
Datum: 10.02.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 16/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0210.15U16.21.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 38 O 122/20
Leitsätze:

1. § 513 Abs. 2 ZPO findet auch im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung; dem steht § 937 Abs. 1 ZPO nicht entgegen.

2. Eine vergleichende Werbung mit dem Ergebnis einer von einem unabhängigen Dritten durchgeführten Kundenbefragung ist nicht allein deswegen unlauter im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, weil die Antworten der befragten Kunden subjektive Einschätzungen enthalten.

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das am 18.12.2020 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf, Az. 38 O 122/20, abgeändert. Unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen werden die Ziffern 2), 3), 4) und 5) der Beschlussverfügung der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 14.07.2020 aufgehoben und der Antrag der Verfügungsklägerin vom 13.07.2020 auf Erlass einer dahingehenden einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

II.

Die Kosten der Berufung haben die Verfügungsklägerin zu 40 % und die Verfügungsbeklagte zu 60 % zu tragen. Die Kosten erster Instanz haben – in Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung – die Verfügungsklägerin zu 45 % und die Verfügungsbeklagte zu 55 % tragen.

Gründe	1
I.	2
Von einer Darstellung des Sachverhaltes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO abgesehen.	3
II.	4
Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten hat in der Sache teilweise Erfolg. Die Anträge der Verfügungsklägerin sind zulässig. Begründet sind indes nur die Anträge gemäß Ziffer 1), 6), 7), 9) und 10) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 (Bl. 38 ff. d. GA), bestätigt durch das angefochtene Urteil vom 18.12.2020 (Bl. 182 ff. d. GA). Insoweit ist die Berufung der Verfügungsbeklagten unbegründet. Soweit das Landgericht darüber hinaus die Verfügungsbeklagte gemäß den Ziffern 2), 3), 4) und 5) zur Unterlassung verurteilt hat, ist die Berufung hingegen begründet.	5
1)	6
Die Berufung der Verfügungsbeklagten ist hinsichtlich der erhobenen Rüge der örtlichen Zuständigkeit im Hinblick auf den Antrag zu 5) und des (vermeintlich) fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses für die Anträge zu Ziffer 2) und Ziffer 3) unbegründet.	7
a)	8
Die Annahme des Landgerichts, es sei gem. §§ 937 Abs. 1 ZPO, 14 Abs. 2 S. 1 UWG auch insoweit örtlich zuständig, als dass die Verfügungsklägerin ihren Antrag zu 5) auch auf die Plakatwerbung der Verfügungsbeklagten gem. Anlage K 8 gestützt hat, kann vom Senat nicht überprüft werden.	9
aa)	10
Nach § 513 Abs. 2 ZPO kann die Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Dem Berufungsgericht ist damit insbesondere die Prüfung, ob das Erstgericht seine örtliche Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat, untersagt (OLG Düsseldorf [20. Zs.], Urt. v. 16.12.2021, 20 U 83/21; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.10.2016, 6 U 105/16, BeckRS 2016, 112916; BeckOK ZPO/Wulf, 42. Ed. 01.09.2021, ZPO § 513 Rn. 8; Cassardt in: Ceph/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Aufl. 2018, § 513 ZPO, Rn. 9; MüKoZPO/Rimmelpacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 513 Rn. 18; Musielak/Voit/Ball, 18. Aufl. 2021, § 513 ZPO, Rn. 6; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 513 Rn. 3; Schulte/Rinken, Patentgesetz mit EPÜ, 11. Auflage 2022, § 143 PatG, Rn. 20).	11
bb)	12
	13

Die Vorschrift des § 513 Abs. 2 ZPO findet auch im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung (OLG Düsseldorf [20. Zs.], Urt. v. 16.12.2021, 20 U 83/21; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 08.10.2021, 6 W 83/21; OLG Düsseldorf [2. Zs.], Urt. v. 31.08.2017, 2 U 6/17, BeckRS 2017, 125978; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.10.2016, 6 U 105/16, BeckRS 2016, 112916; BeckOK ZPO/Wulf, a.a.O., Rn. 8; Büscher/Schmidt, UWG, 2. Aufl. 2021, § 12 UWG, Rn. 170; Cassardt in: Cegl/Voß, a.a.O., Rn. 11). Sie wird nicht durch § 937 Abs. 1 ZPO verdrängt (in diesem Sinne: OLG Hamm, Urt. v. 27.02.2012, 8 U 261/11, BeckRS 2012, 9702; OLG Hamburg, Urt. v. 17.04.1997, 3 U 194/96, BeckRS 1997, 15846; MüKoZPO/Rimmelpacher, a.a.O. Rn. 23; Zöller/Heßler, ZPO, 34. Aufl., § 513 Rn. 9).

