

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2109 032

VO über Käse, Schmelzkäse und Käsezubereitungen
(Käseverordnung) v. 2. Juni 1951, BAnz Nr. 110,
§§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1

Die Verarbeitung eines von einer Molkerei gelieferten quarkähnlichen Milcherzeugnisses zu Doppelrahmfrischkäse verstößt nicht gegen die Käseverordnung.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1963 - Ib ZR 29/62

OLG Köln
LG Köln

Ib ZR 29/62

Verkündet am
23. Okt. 63
[REDACTED], Just. Ang.
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 Charles G [REDACTED] AG, vertreten durch
den Vorsitzenden des Vorstands, R. B [REDACTED] in M [REDACTED],
S [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Josef T [REDACTED], Inh. Josef T [REDACTED],
K [REDACTED]-R [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1963 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland,
Jungbluth, Pehle, Dr. Sprengmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 8. Dezember 1961 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte stellte im Jahre 1959 aus Quark und Butter ein Erzeugnis her, das sie unter der Marke "Kö [REDACTED]" mit der Kennzeichnung "Doppelrahm-Frischkäse" vertrieb.

Die Klägerin, die den Doppelrahm-Frischkäse "G [REDACTED]" herstellt, hielt das Herstellungsverfahren der Beklagten für unzulässig und erhob Unterlassungsklage mit dem Ziel, der Beklagten zu verbieten, ein aus einer Mischung von Quark und Butter hergestelltes Erzeugnis unter der Bezeichnung "Doppelrahmfrischkäse" und (oder) in der für Doppelrahmfrischkäse vorgeschriebenen Quadratform anzubieten, feilzuhalten, zu verkaufen oder sonst in den Verkehr zu bringen; im Laufe des ersten Rechtszuges erstrebte sie außerdem das Verbot, einen Doppelrahm-Frischkäse, den die Beklagte nicht im eigenen Betrieb hergestellt hat, in der für diese Käsesorte vorgeschriebenen Quadratform auszuformen und (oder) in der für die Sorte üblichen Aufmachung abzapacken und (oder) mit ihrem Namen oder ihrer Firma zu kennzeichnen. Nachdem die Beklagte während des Rechtsstreits die angegriffene Herstellungsart aufgegeben hatte, erklärten die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des auf die Mischung von Quark und Butter bezüglichen Verbots für erledigt.

Die Parteien streiten nunmehr über folgende von der Beklagten seither geübte Herstellungsweise:

Die Beklagte bezieht von einer Molkerei ein quarkähnliches Milchprodukt, das, in eine Kunststoffhülle verpackt, in Metallwannen angeliefert wird. Jeder

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Wanne liegt ein bedruckter Zettel bei, der die Anschrift der Molkerei und die Angabe "Doppelrahm-Frischkäse 60 % F.i.T. Rohware" enthält. Dieses Erzeugnis lagert die Beklagte zunächst 24 bis 36 Stunden in einem Kühlraum, leitet es dann unter Zugabe von Salz durch eine Passiermaschine (Quarkmühle) und füllt es anschließend in eine Mischmaschine, in der es verrührt (homogenisiert) wird; die verrührte Masse wird sodann in einer automatischen Maschine abgepackt; die einzelnen Päckchen werden endlich als "Kö [REDACTED]" - "Doppelrahm-Frischkäse" gekennzeichnet, in Kistchen verpackt und wieder im Kühlraum gelagert, bis sie in den Verkehr gelangen.

Mit dem nicht erledigten Verbotsantrag bekämpfte die Klägerin dieses von ihr ebenfalls für unzulässig gehaltene Verfahren, weil die Beklagte nach den Vorschriften der Käseverordnung weder als Hersteller noch als Fertiglagerer angesehen werden könne und sich deshalb in der Kennzeichnung des von ihr vertriebenen Produkts nicht als Herstellerin bezeichnen dürfe.

