
Datum: 19.04.1995
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 242/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1995:0419.6U242.94.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 395/94

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 13. September 1994 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 395/94 - abgeändert. Der Antrag des Antragstellers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum 14. Juli 1994 wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden dem Antragsteller auferlegt.

Entscheidungsgründe:

1

##blob##nbsp;

2

Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

3

Dem Antragsteller steht kein aus den §§ 1, 3 UWG folgender Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung "Joghurt" für das verfahrensbetroffene Lebensmittel in der aus dem Antrag ersichtlichen Zusammensetzung zu.

4

Allerdings ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, deren Dringlichkeit mangels entgegenstehender Umstände gemäß § 25 UWG zu vermuten ist, auch durch das Inkrafttreten der UWG-Novelle am 1. August 1994 nicht etwa mangels Klagebefugnis des antragstellenden Vereins unzulässig geworden. Die Klagebefugnis des Antragstellers ist vielmehr auch nach der seit dem 1. August 1994 geltenden Neufassung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu bejahen. Wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt haben, gehört dem Antragsteller u. a. die C. M. Organisation der deutschen Agrarwirtschaft mbH-... als Mitglied an. Angesichts deren, dem Senat aus früheren Verfahren bekannten Größe und Bedeutung steht damit fest, daß diese wiederum die Mitgliedschaft

5

einer erheblichen Anzahl Gewerbetreibender, nämlich die ihrerseits in der C.-mitgliedschaftlich organisierten Betriebe vermittelt, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf dem selben Markt (Lebensmittelhandel) vertreiben. Dies reicht im gegebenen Fall für die Annahme der Klagebefugnis aus. Zweck der gesetzlichen Neuregelung in § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist es, die Klagebefugnis von Verbänden auf die kollektive Wahrnehmung gerade von Mitgliederinteressen zu beschränken. Nach den Materialien zu der Gesetzesnovelle (WRP 1994, 369 ff) genügt es zur Erreichung dieses gesetzgeberischen Ziels, wenn die betreffenden Wettbewerber mittelbar, nämlich durch die Zugehörigkeit zu einem Verband oder einer sonstigen Vereinigung, die ihrerseits den Wettbewerbsverein angehören, erfaßt werden.

Daß der Antragsteller, wie es § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG n.F. weiter verlangt, nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande ist, seine satzungsgemäßen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen, ist angesichts seiner dem Senat ebenfalls aus früheren Verfahren bekannten Struktur ohne weiteres anzunehmen und wird von der Antragsgegnerin auch nicht in Zweifel gezogen. 6

Das vom Antragsteller im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Unterlassungsbegehren, mit welchem er die Verwendung der Bezeichnung "Joghurt" für das verfahrensbe-troffene Lebensmittel in der aus dem Antrag ersichtlichen Zusammensetzung beanstandet, ist jedoch nicht be-gründet. 7

Ein durch die Verwendung des Begriffs "Joghurt" bewirk-ter Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bezeichnungs-vorschriften, aus dem allein sich hier der Vorwurf eines wettbewerbswidrigen Verhaltens im Sinne von §§ 1, 3 UWG - mithin ein Verfügungsanspruch - herleiten ließe, kann jedenfalls im Rahmen des vorliegenden summarischen Eilverfahrens nicht bejaht werden. 8

Dabei kann es letztlich offen bleiben, ob es sich bei dem verfahrensbetroffenen, von der Antragsgegnerin unter der Verkehrsbezeichnung "H. fettarmer Baby-Jog-hurt mit Fruchtzubereitung" in den Verkehr gebrachten Produkt um ein Milcherzeugnis handelt, welches gemäß Art. 2 Abs. 2 und 3, 3 Abs. 1 der ohne besondere Umsetzung als inländisches Recht anwendbaren VO (EWG) Nr. 1898/87 des Rates über den Schutz der Bezeichnung der Milch- und Milcherzeugnisse bei ihrer Vermarktung vom 02.07.1987 (im folgenden: Bezeichnungsschutz VO) in Verbindung mit § 2 Abs. 2, 3 Abs. 1 der Verordnung über Milcherzeugnisse (im folgenden: MilcherzVO) die Bezeichnung "Joghurt" tragen darf. Nur vorsorglich sei daher darauf hingewiesen, daß die Bejahung dieser Frage nach Auffassung des Senats hier naheliegt. 9

