

I ZR 145/58

Verkündet am
29. März 1960
Zug, Justizangestellter
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 Paul L [REDACTED], offene Handelsgesellschaft,
S [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter
Paul und Klaus L [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

die Firma C [REDACTED] GmbH, L [REDACTED]-R [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer Carl Ludwig W [REDACTED]
und Carlo von W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. März 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Spreng, Dr. Löscher, Pehle
und Dr. Spengler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Juni 1958 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebes von Dichtungsmitteln für Kanalisationsrohrverbindungen aus Beton.

Die Klägerin bringt seit 1954 ein Erzeugnis unter der Bezeichnung "TOK-Band" auf den Markt. Sie beschreibt es in ihrer Werbung u.a. wie folgt:

"Das TOK-Band ist aufgebaut auf einer Bitumen-Kombination, der Kunststoffe, Gummi und hochwertige Füllstoffe - hauptsächlich Asbest - zugefügt sind."

Die Beklagte hat in den Jahren 1935 bis 1955 ein Dichtungsmittel auf Bitumen-Grundlage produziert, das sie teils "Palesit-Band", teils "Bitumen-Band" nannte. Seit 1956 bringt sie an seiner Stelle ein Erzeugnis auf den Markt, das sie als "Palesit-Band" bezeichnet und das aus einer Kombination von Teeredelpech und Kunststoffen besteht. Sie wirbt für dieses Produkt mit Druckschriften, Filmvorführungen und Vorträgen. So hat die Beklagte eine Druckschrift mit dem Titel "Die Abdichtungen von Betonrohrmuffen und Bauwerksfugen" verteilt, in der die Vorzüge des Palesit-Bandes und seine Verwendungsmöglichkeiten beschrieben werden. Zwischen Seite 10 und Seite 11 sind als Abbildungen 1a und 1b zwei Fotografien wiedergegeben, die jeweils in ihrer rechten unteren Ecke ein Schild mit einer Aufschrift enthalten. Diese lautet bei Abbildung 1a "Palesit-Muffenband" und bei Abbildung 1b "Bitumen 85/40". Unter dem Bild 1a befindet sich folgender Text: "Ergebnis der Wurzelfestigkeitsprüfung der Landwirtschaftlichen Hochschule Hohenheim" und unter dem Abbild 1b: "Vergleichsversuch mit Bitumen".

- 3 -

Ferner hat der Angestellte F. der Beklagten am 21. März 1957 in Konstanz einen Vortrag gehalten, an dem etwa 35 bis 40 Vertreter von Stadtbauämtern, Wasserwirtschaftsämtern sowie Angehörige des Baustoffhandels aus Konstanz und dem umliegenden Gebiet teilnahmen. Dabei wurde insbesondere ein Schwarz-Weiß-Schmalfilm von ungefähr 30 Minuten Laufzeit vorgeführt, der den Fabrikationsgang und die praktische Verwendung des Palesit-Bandes aufzeigte.

Im einzelnen wurde die Wurzelfestigkeit des Palesit-Bandes an Hand von Aufnahmen dargestellt, wie sie in der erwähnten Druckschrift nach Seite 10 wiedergegeben sind. Zum Nachweis seines hohen Erweichungspunktes wurde ein Versuch wiedergegeben, bei dem auf einer vertikal gestellten Blechplatte ein Stück Palesit-Band und ein Stück Bitumen-Band aufgeklebt waren. Beim Erwärmen der Unterlage schmolz das Bitumen-Band im Gegensatz zum Palesit-Band langsam nach unten weg. Schließlich legte der Vortragende ein Stück Palesit-Band und ein entsprechendes Stück Bitumen-Band in Mineralöl. Dabei löste sich das Bitumen-Band auf, während das Palesit-Band seine Form bewahrte.

Zu Beginn des Vortrages hatte der Vertreter der Beklagten unter anderem erklärt, beim Versuch zum Beweise der Wurzelbeständigkeit des Palesit-Bandes sei als Vergleichsobjekt eine Masse aus Bitumen 85/40 und bei den Versuchen hinsichtlich der Mineralölbeständigkeit und des Erweichungspunktes ein Bitumen-Band gewählt worden, wie es die Beklagte bisher produziert und vertrieben habe. Auf Fragen von Teilnehmern der Veranstaltung nach den Eigenschaften des TOK-Bandes empfahl der Vortragende, sich bei der Klägerin persönlich zu erkundigen.