Das Landgericht hat nach Besichtigung des Betriebes der Beklagten die Klage abgewiesen, soweit die Hauptsache nicht erledigt war. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin zunächst beantragt,

der Beklagten bei Vermeidung der gesetzlich zulässigen Geld- oder Haftstrafe zu verbieten,

einen Frischkäse, den sie nicht im eigenen Betrieb hergestellt hat, in der für Doppelrahmfrischkäse vorgeschriebenen Quadratform

auszuformen und/oder in der für Doppelrahmfrischkäse üblichen Aufmachung abzapacken und/oder mit ihrem Namen oder ihrer Firma so zu kennzeichnen, daß der Anschein erweckt wird, sie sei Hersteller des Käses, und ihn sodann zu vertreiben.

Sie trägt vor, die "Rohware", welche die Beklagte von der Molkerei bezieht, habe alle Eigenschaften eines Frischkäses und sei in Wahrheit bereits ein fertiger Käse. Die Beklagte mache daher aus Käse einen anderen Käse; das sei aber unzulässig. Der Herstellungsvorgang dürfe bei Käse nicht zwischen mehreren Betrieben aufgeteilt werden, da die vom Gesetz vorgesehenen Kontrollen sonst unmöglich gemacht würden. Da die von der Molkerei an die Beklagte gelieferte "Rohware" mit einem Fettgehalt von 60 % ein "richtiger Doppelrahmfrischkäse" sei, der durch die Lieferung an die Beklagte in den Verkehr gebracht werde, verstießen sowohl die Molkerei als auch die Beklagte gegen die Vorschriften der Käseverordnung, nach denen ein solcher Käse nur geformt und verpackt in den Verkehr gebracht werden dürfe. Die Beklagte sei auch nicht "Fertiglagerer" im Sinne des § 10 KäseVO. Denn von "Fertiglagern" könne nur gesprochen werden, wenn einerseits die Herstellung als solche beendet sei, der Käse aber während des Lagerns noch einen Reifungsvorgang durchzumachen habe; das sei aber bei Frischkäse gerade nicht der Fall, da dieser möglichst sofort verbraucht und, wenn das nicht möglich ist, kühl gelagert werden müsse, weil er schon beim bloßen "Anreifen" nicht mehr verkehrsfähig sei. Im übrigen sei die gesamte

Behandlung, der das Molkereierzeugnis bei der Beklagten unterzogen wird, nicht notwendig, um den Käse zum Verzehr geeignet zu machen; die Maschinenbearbeitung habe nur den Zweck, das Salz mit dem Käse zu vermischen, was nach der Käseverordnung nur dem Hersteller, also im vorliegenden Falle der Molkerei, erlaubt sei.

Im Laufe des Berufungsverfahrens hat die Klägerin ferner neu vorgetragen, die Beklagte forme ihr Erzeugnis in quadratischen Stücken von 8 x 8 cm und im Gewicht von 125 g aus; da die Käseverordnung nur Stücke im Gewicht von 50 g und 62,5 g und in der Größe von 6 x 6 cm erlaube, verschaffe sich die Beklagte einen unlauteren Vorteil vor ihren Mitbewerbern.

Die Klägerin hat im Berufungsrechtszug dementsprechend zuletzt beantragt, der Beklagten zu verbieten,

1. a) aus dem von ihr als Ausgangsprodukt benutzten, als "Doppelrahmfrischkäse 60 % F.i.T. Rohware" bezeichneten Molkereiprodukt, das sie von einem Dritten erwirbt, einen Frischkäse herzustellen und zu vertreiben,
- b) hilfsweise,
solchen Frischkäse in der für Doppelrahm-Frischkäse vorgeschriebenen Quadratform auszuformen und/oder in der für Doppelrahm-Frischkäse üblichen Aufmachung abzupacken und/oder mit ihrem Namen oder ihrer Firma zu kennzeichnen und ihn sodann zu vertreiben,

- c) den Doppelrahm-Frischkäse "KÖ [REDACTED]" im Format 8 x 8 cm und mit einem Gewicht von 125 g herzustellen und zu vertreiben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen, im zweiten Rechtszug,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hat den Anträgen zu 1 a und 1 c als unzulässiger Klageänderung widersprochen und im übrigen geltend gemacht, daß ihr Herstellungsverfahren unter jedem Gesichtspunkt zulässig sei, gleichgültig, ob man sie neben der Molkerai als Hersteller ansehe, da es keine Vorschrift gebe, die eine Arbeitsteilung zwischen mehreren Herstellern verbiete, oder ob man mit dem Landgericht davon ausgehe, daß sie Fertiglagerer sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision ihre zuletzt gestellten Anträge weiter, während die Beklagte die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