Art. 3 Abs. 1 der BezeichnungsschutzVO bestimmt, daß die in der Anlage zu Art. 2 Abs. 2 der genannten VO aufgeführten Bezeichnungen, darunter "Joghurt", nur für Milcherzeugnisse im Sinne der Definition des Art. 2 Abs. 2 BezeichnungsschutzVO verwendet werden dürfen. Danach sind Milcherzeugnisse ausschließlich aus Milch gewonnene Erzeugnisse, denen allerdings für die Her-stellung erforderliche Stoffe zugesetzt werden können, sofern diese beigegebenen Stoffe nicht verwendet wer-den, um einen der Milchbestandteile vollständig oder teilweise zu ersetzen. 10

Entsprechendes ergibt sich aus der in Art. 2 Abs. 3 BezeichnungsschutzVO speziell für "zusammengesetzte Erzeugnisse" getroffenen Regelung. Hiernach dürfen den Milcherzeugnissen vorbehaltene Bezeichnungen auch zusammen mit anderen Worten zur Verkehrsbezeichnung zusammengesetzter Produkte verwendet werden, bei denen kein Bestandteil einen beliebigen Milchbestandteil er-setzt oder ersetzen soll und bei dem die 11

Milch oder ein Milcherzeugnis einen nach der Menge oder nach der für das Erzeugnis charakteristischen Eigenschaft wesentlichen Teil darstellt.

Zwar ergibt sich weder aus diesen Definitionen, noch aus den sonstigen Vorschriften der Bezeichnungsschutz-VO, welchen Anforderungen die für die Herstellung oder Zusammensetzung beigegebenen Stoffe erfüllen müssen, um dem entstandenen Erzeugnis den Charakter eines "Milcherzeugnisses" zu erhalten, welches daher auch die ausschließlich diesen vorbehaltenen Bezeichnungen führen darf. Ebenso wenig geht aus der BezeichnungsschutzVO hervor, unter welchen konkreten Umständen ein beigegebener Stoff einen der Milchbestandteile vollständig oder teilweise ersetzt. Insofern kann jedoch auf die Kommentierungen zu der in § 2 Abs. 2 MilcherzVO getroffene Bestimmung über die Beigabe von Lebensmitteln zur Herstellung sogenannter Milchlischerzeugnisse im Sinne von Ziffer XIV der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 MilcherzVO, die sich ersichtlich an die vorstehende Definition der BezeichnungsschutzVO anlehnt (vgl. Zipfel, Lebensmittelrecht, C 273 a Rdn. 25 zu § 2), zurückgegriffen werden.

12

Denn obwohl die BezeichnungsschutzVO in ihrem Anhang zu Art. 2 Abs. 2 Joghurt ausdrücklich erwähnt, enthält sie keine speziellen Bestimmungen über dessen Herstellung und Zusammensetzung. Für die Herstellung und Zusammensetzung von Joghurt ist - solange eine gemeinschaftliche Regelung fehlt - auf die nationalen Vorschriften, hier die MilcherzVO, abzustellen (vgl. zu dem Verweis auf das nationale Recht auch Art. 2 Abs. 2 zweiter Gedankenstrich der BezeichnungsschutzVO i.V.m. Art. 5 der Richtlinie 79/112/EWG des Rates vom 18.12.1978 i.d. Fassung vom 14.06.1989 - "Etikettierungsrichtlinie" -).