Eine Norm, die die Nichtanwendbarkeit des § 513 Abs. 2 ZPO in Eilverfahren und/oder einen (generellen) Vorrang des § 937 Abs. 1 ZPO statuiert, findet sich in der ZPO nicht. Insbesondere § 513 Abs. 2 ZPO enthält keinerlei dahingehende Einschränkungen. Solche erwachsen auch nicht aus dem Zweck des Rügeausschlusses. Nach der Gesetzesbegründung sollen mit Hilfe des § 513 Abs. 2 ZPO zur Verfahrensbeschleunigung und Entlastung der Berufungsgerichte Rechtsmittelstreitigkeiten, die allein auf die Frage der Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts gestützt werden, vermieden werden. Die Regelung soll zugleich vermeiden, dass die von dem erstinstanzlichen Gericht geleistete Sacharbeit wegen fehlender Zuständigkeit hinfällig wird (BT-Drs. 14/4722, 94). Diese Ziele beanspruchen grundsätzlich für jedes Berufungsverfahren Geltung. Dass und weshalb von diesen Zielen (gleichwohl) in Eilverfahren abgewichen werden sollte, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Ein (genereller) Vorrang des § 937 Abs. 1 ZPO vor § 513 Abs. 2 ZPO wird ebenso wenig in der Gesetzesbegründung thematisiert. 14

Der Gedanke, § 937 Abs. 1 ZPO solle Sorge dafür tragen, dass nicht verschiedene Gerichte mit „derselben“ Sache befasst werden, veranlasst ebenfalls nicht zu einer einschränkenden Auslegung des § 513 Abs. 2 ZPO. 15

§ 937 Abs. 1 ZPO bestimmt nur, dass für den Erlass einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache zuständig ist. Sobald die Hauptsache zwischen den Parteien anhängig ist, ist demnach das damit befasste Gericht auch für das Eilverfahren ausschließlich zuständig (OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2017, 229 – CANN; Senat, Beschl. v. 29.06.2017, 15 U 41/17, BeckRS 2017, 120339; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.10.2016, 6 U 105/16, BeckRS 2016, 112916; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer, UWG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 353; Prütting / Gehrlein, ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 937 ZPO, Rn. 2; Büscher/Schmidt, a.a.O., § 12 UWG, Rn. 166; Voß in: Cegl/Voß, a.a.O., § 937 ZPO, Rn. 4). Ist hingegen eine Hauptsache noch nicht anhängig, greift § 937 Abs. 1 ZPO nicht ein. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann deshalb bei jedem Gericht gestellt werden, das für die Hauptsache zuständig wäre. Sind insoweit mehrere Gerichte zuständig, hat der Antragsteller ein Wahlrecht (§ 35 ZPO). Die Ausübung des Wahlrechts hat keine Folgen für die Auswahl des Gerichts, bei dem später das Hauptsacheverfahren anhängig gemacht werden soll (OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 45 – örtliche Zuständigkeit). Der Antragsteller ist vielmehr grundsätzlich frei darin, bei welchem zuständigen Gericht er die Hauptsache später anhängig macht. Bei der genannten Reihenfolge – zunächst Eilverfahren, sodann Hauptsacheklage – können demnach zulässigerweise letztlich verschiedene Gerichte (der Sache nach) mit derselben Angelegenheit befasst werden. 16

Ob angesichts des letztgenannten Aspektes § 513 Abs. 2 ZPO einschränkend mit der Konsequenz der Zulassung der Zuständigkeitsrüge auszulegen ist, wenn die erst genannte Situation – Anhängigkeit einer Hauptsache – gegeben ist und ein nicht mit der Hauptsache befasstes Gericht seine Zuständigkeit entgegen § 937 Abs. 1 ZPO zu Unrecht annimmt, 17

bedarf hier keiner Entscheidung. Ein Hauptsacheverfahren war/ist vorliegend nicht anhängig.