- A. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum in dem im zweiten Rechtszug neu gestellten Klageantrag 1 c - Gewicht und Format des von der Beklagten vertriebenen Käses - eine Klageänderung (§ 264 ZPO) erblickt. Die Revision erhebt insoweit auch keine Einwendungen; sie wendet sich aber dagegen, daß das Oberlandesgericht diese Klageänderung nicht für

sachdienlich erachtet und deshalb nicht zugelassen hat.

1. Das angefochtene Urteil führt aus, der Streit der Parteien darüber, wie das Erzeugnis der Beklagten beschaffen sei und ob es in der von der Beklagten geübten Weise hergestellt werden dürfe, habe nichts mit der neu in den Rechtsstreit eingeführten Frage zu tun, ob das vorgeschriebene Format und Gewicht überschritten werde. Es handele sich vielmehr insoweit um einen selbständigen neuen Streitpunkt, der weder als ein sich aus dem eigentlichen Streit um die Käseherstellung ergebender Nebenpunkt noch als ein Punkt von untergeordneter Bedeutung anzusehen sei, da die Weiterverwendung der von der Beklagten nach ihrem unwidersprochenen Vortrag zum Preis von 50.000 DM beschafften automatischen Abpackmaschine für sie existenzwichtig sei. Die Beklagte verpacke ihr Erzeugnis seit Jahren in der nun beanstandeten Weise; da die Klägerin, obwohl ihr das nicht unbekannt geblieben sein könne, mit ihrem diesbezüglichen Angriff erst im Berufungsverfahren hervorgetreten sei, sei sie bis dahin ersichtlich selbst der Auffassung gewesen, daß keine Veranlassung bestanden habe, den Streit um die Herstellung mit dem Streit um Form und Größe des von der Beklagten vertriebenen Käses zu verbinden. Die Klageänderung könne nicht als sachdienlich angesehen werden, da keine entscheidenden Gesichtspunkte für die Verbindung der beiden Streitpunkte sprächen.
2. Demgegenüber macht die Revision geltend, der Berufungsrichter habe übersehen, daß für die Frage der

Sachdienlichkeit einer Klageänderung der wirtschaftliche oder rechtliche Zusammenhang der Ansprüche unerheblich sei; er habe aus der Tatsache der Klageänderung als solcher rechtsirrig auf die mangelnde Sachdienlichkeit geschlossen; er habe diese rechtsfehlerhaft schon deshalb verneint, weil die Klageänderung schon im ersten Rechtszug hätte vorgenommen werden können; er habe zudem den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit auch insofern verkannt, als er den entscheidenden Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit außer Betracht gelassen habe.

Diese Revisionsangriffe dringen im Ergebnis nicht durch.

3. Die Verneinung einer Klageänderung als sachdienlich ist der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur daraufhin unterworfen, ob der Tatsachenrichter den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen des ihm zustehenden Ermessens überschritten hat (BGHZ 1, 65, 71; 16, 317, 322). Dabei kommt es für die Frage der Sachdienlichkeit auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung der Ausräumung des sachlichen Streitstoffes im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits dient und einem andernfalls zu gewärtigenden neuen Rechtsstreit vorbeugt; in diesem Rahmen ist es ohne Belang, ob die Zulassung der Klageänderung weitere Erklärungen der Parteien und neue Beweiserhebungen notwendig macht, da nicht die beschleunigte Erledigung dieses Prozesses, sondern die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien für die Frage der Sachdienlichkeit maßgebend ist. Es kann schon nicht als sachdien-

lich angesehen werden, wenn der Kläger durch die Zurückweisung der Klageänderung geradezu zur Erhebung einer neuen Klage gedrängt wird. Ebenso ist es für die Frage der Sachdienlichkeit unerheblich, ob durch die Zulassung der Klageänderung für die geänderte Klage eine Tatsacheninstanz verloren geht (RG JW 1935, 2897; BGH NJW 1951, 311).

