweis gestellte Behauptung als richtig unterstellt werden, daß dieses Warenzeichen der Beklagten für den Düsseldorfer Raum seinen kennzeichnenden Charakter verloren habe. Die Beklagte habe jedoch in beiden Rechtszügen unwidersprochen vorgetragen, daß sie ihr mit dem Warenzeichen "Düssel-Alt" bezeichnetes Bier auch in Gegenden außerhalb Düsseldorfs liefere, nämlich nach Krefeld, Mönchengladbach, Rheydt, Essen, Süchteln, Dülken, Solingen, Bad Oeynhausen, Usseln, Bad Wildungen, Duisburg, Wesel und nach anderen Orten. Die Klägerinnen hätten aber nicht behauptet, daß das Warenzeichen "Düssel-Alt" auch in diesen Gebieten keine für den Betrieb der Beklagten kennzeichnende Funktion mehr habe. Unstreitig sei zwar das derzeitige Hauptabsatzgebiet für Düsseldorfer obergäriges Bier der Düsseldorfer Raum mit dem Gebiet des linken Niederrheins. Aus dieser verhältnismäßig engen Begrenzung des Absatzgebietes folge jedoch nicht, daß der Ausstoß an obergärigem Bier der Beklagten in die genannten Absatzgebiete außerhalb des Raumes Düsseldorf mengenmäßig so gering sei, daß dies den Schluß zulasse, hierbei handele es sich nur um einen völlig unbeachtlichen Teil des Verkehrs, der mit dem Warenzeichen "Düssel-Alt" noch Herkunftsvorstellungen ver-

binde. Demnach könne die Entwicklung des Zeichens zum freien Warennamen nicht als abgeschlossen angesehen werden. Es komme hinzu, daß die Beklagte als große Brauerei ein erhebliches Interesse daran habe, die Absatzgebiete für ihr obergäriges Bier nicht nur zu erhalten, sondern auch zu erweitern, zumal obergäriges Bier wegen seiner Eigenschaften in zunehmendem Maße an Beliebtheit gewinne. Abschließend stellt das Berufungsgericht fest, daß unter diesen Umständen das Interesse der Beklagten den Belangen der Klägerinnen nicht untergeordnet werden könne. Das Festhalten der Beklagten an dem Warenzeichen sei daher erst recht weder als mißbräuchlich noch als sittenwidriger Behinderungswettbewerb anzusehen.

- b) Die Revision greift diese Feststellungen zunächst mit der Begründung an, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob sich seitens der Beklagten die Bekämpfung anderer Unternehmen, die lediglich die Bezeichnung "Düssel" für sich verwenden wollten, wie z.B. die Klägerinnen und zwei Gaststätten, als Mißbrauch des Warenzeichens "Düssel-Alt" und damit als Behinderungswettbewerb darstelle. In diesem Zusammenhang habe das Berufungsgericht nicht die zahlreichen Beweisangebote der Klägerinnen übergehen dürfen, daß bereits vor Anmeldung des Warenzeichens "Düssel-Alt" die Worte "Düssel-Alt" oder "Düssel" allgemein gebräuchliche Warennamen für obergäriges Düsseldorfer Altbier gewesen seien (§ 286 ZPO). Wenn es der Beklagten dennoch gelungen sei, die Eintragung ihrer Zeichen zu erreichen, so dürfe sie das damit erlangte