b)	18
Die Rüge des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses für die Anträge zu Ziffer 2) und Ziffer 3) ist gleichfalls unbegründet.	19
aa)	20
Grundsätzlich hat jeder Rechtssuchende einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass die staatlichen Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und darüber entscheiden. Nur dann, wenn eine Klage oder ein Antrag objektiv schlechthin sinnlos ist, wenn also der Kläger oder Antragsteller unter keinen Umständen mit seinem prozessualen Begehren irgendeinen schutzwürdigen Vorteil erlangen kann, ist das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis bzw. Rechtsschutzinteresse zu versagen. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, dass Rechtsstreitigkeiten in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, für die eine solche Prüfung nicht erforderlich ist (BGH GRUR 2020, 1311 – Vorwerk; BGH GRUR 2017, 1236 – Sicherung der Drittauskunft; BGH NJW 1996, 2036).	21
Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wird grundsätzlich vermutet. Bei Leistungsklagen folgt es regelmäßig aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist (BGH GRUR 2017, 1236 – Sicherung der Drittauskunft; BGH NJW 2013, 464; BGH GRUR 1987, 568 – Gegenangriff; BGH GRUR 1993, 576 – Datatel). Es bedarf besonderer – vom Beklagten bzw. Verfügungsbeklagten darzulegender und glaubhaft zu machender – Gründe, die ausnahmsweise die Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses rechtfertigen (OLG München, Urt. v. 14.07.2016, 29 U 953/16, BeckRS 2016, 16414; BeckOK ZPO/Bacher, 42. Ed. 01.09.2021, ZPO § 253 Rn. 30; Voß in: Cegl/Voß a.a.O., § 940 Rn. 20).	22
bb)	23
Danach besteht im Streitfall ein Rechtsschutzbedürfnis auch für die Anträge zu Ziffer 2) und Ziffer 3).	24
Die Verfügungsbeklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass der Wortlaut der Anträge zu Ziffer 2) und Ziffer 3) teilweise identisch ist. Der Unterlassungsantrag zu Ziffer 2) lautet zu Beginn: „...ein Angebot von Mobilfunkdienstleistungen von A. mit aktuellen Preisen und mit gleichzeitigem Hinweis auf das Abschneiden von A. in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ der Zeitschrift „D.“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen ...“. Im Unterlassungsantrag zu Ziffer 3) sind in diesem Satzteil lediglich hinter den Worten „mit aktuellen Preisen“ die Worte „und/oder der „Service Card““ eingefügt. Hieraus folgt indes nicht, dass für einen oder beide Anträge das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde.	25
Durch den jeweiligen Zusatz in den Anträgen „wenn dies geschieht wie ...“ wird deutlich, dass sich die Anträge jeweils auf konkrete Verletzungsformen beziehen. Während das Verbot zu Ziffer 2) die Werbebanner gemäß Anlagen K 2 und K 3 betrifft, bezieht sich das Verbot zu Ziffer 3) auf die Internetseiten der Verfügungsbeklagten gemäß den Anlagen K 4 und K 5. Es handelt sich folglich um unterschiedliche Streitgegenstände, die selbstverständlich Gegenstand unterschiedlicher Anträge sein können. Die Verfügungsbeklagte reklamiert insoweit auch zu Recht keine doppelte Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Darüber hinaus steht es einem Kläger bzw. Verfügungskläger grundsätzlich frei, ein und dieselbe Verletzungsform unter mehreren Gesichtspunkten anzugreifen und diese	26

Angriffe zum Gegenstand eigenständig formulierter Klageanträge zu machen (BGH GRUR 2020, 1311 – Vorwerk; BGH GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser). Dass die Verfügungsklägerin nach Ansicht der Verfügungsbeklagten im Zusammenhang mit dem Unterlassungsantrag zu Ziffer 5) (vermeintlich) anders verfahren ist und mit diesem einheitlich eine Internetwerbung und eine Fernsehwerbung angegriffen hat, ändert daran nichts. Selbst wenn dem so wäre, folgt daraus ohne weitere Anhaltspunkte kein prozessualer Zwang, dies hinsichtlich aller streitgegenständlichen Verletzungsformen gleich zu handhaben.

Der Streitwert des (jeweiligen) Unterlassungsbegehrens ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Die Streitwertangabe der Verfügungsklägerin betrifft nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Eine etwaige überhöhte Streitwertangabe könnte allenfalls für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 4 UWG a. F/ § 8c Abs. 2 (Nr. 3) UWG von Bedeutung sein. Den Einwand des Rechtsmissbrauchs hat die Verfügungsbeklagte indes nicht erhoben; die dafür erforderlichen Tatsachen demzufolge auch nicht dargetan. 27

2) 28

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 1) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist unbegründet. 29

Das Landgericht hat der Verfügungsbeklagten zu Recht untersagt, ihr Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ der Zeitschrift „D.“ mit der Angabe „Bester Mobilfunk“ zu bewerben, wenn dies geschieht wie in der Zeitungsanzeige gem. Anlage K 1. Die Angabe ist irreführend, weshalb der Verfügungsklägerin ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG zusteht. 30

a) 31

Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, muss das als wettbewerbswidrig gerügte Verhalten sowohl nach dem zur Zeit der beanstandeten Werbung geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Rechtsmittelentscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig sein (BGH GRUR 2016, 1076 – LGA tested; BGH GRUR 2019, 746 – Energieeffizienzklasse III, BGH GRUR 2021, 979 – Testsiegel auf Produktabbildung, jeweils mwN). Nach Einreichung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 13.07.2020 ist das Lauterkeitsrecht mit Wirkung ab dem 02.12.2020 durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BGBl. I 2020, S. 2568) in Teilen novelliert worden. Für den Streitfall maßgebliche Vorschriften sind dabei nicht geändert worden. 32

b) 33

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG irreführend und damit unlauter, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält. Eine Irreführung liegt vor, wenn das Verständnis, das eine Angabe bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (BGH GRUR 2018, 1263– Vollsynthetisches Motorenöl; BGH GRUR 2020, 299 – IVD-Gütesiegel; BGH GRUR 2020, 1226 – LTE-Geschwindigkeit). Ob eine Werbung irreführend ist, richtet sich hierbei maßgeblich danach, wie der angesprochene Verkehr diese Werbung auf Grund ihres Gesamteindrucks versteht (BGH, GRUR 2015, 906 – TIP der Woche; BGH GRUR 2016, 521 34