Das angefochtene Urteil bietet nach dem Zusammenhang seiner Gründe keinen Anhalt dafür, daß das Berufungsgericht das ihm obliegende Ermessen falsch gehandhabt hätte. Zwar würde der Gesichtspunkt, daß der neu eingeführte Klageantrag 1 c im Rahmen der aus dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs erhobenen Ansprüche der Klägerin nicht als Nebenpunkt, sondern als selbständiger Streitpunkt anzusehen ist (BU 12), für sich allein nicht zur Verneinung der Sachdienlichkeit führen können, da er lediglich als Hinweis darauf dienen kann, daß es sich insoweit tatsächlich um eine Klageänderung (§ 264 ZPO) und nicht nur um eine Klageerweiterung (§ 268 Nr. 2 ZPO) handelt. Auch die für die Beklagte ausschlaggebende wirtschaftliche Bedeutung der Klageänderung spricht nicht gegen deren Sachdienlichkeit; denn eine mit demselben Ziele neu erhobene Klage hätte keine anderen wirtschaftlichen Folgen, so daß in diesem Zusammenhang nicht darauf eingegangen werden muß, ob nach der Lebenserfahrung Abpackmaschinen in der Regel ohne allzu große Schwierigkeiten und Kosten auf andere Formate eingestellt werden können. Soweit die Darlegungen des Berufungsgerichts darauf schließen lassen könnten, das neue Vorbringen der Klägerin sollte in - mindestens entsprechender - Anwendung des § 529 Abs. 2 und 3 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden,

wäre das rechtlich bedenklich. Denn die Zulässigkeit einer Klageänderung bestimmt sich auch in der Berufungsinstanz ausschließlich nach Maßgabe der §§ 264, 523 ZPO; für die Vorschriften über die Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel (§§ 279, 529 ZPO) ist in einem solchen Falle kein Raum (BGH LM § 264 ZPO Nr. 6).

Dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist jedoch zu entnehmen, daß der Berufungsrichter es für entscheidend angesehen hat, das Gericht würde durch Zulassung der Klageänderung zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen und bis dahin zwischen den Parteien überhaupt nicht vorhandenen Streitstoffs genötigt werden. Da eine Klageänderung, die zu solchen Folgen führt, nicht als prozeßwirtschaftlich angesehen werden kann (vgl. BGH LM § 523 ZPO Nr. 1), kann eine Überschreitung der dem Tatrichter bei der Ausübung seines Ermessens gezogenen Grenzen nicht angenommen werden, auch wenn er sich nicht ausdrücklich mit der Frage der Prozeßwirtschaftlichkeit auseinandergesetzt hat. Die Nichtzulassung der Klageänderung ist daher im Ergebnis aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

B. Auch im übrigen bleibt die Revision ohne Erfolg.

I. Daß die Verordnung über Käse, Schmelzkäse und Käsezubereitungen - KäseVO - vom 2. Juni 1951 (BAnz Nr. 110), zuletzt geändert durch VO vom 4. November 1961 (BAnz Nr. 220), auf deren Vorschriften die Klägerin ihre Unterlassungsansprüche gründet, wirksam zustande gekommen und geltendes Recht ist, hat der erkennende

Senat im Beschluß vom 18. September 1963 - Ib ZR 21/62 - im einzelnen dargelegt.