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



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Die Klägerin fühlt sich hierdurch wettbewerblich verletzt. Sie hat behauptet, sie nehme praktisch unter den Herstellern von Bitumen-Bändern in der Bundesrepublik Deutschland eine Monopolstellung ein. Konkurrenzprodukte auf Bitumen-Basis hätten bei den Abnehmern nur wenig Anklang gefunden. Der Fachmann, an den sich die Werbebehauptungen der Beklagten wendeten, beziehe jeden Vergleich des Palesit-Bandes mit einem Bitumen-Band auf ihr TOK-Band. Die Wiedergabe der Versuche durch die Beklagte stelle daher eine unzulässige vergleichende Werbung dar. Darüber hinaus seien die Werbeaussagen unrichtig und geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Denn nicht nur das Palesit-Band, sondern auch das TOK-Band sei wurzelbeständig, und auf die größere Mineralölbeständigkeit und den höheren Erweichungspunkt des Palesit-Bandes komme es in der Praxis nicht an.

Die Klägerin hat beantragt,
I. die Beklagte zu verurteilen,

- 1) es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

in Werbedruckschriften, -vorträgen, -filmen oder sonst in der Werbung das von ihr hergestellte und vertriebene Palesit-Band mit einem Bitumen-Band zu vergleichen, insbesondere die Behauptungen aufzustellen und zu verbreiten,

- a) das Palesit-Band riegele Wurzeln hermetisch ab, während das Bitumen-Band Wurzeln durchlasse,
- b) das auf eine senkrechte Blechplatte aufgeklebte Bitumen-Band schmelze ab, wenn die Platte erhitzt werde, während das Palesit-Band unter den gleichen Bedingungen seine Form behalte,

c) das Palesit-Band werde durch Mineralöl nicht angegriffen, während das Bitumen-Band sich in Mineralöl auflöse.

2) ihr Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang Druckschriften mit den unter I 1) gekennzeichneten Vergleichsangaben vertrieben und wann, wo und gegenüber welchen Personen in Vorträgen und Filmvorführungen derartige Angaben gemacht worden seien,

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter I 1) gekennzeichneten Handlungen der Beklagten entstanden sei und noch entstehen werde.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, sie habe bei der Werbung das Palesit-Band nicht mit dem TOK-Band verglichen. Bei dem in der Druckschrift wiedergegebenen und im Film gezeigten Wurzelversuch handele es sich um einen sogenannten Blindversuch im Sinne von Ziffer 3, 3 des Entwurfs DIN 4038 zum Nachweis der Wuchsfreudigkeit der Pflanzen. Jeder Bauingenieur wisse auf Grund seiner Ausbildung, daß es sich bei Bitumen 85/40 um ein Rohprodukt handele. Er entnehme daher dem Hinweis auf Abbild 1 b "Bitumen 85/40" ohne weiteres, daß als Vergleichsobjekt kein Fertigerzeugnis und damit auch kein auf dem Markt befindliches Bitumen-Band verwandt worden sei. Aber selbst in den Fällen, in denen sie das Palesit-Band ausdrücklich mit einem Bitumen-Band verglichen habe, sei die Klägerin nicht in den Vergleich einbezogen worden. Denn einmal habe ihr Angestellter Faber die Teilnehmer der Veranstaltung in Konstanz darauf hingewiesen, daß als Vergleichsobjekt ein Bitumen-Band aus der eigenen früheren Produktion verwendet würde. Zum anderen setze der Verkehr die Begriffe Bitumen-Band und

TOK-Band nicht gleich, weil es sich hier um Gattungsbe-
griffe handle und neben dem Erzeugnis der Klägerin noch
eine Reihe anderer Bitumen-Bänder bekannt seien. Im übrigen
hätten die Hersteller von Dichtungsbändern ein erhebliches
Interesse daran, daß ihre Produkte einen besonders hohen
Erweichungspunkt aufwiesen und mineralölbeständig seien.

Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden
Klage wie folgt erkannt:

I. Die Beklagte wird verurteilt,

- 1) es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall
der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe
in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu
sechs Monaten zu unterlassen,

in Werbedruckschriften, -vorträgen, -filmen oder
sonst in ihrer Werbung das von ihr hergestellte
und vertriebene Palesit-Band mit einem Bitumen-
Band in Bezug auf die Wurzelfestigkeit, den Er-
weichungspunkt und die Mineralölbeständigkeit
zu vergleichen, insbesondere die Behauptungen
aufzustellen und zu verbreiten,

- a) das Palesit-Band riegelt Wurzeln hermetisch ab,
während das Bitumen-Band Wurzeln durchlasse,
insbesondere wie das in dem Prospekt der Be-
klagten: "Die Abdichtung von Betonrohrmuffen
und Bauwerksfugen" durch die Abbildung auf Sei-
te 10 geschehen ist,
- b) das auf eine senkrechte Blechplatte aufgeklebte
Bitumen-Band schmelze, wenn die Platte erhitzt
werde, ab, während das Palesit-Band unter den
gleichen Bedingungen seine Form behalte,

- c) das Palesit-Band werde durch Mineralöl nicht angegriffen, während das Bitumen-Band sich in Mineralöl auflöse.