13

Danach spricht vieles dafür, das Verfahrensbetroffene "Baby-Joghurt" als ein Milchlischerzeugnis im Sinne der BezeichnungsschutzVO und der MilcherzVO einzuordnen. Es ist einerseits hergestellt aus einem Milcherzeugnis, nämlich einem Joghurt-Erzeugnis (Ziffer II lit. a) Spalte 1 der vorbezeichneten Anlage) der Standardsorte "fettarmer Joghurt mild" (Spalte 2 Nr. 6), dem andererseits als weiteres Lebensmittel eine Fruchtzubereitung beigegeben ist (vgl. Ziffer XIV lit. b) der Anlage und § 2 Abs. 2 Nr. 3 MilcherzVO). Dem steht es nicht entgegen, daß die beigegebenen Lebensmittel - hier also die Fruchtzubereitung im Sinne der "Richtlinie für I. Fruchtzubereitungen zur Herstellung von Milchprodukten II. Bezeichnung von Fruchtjoghurtherzeugnissen" - nur zur Erzielung einer besonderen Geschmacksrichtung zugesetzt werden dürfen, was es ausschließt, die beigegebenen Lebensmittel zu verwenden, um einen der Milchbestandteile auch nur teilweise zu ersetzen, indem milchfremde Bestandteile verwendet werden. Die einem Milchlischerzeugnis beigegebenen Lebensmittel dürfen daher zwar keine milchfremden Fette enthalten, die sie nicht von Natur aus haben, sondern die ihnen vor ihrer weiteren Verarbeitung zu anderen Lebensmitteln zugesetzt worden sind (vgl. Zipfel a.a.O., C 273 a Rdn. 25 a zu § 2). Dies schließt es allerdings nicht aus, ein Milch-(misch)erzeugnis im Sinne von Art. 2 Abs. 2 u. 3 BezeichnungsschutzVO, § 2 Abs. 2 MilcherzVO, welches die diesem vorbehaltenen Bezeichnungen führen darf, unter Zufügung grundsätzlich milchfremder Bestandteile herzustellen. Andernfalls verböte sich die Beifügung von pflanzliche und damit milchfremde Fette aufweisenden Fruchtzubereitungen zur Herstellung eines "Fruchtjoghurts" oder "Joghurts mit Fruchtzubereitung". Die einem Milcherzeugnis zur Herstellung eines Milchlischerzeugnisses beigegebenen Lebensmittel, die von "Natur" aus milchfremde Bestandteile aufweisen, fallen daher nicht unter das Verbot. Sie dürfen vielmehr beigegeben werden, ohne daß das solcherart zusammengesetzte Produkt seine Eigenschaft als Milcherzeugnis verliert. In diesen Fällen darf das Produkt folglich auch die allein den Milcherzeugnissen vorbehaltene, jeweils einschlägige Verkehrsbezeichnung tragen. Maßgeblich ist allein, ob das beigegebene Lebensmittel um milchfremde Bestandteile, die in

14

ihm nicht aufgrund seiner natürlichen Beschaffenheit vorkommen, angereichert ist. Eben dies ist bei dem verfahrensbetroffenen Produkt der Antragsgegnerin nicht der Fall. Die Antragsgegnerin hat der Standardsorte "fettarmer Joghurt mild" zur Herstellung eines Mischerzeugnisses eine Fruchtzubereitung beigegeben, deren natürliche Fette mit Linolsäure angereichert wurden, um das hergestellte Produkt dem besonderen Ernährungserfordernissen von Kleinkindern (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 Lett c DiätVO) anzupassen. Da - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - die der Fruchtzubereitung beigegebenen essentielle Linolsäure mit der in der Fruchtzubereitung ohnehin von Natur aus vorhandenen "Original-Fettsäure" identisch ist, wird dem Milch-erzeugnis (fettarmer Joghurt mild) kein milchfremder Bestandteil zugefügt, der nicht vorhanden sein dürfte, um das solcherart hergestellte zusammengesetzte Lebens-mittel als Milch(misch)erzeugnis im Sinne von Art. 2, 3 Abs. 1 BezeichnungsschutzVO, § 2 Abs. 2 MilcherzVO qualifizieren zu können.

Es sprechen daher gute, wenn nicht im Ergebnis sogar überzeugende Gründe dafür, das 15 auf der Grundlage eines "fettarmen Joghurts mild" unter Beifügung einer in ihrem natürlichen Fettanteil angereicherten Fruchtzubereitung hergestellte Lebensmittel der Antragsgegnerin als "Milcherzeugnis" im Sinne von Art. 2 Abs.2 u. Abs. 3 BezeichnungsschutzVO anzusehen, welches daher gemäß Art. 3 Abs. 1 BezeichnungsschutzVO allein oder zusammen mit einem oder mehreren Worten (Art. 2 Abs. 3 BezeichnungsschutzVO) die Bezeichnung "Joghurt" tragen darf.