- II. Mit ihrem Hauptantrag, den das Berufungsgericht als sachdienliche Klageänderung zugelassen hat, begehrt die Klägerin, der Beklagten zu verbieten, aus dem von einer Molkerei bezogenen "Doppelrahm-Frischkäse 60 % F.i.T. Rohware" einen Frischkäse herzustellen und zu vertreiben; dabei geht der Streit im wesentlichen darum, ob ein Käse, wie die Klägerin meint, nach den Vorschriften der Käseverordnung in einem einheitlichen Herstellungsvorgang in einem einzigen Betriebe hergestellt werden muß oder ob - entsprechend der Handhabung durch die Beklagte - die Fertigung des für den Vertrieb an die Verbraucher bestimmten Erzeugnisses auf mehrere nacheinander tätig werdende Betriebe aufgeteilt werden kann.
1. Das Berufungsgericht führt aus, die Rohware, welche die Beklagte von der Molkerei bezieht, sei noch kein fertiger Käse. Um Speisequark könne es sich nicht handeln, da dieser höchstens 50 % F.i.T. enthalten dürfe (Anlage 1 A 4 zur KäseVO i.V.m. § 2 Nr. 2 bis 8 KäseVO), während die "Rohware" mit 60 % F.i.T. den Fettgehalt eines Doppelrahmkäses (§ 2 Nr. 1 KäseVO) aufweise. Trotz dieses Fettgehalts sei die "Rohware" noch kein Doppelrahmfrischkäse im Sinne der Anlage 1 A 4 zur KäseVO, sondern lediglich ein Zwischenprodukt oder Halbfabrikat, da sie, um tafelfertig zu werden, noch der von der Beklagten vorgenommenen Arbeitsgänge bedürfe, die der gerichtliche Sachverständige eingehend als Fertigungsvorgänge charakterisiert habe. Der von der Beklagten vertriebene

"Kö[REDACTED]"-Käse werde daher in zwei Betrieben hergestellt, und zwar "unmittelbar und abschließend allein" von der Beklagten.

Das sei rechtlich zulässig. Zwar dürften gemäß § 4 KäseVO nur die in der Anlage 1 aufgeführten Käsesorten hergestellt ... verkauft oder sonst in den Verkehr gebracht werden; die Abgabe der "Rohware" an die Beklagte sei auch ein "Inverkehrbringen" im Sinne dieser Vorschrift, doch beziehe sich diese nur auf fertige Käsesorten; darüber hinaus meine die Vorschrift mit dem "Inverkehrbringen" nur eine Abgabe an den Letztverbraucher, da nur dieser nach dem Sinn und Zweck der Käseverordnung geschützt werden solle. Dies ergebe sich auch aus § 20 Abs. 1 KäseVO, der die Kennzeichnungspflicht für ausländischen Käse ausdrücklich nur dem Einzelhandel auferlege. Auch die Regelung des § 10 Abs. 1 KäseVO für den Fortiglagerer zeige, daß der Verordnungsgeber von der Verteilung der Herstellung auf mehrere Betriebe ausgehe.

2. Die Revision trägt vor, dieses Ergebnis sei unter Verstoß gegen den § 286 ZPO gewonnen worden. Das Berufungsgericht habe einen Antrag der Klägerin, einen "Obergutachter" darüber zu vernehmen, daß die Beklagte "aus Käse einen anderen Käse herstelle", mit der Begründung abgelehnt, auf diese Frage komme es nicht an, und habe gleichwohl festgestellt, das von der Molkerei bezogene Erzeugnis sei kein fertiger Käse; es habe zudem die entgegenstehende Meinung eines von der Klägerin vorgelegten Privatgutachtens und das Geständnis der Beklagten im Schriftsatz vom 6. September

1961, daß der "von der Molkerei bezogene Rohkäse selbst Käse" sei, außer Betracht gelassen.

Sachlich-rechtlich verstoße die Auffassung des Berufungsrichters gegen den § 1 Abs. 1 KäseVO, der die allein maßgebliche Begriffsbestimmung für Käse enthalte; daß nach dieser auch die "Rohware" Käse sei, könne nicht bezweifelt werden. Da aber Käse als Grundstoff zwar für Schmelzkäse (§ 1 Abs. 2 KäseVO) und für Käsezubereitung im Sinne des § 1 Abs. 3 KäseVO, nicht aber für Käse zugelassen sei, ergebe sich zwingend, daß das Verfahren der Beklagten, aus dem von der Molkerei gelieferten Käse einen anderen Käse herzustellen, gegen die KäseVO verstoße.

Diese Revisionsangriffe sind unbegründet.