Dieses Verbot umfaßt nicht einen Vergleich des Palesit-Bandes mit den früheren Bitumenbändern der Beklagten, wenn dabei eindeutig zum Ausdruck gebracht wird, daß die früheren Bitumenbänder der Beklagten mit den auf dem Markt befindlichen Bändern auf Bitumenbasis der Konkurrenz nicht vergleichbar sind,

- 2) der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang Druckschriften mit den zu I, 1 gekennzeichneten Vergleichsangaben vertrieben und wann, wo und gegenüber welchen Personen in Vorträgen und Filmvorführungen derartige Angaben gemacht worden sind.

II. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die zu I, 1 gekennzeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und noch entsteht.

Die Beklagte hat im Rahmen der von ihr eingelegten Berufung ergänzend geltend gemacht, ihr Vorgehen sei als System - und als notwendiger Vergleich, zumindest jedoch unter dem Gesichtspunkt der berechtigten Abwehr zulässig. Ihr früheres Bitumen-Band sei erheblichen Angriffen aus Fachkreisen ausgesetzt gewesen. Vor allem habe Professor Dr.-Ing. M. [REDACTED], der verstorbene Inhaber des einschlägigen Lehrstuhls an der Technischen Hochschule Stuttgart ihr Band mehrfach kritisiert. Sie habe deshalb klarstellen müssen, daß ihr jetziges Erzeugnis, obwohl es unter der gleichen Bezeichnung "Palesit-Band" auf dem Markt erscheine, die in der

Kritik behaupteten Mängel nicht aufweise. Außerdem habe die Klägerin mit Angriffen auf das Palesit-Band begonnen. So habe der Chemiker der Klägerin, Dr. K. [REDACTED] in einem in der Zeitschrift "Bitumen, Teere, Asphalte, Pech und verwandte Stoffe" im April 1956 erschienenen Aufsatz mit dem Titel "3 Jahre Erfahrungen mit TOK-Band im Kanalbau" unter anderem folgendes geschrieben:

"Chemischen Angriffen gegenüber sind Bitumina im Gegensatz zum Teer bekannterweise äußerst stabil".

Auch hiergegen habe sie sich verteidigen dürfen, da der Angriff erkennbar gegen ihr Palesit-Band gerichtet sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage in vollem Umfange. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat in dem mit der Klage angegriffenen Verhalten der Beklagten eine unzulässige vergleichende Werbung erblickt. Es ist zu der Feststellung gelangt, die Beklagte habe dadurch, daß sie die guten Eigenschaften des Palesit-Bandes durch einen Vergleich mit den entsprechenden Eigenschaften eines Dichtungsbandes aus Bitumen hervorhoben habe, das TOK-Band der Klägerin in ihre Werbung einbezogen. Es sei aber unlauter und verstoße gemäß § 1 UWG gegen die guten Sitten, wenn ein Gewerbetreibender zur Förderung seines Absatzes die Vorzüge seiner eigenen Leistung

in der Werbung dadurch herausstreiche, daß er die Leistung eines Mitbewerbers herabsetze.

Seine Auffassung hat das Berufungsgericht im wesentlichen wie folgt begründet: Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß mit dem in der Druckschrift der Beklagten mit dem Titel "Die Abdichtung von Betonrohrmuffen und Bauwerksfugen" und in dem Film wiedergegebenen Versuch zum Nachweis der Wurzelfestigkeit des Palesit-Bandes für jeden Fachmann erkennbar nur der Blindversuch nach Ziffer 3, 3 DIN 4038 dargestellt, jedoch nicht das Palesit-Band mit einem Bitumen-Band verglichen worden sei. Bei der Druckschrift handle es sich um eine Werbeschrift, die von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht mit der gleichen Sorgfalt durchgelesen werde, wie etwa eine wissenschaftliche Abhandlung. Den Lesern falle beim mehr oder minder flüchtigen Durchblättern vor allem ins Auge, daß die beiden Abbildungen nach Seite 10 (Abbildungen 1 a und 1 b) nicht verschiedene, voneinander unabhängige Versuche, sondern einen Vergleichsversuch mit Bitumen wiedergäben. Da aber auf fast allen Seiten der Werbeschrift von Palesit-Band die Rede sei, das den Lesern als ein auf dem Markte befindliches Band auf Teerpechgrundlage bekannt sei, und da das Schild auf der Abbildung 1 a als Objekt des Grundversuches nochmals das "Palesit-Muffenband" hervorhebe, werde ein nicht unerheblicher Teil der Leser zu dem Schlusse gelangen, daß bei dem in Abbildung 1 b wiedergegebenen Versuchsergebnis ein in der Praxis verwendetes Bitumen-Band gezeigt werde. Dieser vorherrschende Eindruck werde auch, so führt das Berufungsgericht weiter aus, nicht durch die nähere Bezeichnung des Vergleichsobjektes als "Bitumen 85/40" beeinflusst. Selbst wenn jeder Bauingenieur wissen sollte, daß Bitumen 85/40 reines Bitumen und kein Fertigprodukt sei, dürfe nicht übersehen werden, daß die Schrift auch von vielen Bauingenieuren nur flüchtig durchgelesen werde. Auch von ihnen werde