Letztlich bedarf dies im Rahmen des vorliegenden Ver-fügungsverfahrens allerdings 16 keiner Entscheidung. Denn selbst unterstellt, das verfahrensbetroffene Lebensmit-tel der Antragsgegnerin sei kein Milch(misch)erzeugnis im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BezeichnungsschutzVO, § 2 Abs. 2 MilcherzVO, so steht doch jedenfalls nicht in einer für den Erlaß der einstweiligen Verfügung ausreichenden Weise fest, daß die Antragsgegnerin sich nicht zu ihren Gunsten auf die Ausnahmenvorschrift in § 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO berufen kann, also - soweit der Begriff "Joghurt" in der Verkehrsbe-zeichnung des Produkts verwendet ist - ein Verstoß ge-gen lebensmittelrechtliche Bezeichnungsschutzvorschrif-ten vorliegt.

Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO sieht u. a. vor, daß auch solche Erzeugnisse, 17 die nicht als Milcherzeugnisse im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bezeich-nungsschutzVO anzusehen sind, die grundsätzlich diesen vorbehaltenen Bezeichnungen führen dürfen, wenn diese Bezeichnungen eindeutig zur Beschreibung einer charak-teristischen Eigenschaft verwendet werden. Auf welche Merkmale allerdings zur Beurteilung der charakteristi-schen Eigenschaften eines "Nicht-Milcherzeugnisses" ab-zustellen ist, deren Beschreibung die Verwendung einer an sich Milcherzeugnissen vorbehaltene Bezeichnung dient, geht aus der BezeichnungsschutzVO nicht unmit-telbar hervor. Soweit die Verwendung der Bezeichnung "Joghurt" betroffen ist, lassen sich allerdings den Ma-terialien zur BezeichnungsschutzVO Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche Merkmale für dieses Produkt typisch sind und daher für die Beurteilung der charakteristi-schen Eigenschaft eines "Nichtmilcherzeugnisses" als "Joghurt"-Erzeugnis herangezogen werden können. Im Anhang zu den der BezeichnungsschutzVO vom 2. Juli 1987 vorangegangenen Vorschlag der Kommission (Amtsbl. Nr. C 111 vom 26. April 1984, S. 7 ff, S. 9) findet hier unter Nr. 15 neben der Bezeichnung "Sauermilch-fermentierte Milch (Joghurt....)" die Definition "aus Milch hervorgegangene Folgeerzeugnisse, deren Merkmale auf der Wirkung von Säuren, Fermenten, Hefe und Lab beruhen". aufgeführt. In der Stellungnahme des Wirt-schafts- und Sozialausschusses vom 26. September 1984 heißt es hierzu:"Damit Joghurt in diese Warenbezeich-nung einbezogen werden kann, müßte die Definition folgender- maßen lauten.....auf der Wirkung von Säuren, Fermenten, Hefe oder Bakterienkulturen und von Lab

beruhen" (Amtsbl. Nr.C 307 vom 19. November 1984, 21 ff, 23). Dies läßt den Rückschluß darauf zu, daß es auf das Vorhandensein der joghurttypischen Bakterienkulturen ankommt, soll die charakteristische Eigenschaft eines "Nicht-Milcherzeugnisses" zulässigerweise mit der Bezeichnung Joghurt beschrieben werden. Da in dem verfahrensbetroffenen Produkt, welches auf der Basis von "fettarmer Jughurt mild" hergestellt ist, derartige Bakterienkulturen aber zweifelsohne vorhanden sind, scheinen die Voraussetzungen der Ausnahmegvorschrift des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO erfüllt. Eine dieses Ergebnis nach sich ziehende Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO dürfte auch in Einklang mit der Entscheidung des EUGH vom 14. Juli 1988 in der Rechtsache 298/87 (Vergleichsverfahren gegen Smanor SA; Sammlung 1988, 4489 ff) stehen, welche die Verwendung der Bezeichnung "Joghurt", die nach französischem Recht ausschließlich frischen Milcherzeugnissen vorbehalten war, auch für tiefgefrorene Produkte betraf. Darin hat der EUGH u. a. ausgeführt, daß sich die Zulässigkeit der Verwendung der Bezeichnung Joghurt für ein Produkt, welches nach nationalem Recht nicht diese Bezeichnung führen darf, u. a. danach beurteile, ob es sich vor allem um was die Anzahl der Bakterien betreffe, wesentlich von dem Erzeugnis unterscheide, welches die Bezeichnung tragen dürfe (a.a.O., Seite 4513). Diese Ausführungen des EUGH stützen die Annahme, daß die Verwendung der Bezeichnung Joghurt für "Nichtmilcherzeugnisse" dann zuzulassen ist, wenn sich darin die joghurttypischen Bakterienkulturen wiederfinden.