formale Schutzrecht nicht zum Kampf gegen andere Wettbewerber mißbrauchen, die sich des Warennamens bedienen wollten. Hierin liege ein nach § 1 UWG unzulässiger Behinderungswettbewerb, der die Löschung des Zeichens "Düssel-Alt" rechtfertige. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, daß sie mit der Eintragung ihres Zeichens nur die Entwicklung zu einem Freizeichen habe verhindern wollen. Denn auch auf diese Weise könne es ihr nicht gelingen, die schon vor Anmeldung ihres Warenzeichens vorhandene Gattungsbezeichnung für sich zu monopolisieren. Denn ein Warenname oder eine Gattungsbezeichnung seien in ihrem rechtlichen Bestand von der Freizeichen-Eigenschaft unabhängig.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Bezeichnung "Düssel-Alt" deshalb kein Warenname sei, weil die Beklagte in den letzten Jahren ihre Absatzgebiete über den Raum Düsseldorf hinaus ausgedehnt habe, treffe nicht zu. Bei Beurteilung der Frage, ob eine Bezeichnung in allen Verkehrskreisen als Warenname bekannt ist, sei auf den örtlichen Sprachgebrauch und nicht auf das jeweilige Absatzgebiet eines Gewerbetreibenden abzustellen. Andernfalls hätte es der Gewerbetreibende in der Hand, durch Versendung seiner Erzeugnisse in abgelegene Gebiete zu verhindern, daß eine Bezeichnung als Gattungsbezeichnung anerkannt werde.

- c) Diese Angriffe der Revision müssen im Ergebnis ohne Erfolg bleiben.

Entgegen der Auffassung der Revision bedarf es im Streitfall keiner Prüfung, ob das Warenzeichen der Beklagten im Zeitpunkt seiner Eintragung ein freier Warenname war, m.a.W. die im Verkehr nach dem allgemeinen Sprachgebrauch übliche Bezeichnung für Waren der fraglichen Art ohne Rücksicht auf ihre Herkunft aus einem bestimmten Betrieb (vgl. RGZ 73, 232). Denn wird die Löschung eines Zeichens mit der Begründung verlangt, es handele sich um einen freien Warennamen, so kann eine solche Klage nur Erfolg haben, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter festzustellen ist, daß das Zeichen als freier Warenname anzusehen ist (vgl. hierzu Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. Kap. 31 Anm. 4 letzter Absatz). Dies folgt schon daraus, daß ein freier Warenname aufgrund von Maßnahmen des Zeicheninhabers oder infolge einer auf anderen Umständen beruhenden Änderung der Verkehrsauffassung die Bedeutung eines Herkunftshinweises auf ein bestimmtes Unternehmen erlangen kann. Eine solche zeichenrechtliche Kennzeichnungsfunktion des Warenzeichens der Beklagten hat das Berufungsgericht jedoch rechtsbedenkenfrei mit der Begründung bejaht, daß jedenfalls in den Orten außerhalb Düsseldorfs, in welche die Beklagte ihr obergäriges Bier unter der Bezeichnung "Düssel-Alt" liefert, nicht festzustellen sei, daß das Warenzeichen dort keine Kennzeichnungskraft habe, zumal das von den Klägerinnen auch nicht einmal behauptet worden sei.

Von einem freien Warennamen kann aber nicht gesprochen werden, solange ein rechtlich erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise, seien es auch nur Personen, die mit der Herstellung oder dem Vertrieb der betreffenden Ware befaßt sind (RGZ 108, 12; 117, 414), oder ein Teil der Abnehmer (RGZ 110, 339, 341; RG GRUR 1938, 352) die Bezeichnung als Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb auffaßt (BGH GRUR 1964, 82, 85 f - Lesering). Angesichts der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Lieferungen der Beklagten unter ihrem Warenzeichen "Düssel-Alt" in die Gebiete außerhalb des Raumes Düsseldorf mengenmäßig nicht so gering seien, daß es sich bei den fraglichen Abnehmerkreisen um einen völlig unbeachtlichen Teil des Verkehrs handele, der mit diesem Zeichen noch Herkunftsvorstellungen an ein bestimmtes Unternehmen verbinde, kann die Auffassung des Berufungsgerichts, daß das Zeichen der Beklagten kein freier Warenname sei, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