– Durchgestrichener Preis II). In diesem Zusammenhang kommt es auf die Sichtweise eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers an, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGH GRUR 2015, 906 – TIP der Woche; BGH GRUR 2016, 521 – Durchgestrichener Preis II). Die Irreführungsgefahr muss sich dabei nicht bei der Gesamtheit des Verkehrs realisieren. Ausreichende, aber zugleich notwendige Voraussetzung ist vielmehr der Eintritt der Gefahr der Irreführung bei einem erheblichen Teil des von der Werbeaussage angesprochenen Verkehrskreises (BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport; OLG Düsseldorf [20. ZS] GRUR-RR 2016, 208 – Testsieger bei Energiesparlampen). Das ist im Wege einer Prognoseentscheidung anhand der normativ zu bewertenden Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport).

c) 35

Erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrskreises – (potentielle) Kunden eines Telekommunikationsunternehmens, die Mobilfunkdienstleistungen nutzen möchten, zu denen auch der Senat gehört, weshalb der Senat die Verkehrsauffassung selbst beurteilen kann (BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport) – verstehen die Zeitungsanzeige Anlage K 1 dahingehend, dass der durch das Siegel ausgewiesene Sieg (auch) auf der Bewertung der Qualität des Mobilfunknetzes der Verfügungsbeklagten beruht und die Verfügungsbeklagte deshalb den „Besten Mobilfunk“ bietet. 36

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Überschrift „Bester Mobilfunk“ auf der linken Seite der zweiseitigen Anzeige prominent aufgemacht ist und bei einem situationsadäquat aufmerksamen, verständigen Verbraucher die Erwartung hervorruft, die Verfügungsbeklagte werde mit dieser Anzeige, deren Blickfang (auf der linken Seite) das von der Zeitschrift „D.“ verliehene Sieger-Siegel „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“ ist, auf ihr (gutes) Abschneiden bei einem Test ihres Mobilfunknetzes hin. 37

Dass in der Überschrift nicht „Mobilfunknetz“, sondern „Mobilfunk“ steht, steht dem nicht entgegen. Es ist schon fraglich, ob dem Verbraucher, wenn er die Anzeige mit adäquater Aufmerksamkeit liest, dies überhaupt auffällt. Aber selbst wenn er diese „reduzierte“ Formulierung zur Kenntnis nimmt, gelangt er nicht zu der Erkenntnis, dass die Verfügungsbeklagte nur im Mobilfunkbereich als Sieger „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“ die Auszeichnung der Zeitschrift D. erhalten hat. Der angesprochene Verkehrskreis differenziert nicht streng zwischen „Mobilfunknetz“ und „Mobilfunk“; er verwendet die Begriffe vielmehr weitestgehend synonym. Dies vor allem deshalb, weil ein „Mobilfunknetz“ – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – kein Netz im physischen Sinne ist und für den Verbraucher vornehmlich die Qualität der Übertragungstechnik des Mobilfunkanbieters von Interesse ist. In diesem Sinne steht für ihn das „Netz“ bzw. die „Netztechnik“ des Mobilfunkanbieters im Vordergrund. Der „Mobilfunk“ ist zudem die Kernleistung eines Mobilfunkanbieters. Darüber hinaus lautet die Inschrift des Sieger-Siegels „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“ und nimmt damit die bzw. eine Tätigkeit der Verfügungsbeklagten auf. Sie wird als Mobilfunk-Netzbetreiberin tituliert, wodurch für den angesprochenen Verkehrskreis der Eindruck bestärkt wird, die errungene Auszeichnung sei auch der Bewertung der Qualität dieses Tätigkeitsfeldes der Verfügungsbeklagten geschuldet. 38

Der angesprochene Verkehr wird nicht aufgrund einer Gegenüberstellung der Überschriften auf der linken („Bester Mobilfunk“) und rechten Anzeigenseite („Bestes Festnetz!“) und/oder wegen der unterschiedlichen Inschriften der Sieger-Siegel (links „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“, rechts „Festnetztest Bundesweite Anbieter“) das Verständnis 39