3. Nach § 1 Abs. 1 KäseVO ist Käse das aus Milch, Sahne (Rahm), teilweise oder vollständig entrahmter Milch (Magermilch), Buttermilch, Ziegenmilch, Schafmilch oder Gemischen dieser Flüssigkeiten, gegebenenfalls unter Verwendung von Molke, Wasser, Kochsalz, Pilz- und Bakterienkulturen, durch Säuerung oder Zusatz von lab gewonnene Gemisch, das amtlich zugelassene Farbstoffe enthalten kann und entweder frisch oder in verschiedenen Graden der Reife zum Verzehr bestimmt ist. Dazu bestimmt § 4 Abs. 1 KäseVO, daß nur die in der Anlage 1 aufgeführten Käsesorten mit den vorgeschriebenen Bezeichnungen und festgesetzten Fettstufen in den festgesetzten Formen, Größen und Gewichtsstufen hergestellt, angeboten, zum Verkauf vorrätig gehalten, feilgehalten, verkauft oder sonst in den Verkehr gebracht werden dürfen.

Ein Doppelrahmfrischkäse darf nach Anlage 1 Abschn. A 4 nur in der Fettstufe als Doppelrahmkäse, also nach § 2 Nr. 1 KäseVO mit einem Mindestfettgehalt von 60 v.H. in der Trockenmasse (60 v.H. i.T.) hergestellt und muß in den in Anlage 1 Abschnitt C 4 festgelegten Formen und Größen verkaufsfertig gehalten werden.

- a) Die Frage, ob die Herstellung eines Käses, im besonderen eines Doppelrahmfrischkäses, in allen Einzelschritten in einem einzigen Betriebe vorgenommen werden muß oder ob eine Arbeitsteilung zwischen mehreren Betrieben stattfinden darf, ist in der Käseverordnung nicht ausdrücklich geregelt. Der Meinung der Revision, daß sich das Verbot der Arbeitsteilung aus dem Sinn und Zweck der Verordnung ergebe, kann nicht gefolgt werden.
- aa) Unter "Herstellen" eines Lebensmittels versteht die Rechtsprechung alles von Menschen unmittelbar oder mittelbar bewirkte Geschehen, das ohne weiteres oder in fortschreitender Entwicklung ein bestimmtes körperliches Ergebnis zustande bringt (RGSt 41, 207); ist das beabsichtigte Produkt fertiggestellt, hat also das Lebensmittel einen Zustand erreicht, in dem es, ohne daß besondere weitere Maßnahmen erforderlich wären, an den Verbraucher abgegeben wird oder doch abgegeben werden kann, so ist das Herstellen beendet (vgl. BayObLGSt 1962, 102, 105). Dabei kommt es auf die Absicht des Herstellers in der Weise an, daß die Herstellung des Lebensmittels erst vollendet ist, wenn es in seinem Sinne fertig ist, mag auch schon in einer früheren Entwicklungsstufe ein zu menschlichem Genuß geeigneter Gegenstand entstanden sein (vgl. Holthöfer-

Juckenack-Nüse, Deutsches Lebensmittelrecht, 4. Aufl. Randn. 33 zu § 3 LMG). Grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß einzelne Herstellungsvorgänge von verschiedenen Personen bewirkt werden können (RG DJZ 1907, 969).

Das Berufungsgericht ist ohne ersichtlichen Rechtsirrtum dem gerichtlichen Sachverständigen darin gefolgt, daß das von der Molkerei gelieferte Erzeugnis noch nicht für den Verzehr geeignet war und auch weder von der Molkerei noch von der Beklagten als fertiges Lebensmittel angesehen wurde; vielmehr entsprach es der Absicht beider Beteiligten, dieses Produkt durch Salzen und Rühren (Homogenisieren) so zu verändern, daß es "tafelfertig", also zur Abgabe an den Verbraucher geeignet wurde, während vor dieser Bearbeitung eine solche Abgabe nicht in Betracht gezogen wurde. Daraus ergibt sich nach dem Vorhergehenden, daß zur Zeit der Veräußerung von der Molkerei an die Beklagte noch keine Käsesorte im Sinne des § 4 Abs. 1 KäseVO "hergestellt" war, so daß es auch keiner Verformung und Verpackung in den von der Anlage 1 vorgeschriebenen Größen und Gewichten bedurfte.