3. Das Berufungsgericht hat sodann auch verneint, daß das Warenzeichen "Düssel-Alt" als i r r e f ü h - r e n d e s Zeichen im Sinn des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG anzusehen und aus diesem Grunde zu löschen sei. Nach dieser Gesetzesbestimmung kann ein Dritter die Löschung eines Zeichens beantragen, wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhalt des Warenzeichens den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, daß

der Zeichenbestandteil "Düssel" auf Düsseldorf Bezug nehmen und insoweit für die Beklagte als Düsseldorfer Brauerei richtig sei. Auch, wenn man die Behauptung der Klägerinnen als richtig unterstelle, daß das Zeichen seine Kennzeichnungskraft im Düsseldorfer Raum verloren habe, ließen sich aus diesem Umstand doch keine sich aus dem Inhalt des Zeichens ergebenden und den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Angaben folgern. Denn nach Sinn und Zweck des Warenzeichengesetzes habe diese Gesetzesvorschrift solche Angaben zum Gegenstand, die für die Gütevorstellung und die Zweckbestimmung der gekennzeichneten Ware von Bedeutung seien. Die etwa verloren gegangene Kennzeichnungskraft des Zeichens "Düssel-Alt" sage jedoch nichts Entscheidendes über die Güte- und Zweckbestimmung des von der Beklagten unter diesem Zeichen vertriebenen obergärigen Bieres aus. Wenn der Verkehr mit einem Zeichen ohne Kennzeichnungskraft keine Herkunfts- und Gütevorstellung verbinde, könne er überdies schon aus diesem Grunde nicht getäuscht werden.

Auch diese Beurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Denn allein der Umstand, daß dem Warenzeichen "Düssel-Alt" möglicherweise nur ein geringer Schutzzumfang zuzubilligen ist, weil es allein aus Beschaffenheits- und Herkunftsangaben besteht (RG GRUR 1938, 348, 359 - Wein - eingefangener Sonnenschein) oder aber, weil schutzunfähige Zeichenbestandteile bei Prüfung der Verwechslungsgefahr überhaupt unberücksichtigt zu bleiben haben (BGH GRUR 1960, 83, 88 - Nährbier,

insoweit in BGHZ 30, 357 nicht abgedruckt), macht dieses Zeichen noch nicht zu einem inhaltlich unwahren Zeichen, welches die Gefahr einer Täuschung begründet.

Soweit die Revision in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, irreführend i.S. des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG sei auch ein Warenzeichen, das deshalb nicht habe eingetragen werden dürfen, weil es im Zeitpunkt der Eintragung Freizeichen oder freier Warenname gewesen sei, kann sie keinen Erfolg haben. Denn, abgesehen von der Frage, ob diese Umstände überhaupt im Rahmen dieser Vorschrift zu berücksichtigen sind, müssen jedenfalls die die Irreführung begründenden Tatsachen noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz vorliegen (Reimer aaO Kap. V Anm. 29; Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl. § 11 WZG Anm. 26). Das ist jedoch, wie bereits dargelegt, nicht der Fall.

Unbegründet ist auch der Revisionsangriff, der sich dagegen richtet, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob die Zeichen "Düssel-Export" und "Düssel-Hell" der Beklagten irreführend im Sinn des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG seien. Unstreitig handelt es sich bei diesen um unbenutzte Vorratszeichen. Ob sie irreführend sind, wie die Revision meint, weil obergäriges Bier nicht versandfähig und deshalb das Zeichen "Düssel-Export" irreführend sei oder aber, weil obergäriges Bier von dunklerer Farbe und

deshalb das Zeichen "Düssel-Hell" widerspruchsvoll sei, läßt sich erst feststellen, wenn die Beklagte diese Zeichen zur Kennzeichnung ihres Bieres tatsächlich verwendet.