gewinnen, das auf der linken Seite beworbene Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ mit der Angabe „Bester Mobilfunk“ beziehe sich (nur) auf eine Auszeichnung „Kundenzufriedenheit“ im Mobilfunkbereich und nicht (auch) auf einen Netztest. Der Verfügungsbeklagten ist zwar insoweit beizutreten, als dass die Wortwahl der Überschriften und die Wortwahl der Inschriften voneinander abweichen und die gewählten Formulierungen auf der rechten Seite jeweils den Wortbestandteil „Netz“ beinhalten. Mit der Überschrift „Bestes Festnetz!“ wird aufgrund der optischen Gestaltung und der darin gleichfalls vorhandenen Wendung „Bestes“ indes eine Ähnlichkeit geschaffen, die den Eindruck, dass mit der Überschrift „Bestes Mobilfunk“ (auch) das Mobilfunknetz gemeint sei, geradezu bekräftigt. Die beiden Überschriften sind optisch und sprachlich aneinander angelehnt. Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher wird deshalb, wenn er das Fehlen des Wortbestandteils „Netz“ in der streitgegenständlichen Überschrift überhaupt bemerkt, aus dieser Differenz nichts ableiten. Er misst dem keine Bedeutung zu und wird vielmehr in der Gesamtschau mit den bereits genannten Umständen annehmen, dass die hier in Rede stehende Auszeichnung ebenfalls (auch) auf der Beurteilung der Mobilfunknetzqualität basiert. Daran ändert die – gut lesbar und leicht wahrzunehmende – Inschrift des auf der rechten Seite abgebildeten Sieger-Siegels letztlich nichts. Aufgrund der abweichenden Formulierung und Bezugnahme (Festnetz) kann der angesprochene Verkehrskreis zwar unschwer erkennen, dass es sich bei den beiden abgebildeten Sieger-Siegeln thematisch um unterschiedliche Auszeichnungen handelt. Er nimmt ebenso wahr, dass es in dem Sieger-Siegel der streitgegenständlichen Anzeige „Kundenzufriedenheit“ heißt. Dies führt ihn indes nicht zu dem Verständnis, dass die beworbene Auszeichnung Sieger „Kundenzufriedenheit“ nicht auch auf der für ihn im Vordergrund stehenden Qualität des Mobilfunknetzes, die wesentlich für die Zufriedenheit der Kunden sein kann, beruht.

Der Senat vermag sich der Sichtweise der Verfügungsbeklagten zur Bedeutung des unter dem Sieger-Siegel befindlichen Fließtextes „A. ist Mobilfunk-Liebling ...“ nicht anzuschließen, obgleich zutreffend ist, dass in diesem Fließtext die Kategorie (Mobilfunk)Netz nicht genannt wird, sondern nur die Kategorien Kundenservice, Marke und Tarife aufgezählt sind. Vor der Aufzählung heißt es nämlich „...A. erzielt im renommierten D. Kundenbarometer erneut die höchste Punktzahl u.a. bei ...“. „u.a.“ ist dem angesprochenen Verkehr als Abkürzung für „unter anderem“ geläufig, woraus er schließt, dass weitere Kategorien dem Kundenbarometer zugrunde gelegen haben, in denen die Verfügungsbeklagte ebenfalls die „höchste Punktzahl“ erzielt hat. 40

Schließlich kann der Senat nicht erkennen, dass der angesprochene Verkehr eine Gegenüberstellung mit dem Fließtext, der auf der rechten Seite unterhalb des dortigen Sieger-Siegels steht, vornimmt und aufgrund dessen annimmt, dass die streitgegenständliche Werbung nicht (auch) die Bewertung des Mobilfunknetzes im oben genannten Sinne umfasst. Der Fließtext auf der rechten Seite weist zwar (erneut) Unterschiede in der Formulierung auf, es ist insbesondere von einem Festnetz-Test die Rede. Zudem werden das Highspeed-Internet und der Web-Service erwähnt. Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob der Verbraucher überhaupt eine genaue Gegenüberstellung der jeweiligen Texte vornimmt und sämtliche Unterschiede herausarbeitet. Aber auch dann, wenn sie ihm auffallen, bettet er sie in den Kontext ein. Er nimmt die Werbung in ihrer Gesamtheit wahr. Angesichts der prägenden Gestaltung der plakativen Überschrift und des abgebildeten Siegels treten die Unterschiede deshalb zurück. 41

d) 42

43

Das so verstandene Verkehrsverständnis entspricht – unstreitig – nicht den Tatsachen. Die Verfügungsbeklagte hat die im Rahmen des „Kundenbarometers Mobilfunk“ vorhandene Kategorie „Netz“ nicht gewonnen. Die höchste Punktzahl in dieser Kategorie hat die Verfügungsklägerin erzielt.