daher ein nicht unerheblicher Teil über die Zahlenangabe hinweglesen. Zudem richte sich die Broschüre auch an Personen, bei denen ein solches Wissen nicht vorausgesetzt werden könne, z.B. an für die Stadtentwässerung verantwortliche Verwaltungsangestellte und Beamte der Gemeinden und an Angehörige des Baustoffhandels. Im übrigen dürfe angenommen werden, daß der dargestellte "Blindversuch" im Zeitpunkt der beanstandeten Werbung noch nicht einmal in den interessierten Fachkreisen ein jeden Zweifel ausschließender Begriff gewesen sei, da der Entwurf DIN 4038 erst wenige Monate zuvor veröffentlicht worden sei. Aus all dem ergebe sich, so meint das Berufungsgericht insoweit abschließend, daß mindestens ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Vergleichsangaben auf ein bei der Verlegung von Kanalisationsröhren in der damaligen Praxis verwendetes Bitumen-Band bezogen und nicht an den Blindversuch gemäß Entwurf DIN 4038 Ziffer 3, 3 gedacht habe.

Das Berufungsgericht vertritt weiter die Auffassung, daß Entsprechendes auch für die von der Beklagten in dem Filmvortrag hinsichtlich der Wurzelfestigkeit, der Mineralölbeständigkeit und der Plastizitätsspanne aufgestellten Werbebehauptungen zu gelten habe. Diese Werbebehauptungen hätten von den Teilnehmern der Veranstaltung so verstanden werden können, als wiesen die auf dem Markt befindlichen Bitumen-Bänder der Konkurrenz nicht die guten Eigenschaften des Palesit-Bandes auf. Ihr Aussagewert habe auch, so führt das Berufungsgericht aus, nicht dadurch ein anderer werden können, daß der Vortragende zu Beginn der Vorführung darauf hingewiesen habe, daß sämtliche zugelassenen Dichtungsmittel wurzelfest seien, und daß als Vergleichsobjekt für den Wurzelversuch "Bitumen 85/40" und für den Plastizitäts- sowie den Mineralölversuch ein Band verwendet worden sei, wie es die Beklagte in früheren Jahren hergestellt habe. Die gege-

benen Umstände ließen es naheliegend erscheinen, daß zumindest ein nicht unerheblicher Teil der beim Filmvortrag Anwesenden den Sinn dieser Hinweise nicht verstanden oder doch über den vielen Eindrücken bald wieder vergessen habe. Dies hätten deutlich die spontanen Fragen aus dem Zuhörerkreis nach dem TOK-Band gezeigt. Wenn die Beklagte tatsächlich nicht gewollt habe, daß die Teilnehmer der Veranstaltungen die Vergleichsangaben auch auf die Produkte der Mitbewerber bezögen, hätte sie es jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nochmals ausdrücklich klarstellen müssen. Unbeachtlich sei, so meint das Berufungsgericht noch, daß die Beklagte weder auf das Unternehmen der Klägerin noch auf das TOK-Band ausdrücklich Bezug genommen habe. Den Fachleuten sei bekannt, daß die Klägerin mit dem TOK-Band ein Dichtungsband auf Bitumen-Basis herstelle und vertreibe. Zudem genüge es, wenn der Verletzte von der Werbebehauptung nur erkennbar mit-betroffen werde. Dies aber sei, da als Konkurrenzprodukte des TOK-Bandes allenfalls vier andere Bitumen-Bänder in Frage kämen, der Fall.

Auf Grund dieser Überlegungen ist das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, daß die Werbebehauptungen der Beklagten einen echten, nach § 1 UWG unzulässigen Warenvergleich darstellen. Es verneint das Vorliegen eines echten oder auch unechten Systemvergleichs und hält die Werbung der Beklagten auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des notwendigen Vergleiches oder des Abwehrvergleiches für zulässig.