II. Das Berufungsgericht hat auch den bezüglich der Warenzeichen "Düssel-Alt", "Düssel-Export" und "Düssel-Hell" hilfsweise und bezüglich des Warenzeichens "Düssel-Malz vita Longa" ohne diese Einschränkung gestellten Antrag, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, aufgrund dieser Warenzeichen den Klägerinnen die Benutzung der Bezeichnung "Düssel" beim Vertrieb von obergärrigem Bier zu untersagen, nicht als begründet angesehen und die Berufung der Klägerinnen auch insoweit zurückgewiesen. Mit diesem Antrage begehren die Klägerinnen die Feststellung, daß sie berechtigt seien, die Bezeichnung "Düssel" bei dem Vertrieb von obergärrigem Bier zu benutzen.

Zur Begründung führt das Berufungsgericht aus, daß dieser Unterlassungsanspruch dem Umfang nach nicht beschränkt sei. Aufgrund ihrer rechtsbeständigen Warenzeichen, in denen allein das Wort "Düssel" kennzeichnenden Charakter habe, sei die Beklagte aber berechtigt, den Klägerinnen die warenzeichenmäßige Benutzung des Wortes "Düssel" zur Kennzeichnung von obergärrigem Bier nach § 15 WZG zu untersagen. Da es den Klägerinnen unbenommen bleibe, anderweitig in geeigneter Weise darauf hinzuweisen, daß ihr obergärriges Bier in Düsseldorf gebraut sei, liege auch

weder eine unbillige Beeinträchtigung der Klägerinnen noch eine Ausnützung einer Monopolstellung der Beklagten vor.

Ob und in welchen anderen Fällen die Bezeichnung "Düssel" von den Klägerinnen benutzt werden dürfe, etwa im Zusammenhang mit der unwidersprochen gelassenen Bestellung eines Glases "Düssel" durch einen Gast oder durch den Sprachgebrauch des Bedienungspersonals in ihren Brauereiaussschänken, bedürfe nicht der Entscheidung. Insoweit seien die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs auch gar nicht dargetan, da die Beklagte bisher nur gegen zwei Gaststätten wegen der zeichenmäßigen Benutzung des Wortes "Düssel" eingeschritten sei.

Die Revision hält diese Beurteilung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht für widerspruchsvoll. Wenn das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerinnen als richtig unterstellt habe, daß die Bezeichnung "Düssel-Alt" für den Düsseldorfer Raum seine kennzeichnende Bedeutung verloren habe, so sei es hiermit unvereinbar, wenn es bei Beurteilung des Hilfsantrages die Meinung vertrete, andere Unternehmen dürften das Wort "Düssel" deshalb nicht verwenden, weil es der einzige kennzeichnungskräftige Bestandteil in dem Warenzeichen der Klägerinnen sei. Wenn, wie hier, eine Gattungsbezeichnung vorhanden sei, entfalle der Warenzeichenschutz; die Berufung auf das formale Zeichenrecht stelle dann eine unzulässige Rechtsausübung dar.