3) 44

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 2) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist demgegenüber begründet. 45

Die Bewerbung des Angebots von Mobilfunkdienstleistungen mit aktuellen Preisen und gleichzeitigem Hinweis auf ihr Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ der Zeitschrift „D.“ ist, wenn es geschieht wie in den Werbebanner gem. Anlagen K 2 und K 3, nicht irreführend im Sinne der §§ 3, 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG. 46

Der Behauptung der Verfügungsklägerin, der angesprochene Verkehr gehe davon aus, dass das beworbene Mobilfunkangebot „ab 9,99 €“ – also die Tariflinie A. Allnet Flat – der „Kunden-Liebling“ im „Kundenbarometer Mobilfunk“ gewesen sei, namentlich gehe der angesprochene Verkehr davon aus, dass die aktuell beworbene Tariffamilie der A. Allnet Flat Tarife ausweislich der Meinungsumfrage des „Kundenbarometer Mobilfunk“ die „beliebtesten“ gewesen sei, vermag der Senat ebenso wenig beizutreten wie der Sichtweise des Landgerichts, die Zuordnung des Siegels zu den Angeboten rufe bei dem angesprochenen Verkehr die Erwartung eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Siegel und beworbenen Produkt hervor. 47

Auch wenn die im Wesentlichen aus zwei Sequenzen bestehenden Werbebanner dem angesprochenen Verkehr als einheitliche Werbemaßnahme entgegentreten und infolge der gleichbleibenden Überschrift „A. ist Kunden-Liebling“ und des abschließenden Logos „A.“ eine Klammerwirkung gegeben ist, erkennt der Verbraucher zunächst, dass mit der Überschrift „Kunden-Liebling“ auf das in der ersten Sequenz verwendete Sieger-Siegel Bezug genommen wird. Die Inschrift des Siegels lautet „GESAMTSIEGER Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber A.“ und gibt damit ohne weiteres zu erkennen, bei was und in welchem Bereich ein Gesamtsieg errungen worden ist. Dem Verbraucher erschließt sich deshalb ohne größeres Nachdenken, dass die Überschrift auf die errungene Auszeichnung hinweist und die mit der Auszeichnung versehene Zufriedenheit der Kunden insbesondere mit dem Begriff „Liebling“ aufgegriffen und mit anderen Worten umschrieben wird. Da das verwendete Siegel kein Produkt herausstellt oder benennt, sondern die „Kundenzufriedenheit“, die für eine bestimmte Dienstleistungsanbietergruppe („Mobilfunk Netzbetreiber“) bewertet worden ist, und die Überschrift ferner mit den Worten „A. ist ...“ beginnt, ist dem angesprochenen Verkehr klar, wer mit „Kunden-Liebling“ gemeint ist und wer die Auszeichnung (für was) erhalten hat, nämlich das Unternehmen der Verfügungsbeklagten. 48

Dafür, dass das beworbene Mobilfunkangebot „ab 9,99 €“ der „Kunden-Liebling“ gewesen sei, bietet die Werbung hingegen keinen Anhalt. Das Produkt wird zwar in der zweiten Sequenz des Werbebanners (anstelle des Sieger-Siegels) beworben. Im Zeitpunkt der Produktbewerbung ist jedoch die erste Sequenz für den Verbraucher noch präsent. Der mit dieser hervorgerufene klare Bezug zum Unternehmen besteht fort. Dies auch deshalb, weil auch in dieser Sequenz die Überschrift mit „A. ist ...“. Es wird demnach immer noch das Unternehmen als „Kunden-Liebling“ genannt, nicht ein (bestimmtes) Produkt. 49

Weshalb der angesprochene Verkehr (gleichwohl) davon ausgehen sollte, dass die beworbene Tariffamilie der A. Allnet Flat Tarife ausweislich der Meinungsumfrage des „Kundenbarometer Mobilfunk“ die „beliebtesten“ gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Derartiges steht weder ausdrücklich in der Werbung noch assoziiert der angesprochene Verkehr dies in irgendeiner Weise durch die vorangegangene Sequenz oder andere Umstände. Es fehlt insbesondere eine Verknüpfung zwischen der Wendung „Kunden-Liebling“ und dem beworbenen Produkt. Dass beides gemeinsam zu sehen ist, versteht der situationsadäquat aufmerksame Verbraucher nur dahingehend, dass die Verfügungsbeklagte – als „Kunden-Liebling“ – diesen Tarif anbietet. Nicht aber, dass der Tarif die Auszeichnung erzielt hat oder dass die Auszeichnung wegen dieses Tarifs errungen wurde. Überdies kann der Werbung insbesondere auch nicht entnommen werden, ob es bei dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ eine Kategorie „Tarif“ gab, und wenn ja, welcher Tarif im bejahenden Fall dabei bewertet worden sein soll. Dass dem Verkehr – ohne weitere Angaben – einzelne Kategorien des „Kundenbarometer Mobilfunk“ und/oder etwaig darin geprüfte Tarife bekannt sind, ist weder ersichtlich noch vorgetragen.