2. Die Revision ist der Auffassung, das Berufungsgericht habe in den Werbebehauptungen der Beklagten zu Unrecht einen unzulässigen Warenvergleich gesehen und es habe darüber hinaus die von Rechtsprechung und Rechtslehre für zulässig erachteten Arten der Vergleichswerbung verkannt. Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichtes

einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfange standhalten.

a) Hinsichtlich der Werbung der Beklagten in der erwähnten Druckschrift rügt die Revision unter Berufung auf § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe insoweit willkürliche Feststellungen getroffen. Es habe nicht von sich aus beurteilen dürfen, wie der Fachmann eine technische Werbeschrift zu lesen pflege. Zumindest habe es nicht unterstellen dürfen, daß der Fachmann eine solche Schrift ähnlich betrachte wie etwa der Durchschnittsleser eine illustrierte Zeitschrift. Unter keinen Umständen aber habe das Berufungsgericht von sich aus die Feststellung treffen dürfen, die beteiligten Fachkreise seien geneigt, das reine Bitumen 85/40 mit dem Fertigprodukt Bitumen-Band gleichzusetzen. Ebenso willkürlich erscheine, so macht die Revision weiter geltend, die Unterstellung, die Broschüre der Beklagten werde auch von solchen Personen gelesen, bei denen ein Fachwissen nicht vorausgesetzt werden könne. Erst nach einer Beweisaufnahme hätte das Berufungsgericht zuverlässig feststellen können, ob ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Fachkreise das reine Bitumen 85/40 mit dem Fertigprodukt Bitumen-Band gleichsetze. Es habe daher der Erhebung des von der Beklagten beantragten Sachverständigenbeweises bedurft.

Dieser Rüge der Revision kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizustimmen, daß dann, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Vergleichsangaben auf ein bei der Verlegung von Kanalisationsrohren in der damaligen Praxis verwendetes Bitumen-Band bezogen haben sollte, ein unzulässiger Warenvergleich zu bejahen wäre. Sein Ausgangspunkt be-

gegnet jedoch rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat zwar im Grundsatz nicht verkannt, daß es für die Frage, wie die mit der Druckschrift angesprochenen Kreise die dort wiedergegebenen Versuche zur Wurzelfestigkeit auffassten, auf die Meinung eines verhältnismäßig eng begrenzten Fachkreises ankommt. Es hat jedoch nach Auffassung des Senats nicht hinreichend geprüft, ob es sich hierbei nicht etwa vorzugsweise um Personen handelt, die verantwortlich darüber zu befinden haben, ob und welche Dichtungsbänder bei geplanten Tiefbauvorhaben verwendet werden sollen. Bei solchen Personen liegt, auch soweit es sich um Verwaltungsangestellte und Beamte der Gemeinden handelt, die Annahme nahe, daß sie eingehendes Fachwissen besitzen und daß sie ihnen unterbreitete Beschaffungsunterlagen mit gehöriger Sorgfalt studieren. Mit Recht hebt Dietrich Reimer (Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung, S. 51) hervor, daß bei einer Werbung für einen seltenen Spezialartikel, die sich an eine kleine, fachlich geschulte Abnehmerschaft richtet, davon ausgegangen werden kann, daß die Interessenten die Reklame sorgfältig betrachten. Auch die Angehörigen des Baustoffhandels sind möglicherweise hiervon nicht ohne weiteres auszuschließen. Unter diesen Umständen aber erscheint es rechtlich bedenklich, daß das Berufungsgericht aus eigener Kenntnis die Feststellung getroffen hat, ein nicht unerheblicher Teil der Leser werde zu dem Schlusse gelangen, daß bei dem in Abbildung 1 b wiedergegebenen Versuche ein Bitumen-Band gezeigt werde, das in der Praxis Verwendung finde. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht diese Frage nicht ohne Befragung eines Sachverständigen darüber, welche Sachkunde - insbesondere welches Wissen um die Bedeutung der Bezeichnung "Bitumen 85/40" und vom Inhalt des Entwurfes DIN 4038 - bei den infrage kommenden Fachkreisen vorauszusetzen war, entscheiden konnte. Wenn die Bezeichnung "Bitumen 85/40" in den hier in Rede