Dieses aus dem Begriff des "Herstellens" gewonnene Ergebnis stimmt mit der von der Revision herangezogenen Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 KäseVO überein, wenn auch in anderem als dem von der Revision vorgetragenen Sinne. Danach ist nämlich Käse jenes näher beschriebene Gemisch, das ... "zum Verzehr bestimmt ist". Auch daraus ist zu schließen, daß

ein Erzeugnis erst dann als Käse den Vertriebs- und Kennzeichnungsvorschriften der Käseverordnung unterliegt, wenn es zum Verzehr bestimmt ist, also den Zustand erreicht hat, in dem es nach dem Willen des Herstellers den Verbraucher erreichen soll. Die Klägerin hat aber selbst nicht vorgetragen, daß sich bereits die von der Molkerei gelieferte Ware in einem solchen Zustand befunden habe.

Würde man der Ansicht der Revision folgen, so wäre im Einzelfall, wenn überhaupt, so doch nur unter erheblichen Schwierigkeiten festzustellen, in welchem Zeitpunkt das aus Milch usw. gewonnene Gemisch zum ersten Male als Käse bezeichnet werden kann, um in diesem Zeitpunkt eine "Zäsur im Herstellungsvorgang" anzunehmen, von der an die für den Vertrieb maßgeblichen Vorschriften der Käseverordnung anzuwenden sind. Es ist kein Grund ersichtlich, der rechtlich dazu Veranlassung gäbe, den Ablauf der einzelnen Herstellungsvorgänge in dieser Weise aufzuteilen, so daß auch kein Anlaß besteht zu prüfen, ob die Auffassung der Revision etwa auch dazu führen müßte, eine Arbeitsteilung ähnlich der von der Beklagten geübten auch für räumlich getrennte Fertigungsstätten ein und desselben Betriebes zu verbieten.

- bb) Die Revision kann auch nicht mit dem Gesichtspunkt durchdringen, daß durch eine Arbeitsteilung die von der Käseverordnung vorgeschriebene Überwachung vereitelt würde. Zwar ist ihr zuzugeben, daß die Darlegungen des angefochtenen Urteils insoweit von falschen Voraussetzungen ausgehen, als dort

ausgeführt ist, der Sachverständige habe "des näheren dargelegt, daß Doppelrahmfrischkäse einer solchen Qualitätsprüfung nicht unterliegt." Tatsächlich ist der Sachverständige davon ausgegangen, daß die im § 12 Abs. 4 KäseVO angeführten Überwachungsstellen nach den Vorschriften der Anlage 2 nur zur Überwachung der "beiden Güte-Höchststufen Markenkäse und Weichkäse Spitzenklasse" zuständig seien; für die Beantwortung der hier einschlägigen Frage läßt sich aber aus der Anlage 2 nichts gewinnen, da diese überhaupt nur Sondervorschriften für Markenkäse und Weichkäse Spitzenklasse enthält. Dagegen ergibt § 12 Abs. 1 KäseVO, daß in den Herstellerbetrieben die zu verarbeitende Milch oder Sahne überwacht werden muß, und § 12 Abs. 2 KäseVO bestimmt, daß Käseprüfungen stattzufinden haben, die nach Satz 2 bei Markenkäse und Weichkäse Spitzenklasse sogar monatlich vorgenommen werden müssen. Daß auch Doppelrahmfrischkäse diesen Prüfungen unterliegt, ergibt sich eindeutig aus Art. 2 Abs. 3 der Anlage 3 zur KäseVO, der auch für diese Käsesorte die Menge der einzusendenden Proben vorschreibt.

Auf diesem Irrtum beruht jedoch das angefochtene Urteil nicht. Denn die vorgeschriebene Überwachung kann in gleicher Weise durchgeführt werden, ob ein oder zwei Betriebe an der Herstellung beteiligt sind; es wäre nicht einzusehen, warum nicht die Prüfung der Milch (§ 12 Abs. 1 KäseVO) bei der Molkerei und die Prüfung des fertigen Käses (§ 12 Abs. 2 KäseVO) bei der Beklagten vorgenommen werden kann, ohne daß für den Verbraucher ein Nachteil oder eine

Gefährdung zu befürchten wäre, zumal § 12 Abs. 2 Satz 2 KäseVO in gewissen Fällen eine Aufteilung der Käseprüfung zwischen Hersteller und Fertiglagerer in Kauf nimmt. Daß für Verpackung und Transport zwischen Molkerei und der Beklagten eine ungünstige Beeinflussung des Lebensmittels nicht einmal behauptet ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum dargetan.