Mangels einer (inhaltlichen/sachlichen) Verknüpfung zwischen dem Sieger-Siegel und dem Produkt, der aus der Auszeichnung folgenden Bezeichnung als „Kunden-Liebling“, und der klaren Zuordnung des Siegels zum Unternehmen der Verfügungsbeklagten, geht der Verbraucher schließlich auch nicht allein wegen der Gestaltung und optischen Zuordnung des Siegels zum Banner davon aus, dass das verwendete Sieger-Siegel „etwas mit dem Produkt zu tun hat.“ 51

4) 52

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 3) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist gleichfalls begründet. 53

Die Bewerbung des Angebots von Mobilfunkdienstleistungen mit aktuellen Preisen und/oder mit der „Service Card“ und gleichzeitigem Hinweis auf ihr Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ der Zeitschrift „D.“ ist, wenn dies geschieht wie auf den Internetseiten der Verfügungsbeklagten gem. Anlagen K 4 und K 5 , nicht irreführend im Sinne der §§ 3, 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG. 54

Die Verfügungsklägerin behauptet, der angesprochene Verkehr beziehe das Logo „Kundenbarometer Mobil“ auch auf die gezeigten „Top-Tarife“, also das konkrete Angebot ab 9,99 €/Monat, einschließlich der Service-Card, und gehe fälschlicherweise davon aus, diese seien Grundlage für den dortigen Gesamtsieg gewesen. Das Landgericht hat – unter Verweis auf seine Begründung zum Antrag 2) der Verfügungsklägerin – angenommen, die Positionierung des Siegersiegels im Blickfang der Wechselbildanzeige im oberen Bereich neben bzw. zwischen den Bestandteilen des beworbenen Produkts „A. All-Net-Flat“ begründe die Erwartung des Verkehrs, das solcherart präsentierte Siegel stehe in einem sachlichen Zusammenhang mit dem beworbenen Produkt. Dem kann der Senat nicht beitreten. 55

a) 56

Der Überschrift der Landingpage (Anlage K 4, „Top-Handys vom Kunden-Liebling!“) entnimmt der Verkehr, dass von der Verfügungsbeklagten – als „Kunden-Liebling“ – „Top-Handys“ angeboten werden. Als „Kunden-Liebling“ wird erkennbar das Unternehmen der Verfügungsbeklagten bezeichnet. Dass diese Bezeichnung irgendeinen Produktbezug aufweist, und insbesondere im sachlichen Zusammenhang mit dem beworbenen Tarif „A. All-Net-Flat ... ab 9,99 €/Monat“ oder der „Service-Card“ steht, ist hingegen nicht erkennbar. 57

Insbesondere nicht aufgrund der Positionierung. Die Überschrift übergreift schon nicht das blaue Feld, in dem der Tarif beworben wird. Eine (andere) optische Bezugnahme ist nicht gegeben. Soweit die „Service-Card“ sich unterhalb der Überschrift befindet, gibt es indes keinen Anhalt, dass diese sachlich etwas mit der Bezeichnung als „Kunden-Liebling“ zu tun hat.

Der angesprochene Verkehr erkennt des Weiteren ohne Anstrengung das – zwischen Produkten – abgebildete Siegel samt Inschrift „GESAMTSIEGER Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber A.“. Dem selbst nicht produktbezogenen Siegel ist demnach unschwer zu entnehmen, bei was und in welchem Bereich die Verfügungsbeklagte einen Gesamtsieg errungen hat. Dem Verbraucher erschließt sich deshalb ohne größeres Nachdenken, dass die Überschrift in Bezug zur errungenen Auszeichnung steht und die mit der Auszeichnung versehene Zufriedenheit der Kunden insbesondere mit dem Begriff „Liebling“ aufgegriffen und mit anderen Worten umschrieben wird. Eine – irgendwie geartete – Erwartung, dass die Auszeichnung, die durch das verwendete Siegel repräsentiert wird, auch die „Top-Tarife“, insbesondere den im Antrag zu 3) genannten Tarif, und/oder die im Antrag genannte „Service-Card“ umfasst, wird deshalb weder optisch noch sprachlich geweckt.

b) 59

Der Bezug zum Unternehmen der Verfügungsbeklagten ist in der Überschrift auf der der Homepage (Anlage K 5, „A. ist Kunden-Liebling“) noch klarer. Es gilt sinngemäß das oben Ausgeführte entsprechend. Eine Verklammerung der blickfangmäßig herausgestellten Produkte durch die Überschrift ist nicht erkennen, zumal eine „Service-Card“ auf dieser Werbung gar nicht abgebildet ist. Ohne Weiteres erkennbar ist auch auf dieser Internetseite das Siegel samt Inschrift „GESAMTSIEGER Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber A.“. Liest der Verbraucher dies, ist für ihn, wie bereits ausgeführt, klar, dass das Unternehmen der Verfügungsbeklagten ausgezeichnet worden ist, nicht hingegen ein (bestimmtes) Produkt. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Auszeichnung bzw. dem Siegel und einem Produkt ist nicht hergestellt.

c) 61

Mangels Irreführung des angesprochenen Verkehrs durch die Angaben auf der Landingpage und/oder der Homepage der Verfügungsbeklagten kann dahinstehen, ob das vom Landgericht insoweit ausgesprochene Unterlassungsgebot gem. Ziffer 3), wie die Verfügungsbeklagte meint, zu weit gefasst ist.