Da es sich im gegebenen Falle allerdings um ein zusammengesetztes Erzeugnis handelt, welches zwar einerseits - soweit es auf der Basis eines "fettarmen Joghurt mild" gewonnen wurde - zweifellos die Eigenschaften eines Joghurts aufweist, andererseits aber durch die Beigabe eines in seinem natürlichen Fettanteil angereicherten pflanzlichen Lebensmittels speziellen Ernährungsanforderungen im Sinne der DiätVO genügen will, ist die Frage aufgeworfen, ob sich die charakteristische Eigenschaft des Produktes über seine Nähe zum Joghurt oder gerade durch seine diätetische Eignung zu bestimmen ist. Will man letzterem den Vorzug geben, hätte dies allerdings zur Folge, daß diätetische Lebensmittel im Sinne der DiätVO, die als Variante aus einem dem allgemeinen Verzehr dienenden Milcherzeugnis gewonnen werden, grundsätzlich von der Verwendung der für das Milcherzeugnis vorgesehenen Bezeichnung selbst dann ausgeschlossen wären, wenn nach der konkreten Aufmachung des Produktes die Gefahr einer Verwechslung mit Milcherzeugnissen beispielsweise durch Bezeichnungszusätze, die den diätetischen Ernährungszweck verdeutlichen und dem Verbraucher erst die Einordnung des Produkts in eine bestimmte Nahrungsmittelart ermöglichen, ausgeschlossen wäre. Ob Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO, deren erklärtes Ziel es u. a. ist, im Interesse des Verbraucherschutzes die Gefahr einer Verwechslung zwischen Milcherzeugnissen und anderen Lebensmitteln, einschließlich der Lebensmittel mit Milchbestandteilen, auszuschließen, in diesem Sinne auszulegen ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Diese die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO betreffende Frage ist allerdings der Entscheidungskompetenz des Senats entzogen. Gemäß Art. 177 des EG-Vertrages entscheidet ausschließlich der europäische Gerichtshof über die Auslegung von Handlungen der Organe der Gemeinschaft, zu denen zweifelsohne die vorliegende Bezeichnungsschutzverordnung des Rates (Art. 189 EG-Vertrag) zählt. Die vorbezeichnete Frage gäbe daher Anlaß, die Sache im Hauptverfahren gemäß Art. 177 EG-Vertrag dem europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen, falls es hierauf auch im Hauptsacheverfahren noch ankommen sollte. Im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren kommt allerdings die mit einer Aussetzung des Verfahrens verbundene Vorlage an den europäischen Gerichtshof nicht in Betracht (vgl. Teplitzki, Wettbewerbliche Ansprüche, 6. Aufl., Kap. 55 Rdn. 21 m. w. N.). Aus den oben genannten Gründen, wonach das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BezeichnungsschutzVO zugunsten der Antragsgegnerin ernsthaft in

Betracht zu ziehen ist und der Antragsteller das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der genannten Vorschrift nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht hat, war und ist daher das im Wege der einstweiligen Verfügung angestrebte Verbot nicht gerechtfertigt. Vor dem dargestellten rechtlichen Hintergrund und angesichts der weitreichenden Folgen eines Verbots, oblag es nach Überzeugung des Senats im vorliegenden summarischen Verfahren dem Antragsteller, das Nichtvorliegen des Ausnahmetatbestandes substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen.