stehenden Fachkreisen tatsächlich, wie die Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt hat, allgemein als Bezeichnung eines bituminösen Rohstoffes und nicht als Fertigerzeugnis bekannt war, erscheint die Schlußfolgerung, ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Kreise schließe trotz des Zusatzes "Bitumen 85/40" in Abbildung 1 b auf die Verwendung eines Bitumen-Bandes, nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Insbesondere bedarf die Auffassung des Berufungsgerichtes der Überprüfung, wenn Bedeutung und Ausführungsweise des Blindversuchs nach dem Entwurf DIN 4038 im maßgebenden Zeitpunkt allenthalben bekannt gewesen sein sollten. Schließlich würde auch, wenn es sich bei den wettbewerblich angesprochenen Kreisen vorwiegend um solche handelt, die zur Entscheidung über die Beschaffung von Dichtungsbändern berufen sind und bei denen eine eingehende Sachkunde und das Wissen um die Bedeutung der Bezeichnung "Bitumen 85/40" und den Blindversuch vorausgesetzt werden kann, die Meinung des Berufungsgerichtes, ein Teil der Leser werde die Schrift nur flüchtig durchlesen und sich dabei der Bedeutung des Zusatzes nicht bewußt werden, kaum als mit der Lebenserfahrung in Einklang stehend betrachtet werden können. Es wäre zu prüfen, ob es sich in solchem Falle nicht nur um eine rechtlich nicht ins Gewicht fallende Minderheit handeln würde. Soweit das Berufungsgericht insoweit Schlüsse aus der etwas verkleinerten Wiedergabe der Zahl "85/40" in der Abbildung 1 b zieht, ist der Revision zuzugeben, daß diese - vom Berufungsgericht allerdings nicht als tragend herausgestellte - Schlußfolgerung gekünstelt erscheint.

Das Berufungsurteil war daher insoweit, als sich die Verurteilung auf den in der Druckschrift dargestellten Versuch zum Nachweis der Wurzelfestigkeit bezieht, aufzuheben und es war die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

b) Der Revision ist auch zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichtes zu den im Filmvortrag aufgestellten Werbebehauptungen einer Nachprüfung nicht in vollem Umfange standhalten. Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, daß nach den ausdrücklichen Angaben des Vortragenden zu Beginn seiner Ausführungen das neue Palesit-Band der Beklagten mit deren früherem Bande verglichen werden sollte, daß es sich also nicht um einen Warenvergleich im Sinne einer vergleichenden Reklame, d.h. um einen Vergleich der eigenen Ware mit einer fremden Ware, handelte. Daß gegen die Zulässigkeit eines solchen Vergleiches grundsätzlich nichts einzuwenden ist, hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Ihm ist auch darin beizustimmen, wenn es meint, der Vergleich zweier eigener Waren könne auch so veranstaltet werden, daß für die angesprochenen Kreise erkennbar werde, daß mit der als schlechter herausgestellten eigenen Ware zugleich auch die Ware der Mitbewerber angesprochen werde. In solchem Falle handelt es sich in der Regel um eine getarnte vergleichende Reklame, die nach den von der Rechtsprechung zum Warenvergleich entwickelten Grundsätzen zu beurteilen ist. Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß der Ausgangspunkt des Berufungsgerichtes, ein zumindest nicht unerheblicher Teil der beim Filmvortrag Anwesenden habe den Sinn des Hinweises des Vortragenden, es werde bei den Versuchen das alte Band der Beklagten verwendet, nicht verstanden oder doch über den vielen neuen Eindrücken bald wieder vergessen, mit der Lebenserfahrung nicht in Einklang steht. Nach Ansicht des Senates besteht kein hinreichender Anlaß für eine solche Annahme. Nach der Lebenserfahrung ist vielmehr davon auszugehen, daß die fachkundigen und an Aufklärung interessierten Zuhörer einen solchen Hinweis nicht vergessen haben. Wenn das Berufungsgericht meint, die spontanen Fragen aus dem Kreise der Zuhörer nach dem TOK-Band zeigten deutlich, daß zumindest ein nicht unerheblicher Teil der Anwesenden den Sinn der Hinweise des Vortragenden nicht verstanden oder doch

über den vielen neuen Eindrücken bald wieder vergessen habe, muß dem entgegengehalten werden, daß dieser Schluß nicht zwingend erscheint. Es kann sich sehr wohl auch um Fragen solcher Zuhörer gehandelt haben, die zwar wußten, daß es sich bei dem Vergleichsband um das ihnen von früher her bekannte ältere Band der Beklagten handelte, die sich jedoch über die Güte der jetzt vertriebenen Bitumen-Bänder im Gegensatz zu den früheren Bändern orientieren wollten. Die Folgerung, die das Berufungsgericht insoweit gezogen hat, ist jedenfalls nicht ohne weiteres schlüssig. Die für die Beurteilung der Werbebehauptungen als vergleichende Reklame ausschlaggebende Annahme des Berufungsgerichtes, daß die hinsichtlich der Mineralölbeständigkeit und der Plastizitätsspanne aufgestellten Werbebehauptungen so verstanden werden konnten, als wiesen die auf dem Markt befindlichen Bitumen-Bänder der Konkurrenz nicht die guten Eigenschaften des Palesit-Bandes auf, läßt sich daher mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht halten. Dies macht die Aufhebung des angefochtenen Urteils auch insoweit erforderlich, als es sich um die Behauptungen gelegentlich des Filmvortrages handelt.

Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt läßt eine Entscheidung durch das Revisionsgericht nicht zu. Es ist allerdings die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Hörer des Vortrages oder doch ein nicht unbeträchtlicher Teil dieser Hörer das nach der Erklärung des Vortragenden "bisher produzierte und vertriebene Bitumen-Band" der Beklagten den auf dem Markt befindlichen Bitumen-Bändern der Konkurrenz ohne weiteres gleichgestellt und daher die Versuche ohne besondere Überlegungen auf die Konkurrenzbänder bezogen haben. Dann hätten sie den Vergleichsversuchen nicht nur eine unschädliche Anregung zum Vergleich mit den Konkurrenzzerzeugnissen, sondern eine beabsichtigte Kritik an

diesen entnehmen können (vgl. BGH GRUR 1958, 553, 554 - Saugrohr). Eine erkennbare Bezugnahme auf Produkte der Mitbewerber wäre dann gegeben. Die Frage, ob die Fachkreise das frühere Band der Beklagten ohne weiteres den auf dem Markt befindlichen Konkurrenzbandern gleichstellten, ist jedoch unter den Parteien nicht unstreitig und bedarf unter Umständen weiterer Aufklärung. Dabei wird möglicherweise zu berücksichtigen sein, daß die Klägerin vorgetragen hat, bei dem früheren Bande der Beklagten handle es sich um ein Dichtungsmittel ganz anderer Art (vgl. u.a. Schriftsatz der Klägerin vom 30. August 1957 S. 2), und daß die Beklagte, wie die Revision geltend macht, unter Beweiserbieten behauptet hat, die Klägerin habe zu keiner Zeit ihr TOK-Band als Bitumen-Band bezeichnet (Schriftsatz der Beklagten vom 13. Januar 1958 S. 5).

Wenn das Berufungsgericht bei erneuter Würdigung des Sachverhaltes zu dem Ergebnis gelangt, daß eine Bezugnahme auf die Konkurrenzbander und damit auch auf die Klägerin deutlich erkennbar war, läßt sich zwar seinen Ausführungen, daß die Zulässigkeit der damit gegebenen vergleichenden Reklame weder unter dem Gesichtspunkt des echten noch des unechten Systemvergleiches zu bejahen sei, aus Rechtsgründen nicht entgegenstehen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichtes stehen in Einklang mit der vom erkennenden Senat im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes vertretenen Auffassung zum Systemvergleich (vgl. BGH GRUR 1952, 416 - Dauerdose). Danach kann, selbst wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, weder von einem eigentlichen (echten) noch von einem uneigentlichen (unechten) Systemvergleich die Rede sein, wenn sich der Vergleich erkennbar gegen einen Mitbewerber oder doch gegen einen bestimmten begrenzten Kreis von Mitbewerbern richtet. Rechtlich zu beanstanden sind auch nicht die Ausführungen des

Berufungsgerichtes, der von ihm angenommene Warenvergleich sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines auf andere Weise nicht darzustellenden Fortschritts der neuen Bänder der Beklagten gegenüber den auf dem Markt befindlichen Konkurrenzbändern (notwendiger Warenvergleich) gerechtfertigt. Das Berufungsgericht ist insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des erkennenden Senats (BGH GRUR 1952, 416, 417 - Dauerdose; BGH GRUR 1958, 343, 345 - Bohnergerät) zutreffend davon ausgegangen, daß ein Vergleich mit Waren von Mitbewerbern dann erlaubt sein kann, wenn er der Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Unterschiedes (Fortschritt) dient und sich im Rahmen des unbedingt Notwendigen hält. Das Berufungsgericht hat auch rechtsbedenkenfrei in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Auffassung vertreten, daß letztere Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht bejaht werden kann, weil der Beklagten genügend Raum geblieben sei, diesen Fortschritt auf andere Weise darzustellen. Ob allerdings von der Beklagten verlangt werden könnte, die Erklärung abzugeben, daß ihre früheren Bitumen-Bänder mit den auf dem Markt befindlichen Bändern der Konkurrenz nicht vergleichbar seien, erscheint - jedenfalls in der vom Berufungsgericht erwogenen Fassung - rechtlich zweifelhaft. Die Beklagte müßte solchenfalls unter Umständen unrichtige Erklärungen abgeben, was ihr nicht angeschlossen werden kann. Schließlich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage des Abwehrvergleiches jedenfalls insoweit nicht zu beanstanden, als ihnen die Rechtsauffassung zugrunde liegt, daß als taugliches Mittel der Abwehr ein an sich unzulässiger Warenvergleich nur angesehen werden kann, wenn die Kreise, an die sich der Abwehrvergleich als angesprochen wendet, erkennen können, daß sich die Abwehrmaßnahme gegen eine ihnen bekannt gewordene wettbewerbliche Beeinträchtigung dessen richtet, von dem sie ausgeht (RG GRUR 1932, 1201, 1202; RG GRUR 1939, 982, 988; RG GRUR 1943, 252, 254;