Auch dieser Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat den Sachvortrag der Klägerinnen in Verbindung mit deren Unterlassungsantrag zutreffend dahin verstanden, daß diese für sich das Recht in Anspruch nehmen, das Wort "Düssel" w a r e n z e i c h e n m ä ß i g zur Bezeichnung des von ihnen hergestellten obergärigen Bieres zu benutzen. Die Befugnis der Klägerinnen, Angaben über den Herstellungsort Düsseldorf der von ihnen gebrauten obergärigen Biere oder über die Beschaffenheit dieses Bieres zu gebrauchen, besteht - sofern die Benutzung nicht warenzeichenmäßig erfolgt - bereits nach § 16 WZG (vgl. RGZ 72, 229, 232 f - Vaseline). Soweit die Klägerinnen aber das Wort "Düssel" zeichenmäßig verwenden wollen, sind ihnen durch das Bestehen der für die Beklagte eingetragenen Warenzeichen Schranken gesetzt. Ob durch eine zeichenmäßige Verwendung des Wortes "Düssel" in Verbindung mit anderen Zeichenbestandteilen die Gefahr von Verwechslungen mit dem Warenzeichen der Beklagten herbeigeführt und dadurch die Rechte der Beklagten aus deren Warenzeichen verletzt werden, kann aber nur im Einzelfall anhand der von den Klägerinnen jeweils verwendeten Bezeichnungen ermittelt, dagegen nicht unabhängig von der Benutzungsform allgemeingültig festgestellt werden. Unter diesen Umständen ist es aber rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den unbeschränkten Unterlassungsantrag als nicht hinreichend bestimmt angesehen hat (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Soweit die Klägerinnen das Recht zu einer n i c h t
zeichenmäßigen Verwendung des Wortes "Düssel" in
Anspruch nehmen, hat das Berufungsgericht frei von
Rechtsirrtum festgestellt, daß sie nicht die Voraus-
setzungen für einen Unterlassungsanspruch dargetan
haben. In dieser Hinsicht fehlt es an einem Tat-
sachenvortrag, der den Schluß zuließe, daß eine
solche Benutzung des Wortes "Düssel" den Klägerinnen
schon einmal von der Beklagten verboten worden wäre.
Denn diese ist - wie bereits hervorgehoben wurde -
bisher nur gegen zwei Gaststätten und auch gegen diese
nur wegen der zeichenmäßigen Verwendung des Wortes
"Düssel" vorgegangen. Dies gilt auch, soweit der
in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsantrag
auf ein entsprechendes Verbot für den Düsseldorfer
Raum beschränkt ist.

Nach alledem war die Revision der Klägerinnen zurück-
zuweisen.

B. Anschlußrevision der Beklagten

Die Anschlußrevision der Beklagten richtet sich
gegen die vom Berufungsgericht bestätigte Verur-
teilung der Beklagten durch das Landgericht, es zu
unterlassen, in ihrer Werbung die Behauptung zu
benutzen, "'Düssel' nur aus der Hirschbrauerei AG"
und gegen die Feststellung ihrer Verpflichtung zum
Schadensersatz wegen dieser Werbung.

Das Berufungsgericht erblickt in dieser in einer Düsseldorfer Tageszeitung veröffentlichten Anzeigenwerbung der Beklagten einen Verstoß gegen § 3 UWG, weil ein nicht unbeträchtlicher Teil des von der Werbung angesprochenen Verkehrs den beanstandeten Werbetext dahin verstehe, es gebe in Düsseldorf ge-
brautes obergäriges Bier nur aus der H[REDACTED]brauerei der Beklagten. Wie schon das Landgericht, stellt das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde fest, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der Bevölkerung im Düsseldorfer Raum unter der Bezeichnung "Düssel" schlechthin in Düsseldorf gebräutes obergäriges Bier verstehe. Außerdem sei für den flüchtig betrachtenden Verkehr die Vorstellung, daß in Düsseldorf nur
e i n e große Brauerei obergäriges Bier herstelle, nicht so ungewöhnlich, als daß eine Verwirrung durch diese Behauptung nicht mehr erfolgen könne, zumal in Düsseldorf nicht jede Brauerei ihre sämtlichen Biere selbst braue. Die Beklagte habe in dem Inserat eben nicht nur auf ihr Warenzeichen "Düssel-Alt" hingewiesen, sondern die Bezeichnung "Düssel" als Biersorten-Bezeichnung herausgestellt. Diese unrichtige Angabe über die Herkunft sei auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken, da ein nicht unbeachtlicher Teil der Verkehrskreise der Werbeangabe entnehme, daß er das von ihm wegen der Brauart bevorzugte Bier nur von der Beklagten erhalten könne, was aber den Tatsachen nicht entspreche.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Anschlußrevision der Beklagten können keinen Erfolg haben. Die Anschlußrevision vertritt die Ansicht, daß - nachdem das Berufungsgericht festgestellt habe, daß das Warenzeichen "Düssel-Alt" seine kennzeichnende Funktion behalten habe - die Beklagte wie jeder andere Inhaber eines eingetragenen Warenzeichens befugt sei, in der Werbung darauf hinzuweisen, daß die mit dem Warenzeichen versehene Ware nur aus ihrem Betrieb stamme. Hierfür sei es unerheblich, ob es sich um ein Warenzeichen mit normaler Kennzeichnungskraft handele oder um ein Zeichen, das von einem nicht unerheblichen Teil des Verkehrs als Gattungsbezeichnung oder als freier Warenname angesehen werde. Vom Ausgangspunkt des Berufungsgerichts aus hätte das Verbot auch nicht für die gesamte Bundesrepublik, sondern nur für den Düsseldorf-Raum ausgesprochen werden dürfen, so daß mindestens der Hilfsantrag gerechtfertigt sei.