Eine abweichende Entscheidung ergibt sich schließlich auch nicht aus § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz. Die genannte Vorschrift bestimmt, daß bei mit Milch oder mit Milcherzeugnissen verwechselbaren Produkten im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 Milch- und Margarinegesetz die der Milch entstammenden Bestandteile nicht besonders hervorgehoben werden dürfen. Entgegen seiner amtlichen Überschrift ("Bezeichnungsschutz") enthält § 9 Milch- und Margarinegesetz zwar keinen Schutz der Bezeichnung der vorstehenden sogenannten "Milchersatzmittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Milch- und Margarinegesetz (Zipfel a.a.O., C 272 Rdn. 2 und 4 zu § 9 Milch- und Margarinegesetz). Vielmehr regelt diese Vorschrift nur, in welcher Weise auf die wesentlichen Bestandteile, also sowohl die Milchbestandteile als auch die nicht der Milch entstammenden Bestandteile eines mit Milch oder Milcherzeugnissen verwechselbaren Produkts im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 Milch- und Margarinegesetz hingewiesen werden darf, um eine Täuschung der Verbraucher über die wertgebenden Bestandteile zu vermeiden (Zipfel a.a.O., C 272 Rdn. 3 zu § 9 Milch- und Margarinegesetz). Auch wenn daher die Bezeichnung eines solches Produktes in Einklang mit den lebensmittelrechtlichen Bezeichnungsvorschriften stehen sollte, kann damit gleichwohl ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz einhergehen. Dabei kommt § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz über den verbraucherschützenden Charakter hinaus auch eine die Belange des lauter Wettbewerbs wahrende Funktion zu (vgl. Zipfel a.a.O., C 272 Rdn. 4 u. 7 zu § 9 Milch- und Margarinegesetz).

19

Die von der Antragsgegnerin für ihr Produkt "Hipp fett-ärmer Baby-Joghurt mild mit Fruchtzubereitung" gewählte Bezeichnung hebt allerdings - unterstellt es handele sich hierbei um ein sogenanntes "Milchersatzmittel" - entgegen der in § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz vorgeschriebenen Aufklärung über die Zusammensetzung den der Milch entstammenden Bestandteil nicht unangemessen hervor. Der Formulierung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz ist zwar nicht zweifelsfrei zu entnehmen, ob das "besondere Hervorheben" nur in "ergänzenden Hinweisen" neben der Verkehrsbezeichnung verboten ist und was überhaupt unter "ergänzenden Hinweisen" zu verstehen ist (vgl. Zipfel a.a.O., C 272 Rdn. 6 zu § 9 Milch- und Margarinegesetz). Die Formulierung von Satz 1 der genannten Vorschrift sowie der Bericht des Bundestagsausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (Drucksache 11/7236; vgl. Zipfel a.a.O., Rdn. 4) lassen allerdings den Rückschluß darauf zu, daß § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz nur die besondere Kenntlichmachung bzw. Hervorhebung von Milchbestandteilen in neben der Verkehrsbezeichnung (§ 4 Satz 1 LMKV) vorgenommenen Hinweisen auf die Zusammensetzung des Produkts verbietet. Die Verkehrsbezeichnung selbst wird davon nicht erfaßt. Lediglich dann, wenn die Verkehrsbezeichnung selbst in der Beschreibung des Lebensmittels besteht, die es dem Verbraucher ermöglicht, die Art des Lebensmittels zu erkennen und es von verwechselbaren Erzeugnissen - das wären hier also Milch- bzw. Milchemischerzeugnisse - zu unterscheiden (§ 4 Satz 1 Nr. 2 LMKV) ist eine Ausnahme gerechtfertigt und daher § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch- und Margarinegesetz zu beachten (vgl. Zipfel a.a.O., C-272 Rdn. 7 zu § 9). Eine derartige Verkehrsbezeichnung stellt die Bezeichnung "H. fettärmer Baby-Joghurt mild" aber nicht dar. Die Antragsgegnerin hat damit vielmehr gemäß § 4 Satz 1 Nr. 1 der grundsätzlich

20

auch für Bezeichnungen von Produkten nach der DiätVO anwendbaren LMKV die Verkehrsbezeichnung des Lebensmittels des all-gemeinen Verzehrs verwendet (fettarmer Joghurt mild mit Fruchtzubereitung), von der sie zur Kenntlichmachung des besonderen diätetischen Ernährungszwecks (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. c DiätVO) durch den Zusatz "Baby" abgewichen ist (vgl. Zipfel a.a.O., C 20ß Rdn. 8 b bis 8 d zu § 25). Der in dieser Verkehrsbezeichnung besonders her-vorgehobene Milchbestandteil befindet sich daher in der Verkehrsbezeichnung selbst und nicht in einem "ergän-zenden Hinweis" neben der Verkehrsbezeichnung mit der Folge, daß § 9 Abs. 1 Satz 3 Milch und Margarinegesetz jedenfalls nicht eingreift.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO. 21

Gemäß § 545 Abs. 2 ZPO ist das Urteil mit seiner Ver-kündung rechtskräftig. 22