vgl. auch BGH GRUR 1952, 582, 584 - Sprechstunde; Droste GRUR 1951, 145; Dietrich Reimer aaO S. 130). Das Berufungsgericht hat jedoch, wie die Revision mit Recht geltend macht, bei der Prüfung der Frage, ob die gelegentlich des Filmvortrages gezeigten Vergleichsversuche und die damit aufgestellten Werbebehauptungen notwendig gewesen seien, den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, daß sich die Beklagte von ihrem früher hergestellten Bande deutlich habe absetzen müssen, weil dieses Band in der Vergangenheit erheblichen Angriffen in Fachkreisen, vor allem einer scharfen Kritik durch den maßgebenden Professor Dr.-Ing. M. [REDACTED], ausgesetzt gewesen sei. Wenn aber solche Angriffe tatsächlich erfolgt sind, was vom Berufungsgericht nicht festgestellt ist, und sie zu dem für den Rechtsstreit infrage kommenden Zeitpunkt noch nachwirkten und daher mit einem Vorurteil gegen die neuen Bänder der Beklagten zu rechnen war, können die im Filmvortrag angestellten Vergleichsversuche nach den besonderen Umständen des hier gegebenen Falles für die Aufklärung der Abnehmer und damit für die Einführung des neuen Bandes unerlässlich und damit selbst dann gerechtfertigt gewesen sein, wenn sie ohne Berührung fremder Interessenbereiche nicht möglich waren. Das Interesse der etwa betroffenen Mitbewerber müßte solchenfalls bei der gegebenen besonderen Interessenlage zurücktreten. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Werbebehauptungen der Beklagten wird es dabei allerdings darauf ankommen, worauf sich die Kritik im einzelnen bezogen hat und ob sich die Beklagte bei ihren Vergleichsversuchen innerhalb der dadurch gezogenen Grenzen gehalten hat. Die mit den vorgenommenen Vergleichsversuchen gegebene vergleichende Werbung könnte nur insoweit als zulässig anzusehen sein, als die Vergleichsversuche das sachlich geeignete Mittel zu der durch die Kritik veranlassten Aufklärung der Abnehmerkreise waren (vgl. dazu RG GRUR 1938, 127, 129 sowie auch Dietrich Reimer aaO S. 145).

Dazu gehört auch, daß sich die Vergleichsversuche in den Grenzen der Wahrheit hielten. Offenbar ist dies nicht unbestritten, denn das Berufungsgericht hat ausdrücklich die Richtigkeit der Vergleichsbehauptungen unterstellt.

Sollte das Berufungsgericht dagegen zu der Auffassung gelangen, daß der Verkehr den im Vortrag enthaltenen Werbebehauptungen der Beklagten keine erkennbare Bezugnahme auf Produkte bestimmter Mitbewerber entnehmen konnte, so daß der Gesichtspunkt unzulässiger vergleichender Reklame im Sinne des § 1 UWG von vornherein ausscheidet, bleibt die vom Berufungsgericht dahingestellt gelassene Frage zu prüfen, ob die Beklagte mit ihren Werbebehauptungen gegen § 3 UWG verstoßen hat. Abgesehen von der nach der Unterstellung des Berufungsgerichtes von der Klägerin behaupteten Unrichtigkeit der Werbebehauptungen hat die Klägerin hierzu noch geltend gemacht, die Hinweise der Beklagten auf die größere Mineralölbständigkeit und den höheren Erweichungsgrad ihres neuen Palesit-Bandes seien schon deshalb unwahr und irreführend, weil sie keine Bedeutung für die praktische Brauchbarkeit des Bandes hätten, von den Angesprochenen jedoch in diesem Sinne verstanden werden könnten (vgl. hierzu RG GRUR 1938, 61, 64).

Nach alldem war das angefochtene Urteil in vollem Umfange aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Bock

Spreng

Löscher

Pehle

Spengler