Die Frage, in welchem Sinn eine Werbebehauptung von den beteiligten Kreisen verstanden wird, ist im wesentlichen tatsächlicher Natur. Die insoweit vom Tatrichter getroffenen Feststellungen sind der Nachprüfung durch das Revisionsgericht weitgehend entzogen (BGH GRUR 1960, 567, 570 - Kunstglas). Da die Beurteilung der Wirkung des Inserats auf den flüchtigen Leser aber auf zutreffenden, mit der Lebenserfahrung im Einklang stehenden Erwägungen beruht, ist sie aus Rechtsgründen nicht angreifbar.

Die Anschlußrevision übersieht, daß in dem Werbeinserat der Beklagten die Bezeichnung "Düssel" durch größere Druckbuchstaben, Sperrdruck und Anführungszeichen an den Beginn des Inserats und damit in den Vordergrund gerückt ist und sich von dem nachfolgend angeführten Warenzeichen "Düssel-Alt" abhebt, wodurch bei einem nicht unerheblichen Teil der Leser der irrige Eindruck entstehen kann, das im Raum Düsseldorf unter der Bezeichnung "Düssel" bekannte obergärige Bier werde nur von der Beklagten gebraut.

Die Anschlußrevision ist schließlich auch insoweit unbegründet, als sie eine Beschränkung des Verbots auf den Raum Düsseldorf erstrebt. Denn auch dann, wenn in den Gebieten außerhalb Düsseldorfs, in welche die Beklagte ihr obergäriges Bier unter ihrem Warenzeichen "Düssel-Alt" liefert, die Bezeichnung "Düssel" nicht schlechthin als Beschaffenheitsangabe für obergäriges Bier verstanden wird, also die Möglichkeit einer örtlich verschiedenen Verbrauchervorstellung bejaht wird, bleibt die Feststellung des Berufungsgerichts - auch soweit Verkehrskreise außerhalb des Düsseldorfer Raumes in Frage stehen - rechtlich unbedenklich, daß jedenfalls hinsichtlich eines nicht unerheblichen Teiles der Leser des Inserats die Gefahr einer Irreführung in der Richtung besteht, daß in Düsseldorf nur die Beklagte obergäriges Bier herstelle. Das rechtfertigt aber den Erlass des örtlich nicht begrenzten Verbots (vgl. BGH GRUR 1958, 294, 297 - Essenzlimonaden).

Soweit Düsseldorfer Tageszeitungen auch außerhalb Düsseldorfs in Gegenden vertrieben werden, in denen beteiligte Verkehrskreise die Bezeichnung "Düssel" nicht als Gattungsbezeichnung für obergäriges Bier auffassen, können diese wegen der Hervorhebung des Wortes "Düssel" in dem Inserat gegenüber dem Warenzeichen "Düssel-Alt" um so eher der irrigen Vorstellung unterliegen, daß "Düssel"-Bier nur von der Beklagten ausgeliefert werde.

Die Anschlußrevision war demnach ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Krüger-Nieland

Pehle

Schneider

Sprenkmann

Mösl