- cc) Bei dieser Sachlage bedurfte es nicht mehr des vom Berufungsrichter angestellten Vergleichs mit § 20 KäseVO, der für die hier anzustellende Erörterung nur von geringem Wert ist, weil es sich dabei um eine Sondervorschrift für die Kennzeichnung ausländischen Käses handelt, die nur die neben der ausländischen Bezeichnung notwendige Kennzeichnung in deutscher Sprache zum Gegenstand hat.
- b) Damit erweist sich auch die Auffassung der Revision als unbegründet, die Molkerei und die Beklagte verletzten im Zusammenwirken den § 4 Abs.1 KäseVO dadurch, daß sie Käse - nämlich die "Rohware" - vorschriftswidrig in den Verkehr brächten.

Rechtsirrig ist zwar die Meinung des Berufungsgerichts, unter "Inverkehrbringen" im Sinne der genannten Vorschrift sei nur ein Überlassen des Käses an den Letztverbraucher zu verstehen. Es ist kein Grund ersichtlich, der dazu zwänge, den Begriff des "Inverkehrbringens" für die Käseverordnung anders auszulegen als im gesamten übrigen Lebensmittelrecht, in dem der Begriff, den das Gesetz selbst nicht erläutert, aus dem Sinn des Gesetzes

abgeleitet und allgemein dahin verstanden wird, daß darunter jeder Wechsel der tatsächlichen Verfügungsgewalt auf dem Wege vom Hersteller zum letzten Verbraucher fällt (BGH in Holthöfer-Nüse, Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen - LRE - 1, 82; BayObLGSt 1961, 194 mit zahlreichen Nachweisen; Holthöfer-Juckenack-Nüse Randn. 48, 51 zu § 3 LMG). Danach kann ein Lebensmittel auf dem Wege zum Verbraucher mehrmals in den Verkehr gebracht werden, etwa durch Überlassen vom Hersteller an den Großhändler, von diesem an den Kleinhändler und endlich von diesem an den Verbraucher; immer muß es sich aber um ein Weitergeben in Richtung auf den Verbraucher handeln; Vorgänge bei der Herstellung und im Bereich des Verbrauchers fallen nicht unter den Begriff (vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse aaO Randn. 53 Abs. 4).

Auch dieser Rechtsirrtum gefährdet jedoch den Bestand des Urteils nicht. Denn da es sich, wie schon dargelegt, bei der sogenannten Rohware noch nicht um Käse im Sinne des § 1 Abs. 1 KäseVO handelt, kann schon aus diesem Grunde ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 KäseVO durch die Weitergabe an den endgültigen Hersteller nicht in Betracht kommen. Es mag deshalb dahinstehen, ob die Übertragung der Verfügungsgewalt zur Vollendung der Herstellung nach der vorstehenden Begriffsbestimmung überhaupt ein "Inverkehrbringen" wäre oder ob der Käse erst mit der Weitergabe durch die Beklagte als "fertige Käsesorte" zum ersten Male in den Verkehr gebracht würde.

- c) Da die Herstellungsweise der Beklagten nicht gegen die Käseverordnung verstößt, erübrigt sich die Prüfung, ob die Klägerin aus einem etwaigen Verstoß wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Unterlassung herleiten könnte; auf das mit der Revision wiederholte diesbezügliche Vorbringen der Klägerin auf S. 24 - 26 ihres Schriftsatzes vom 30. November 1960 muß daher nicht eingegangen werden.

III. Da die Beklagte nach den Darlegungen unter B II 3 Herstellerin ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum auch dem Hilfsantrag 1 b nicht stattgegeben, mit dem der Beklagten untersagt werden sollte, die dem Hersteller obliegende Kennzeichnung (§ 8 Abs. 1 KäseVO) auf ihrem Käse anzubringen.

IV. Die Revision der Klägerin war danach mit der Kostenfolge des § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Sprenkmann Mösl