5) 63

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 4) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist ebenfalls begründet.

Es ist der Verfügungsbeklagten nicht untersagt, im Zusammenhang mit ihrem Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ der Zeitschrift „D.“ den Tarif „X 1“ als „Preis-/Leistungssieger“ zu bewerben, wenn dies wie in der Anlage K 4 geschieht. Eine Irreführung im Sinne des §§ 3, 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG ist nicht festzustellen.

Der situationsadäquat aufmerksame Verbraucher wird nicht (fälschlicherweise) davon ausgehen, dass der auf der Landingpage genannte Tarif „X 1“ bei der Befragung „Kundenbarometer Mobilfunk“ berücksichtigt und dabei noch als „Preis-/Leistungssieger“

gesondert ausgezeichnet worden ist. Es ist zwar zutreffend, dass der Werbung nicht zu entnehmen ist, wieso und weshalb der Tarif „Preis-/Leistungssieger“ sein soll. Es wird insbesondere keine Fundstelle angegeben aus der sich der Grund für diese Angabe ergeben könnte. Der Verbraucher wird deshalb im Unklaren darüber sein, was diese „Auszeichnung“ soll und wie sie zustande kommt. Da dies indes nicht für sich genommen streitgegenständlich ist, sondern die Bewerbung „nur“ im Zusammenhang mit der Bewerbung des Abschneidens in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ angegriffen ist, genügt diese unzureichende bzw. unklare Angabe für sich genommen nicht. Es bedarf vielmehr eines Zusammenhangs mit der beworbenen Auszeichnung der Zeitschrift „D.“. Hieran fehlt es. Bei seinen Überlegungen zur Bedeutung der Angabe „Preis-/Leistungssieger“ wird der Verkehr nicht die Auffassung gewinnen, die Tarifbezeichnung „Preis-/Leistungssieger“ stehe in Zusammenhang mit dem Abschneiden beim „Kundenbarometer Mobilfunk“ und/oder der genannte Tarif sei hierbei gesondert ausgezeichnet worden. Denn zum einen unterscheiden sich das verwendete Sieger-Siegel und die Angabe „Preis-/Leistungssieger“ optisch deutlich voneinander, letzteres enthält insbesondere keinerlei gestalterischen Elemente, die sich an das Sieger-Siegel anlehnen oder dieses übernehmen. Zudem sind beide voneinander beabstandet, ohne dass es eine optische oder gestalterische „Verknüpfung“ zwischen ihnen gibt. Zum anderen kann der angesprochene Verkehr ohne Probleme das Sieger-Siegel erkennen und dessen Inhalt „GESAMTSIEGER Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber A.“ lesen. Dem selbst nicht produktbezogenen Siegel ist demnach unschwer zu entnehmen, bei was und in welchem Bereich die Verfügungsbeklagte einen Gesamtsieg errungen hat; der Unternehmensbezug tritt klar zutage. Demgegenüber fehlt in dem Siegel der Zeitschrift „D.“ jeder Hinweis auf den „Tarif X 1“ (oder auf einen anderen Tarif), so dass insbesondere auch nicht zu erkennen wäre, dass dieser Tarif Gegenstand der Bewertung, die zu dem Gesamtsieg „Kundenzufriedenheit“ geführt hat, gewesen ist. Dahingehende (andere) Anhaltspunkte vermag der angesprochene Verkehrskreis der Werbung gem. Anlage K 4 auch nicht zu entnehmen. Er wird deshalb davon ausgehen, dass die errungene Auszeichnung der Zeitschrift „D.“ ohne Zusammenhang mit der Aussage „Preis-/Leistungssieger“ ist.

6) 67

Auch die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 5) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist begründet. 68

Ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2 Nr. 2 UWG besteht mit Blick auf die Bewerbung des Ergebnisses des „Kundenbarometer Mobilfunk“ mit der Darstellung eines Siegerpodestes, wie in den Anlagen K 2, K 3, K 6, K 6a, K 7 und K 8 geschehen, nicht. Die vergleichende Werbung ist nicht unlauter. 69

a) 70

Das Landgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass es sich bei der Darstellung des Siegerpodestes in den streitgegenständlichen Werbemitteln um vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG handelt. Die Verfügungsbeklagte hat hiergegen auch zu Recht nichts erinnert. 71

Die Werbemittel gemäß den Anlagen K 2, K 3, K 6, K 6a, K 7 und K 8 dienen der Förderung des Absatzes der Verfügungsbeklagten und in ihnen sind jeweils die Verfügungsbeklagte sowie zwei ihrer Mitbewerberinnen im Bereich Mobilfunkdienstleistungen unmittelbar erkennbar. Alle drei sind aufgrund der dargestellten Unternehmenslogos identifizierbar. Die Werbungen sind so deutlich auf mehrere bestimmte Mitbewerber gerichtet, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise sie, d. h. die Verfügungsklägerin und 72

das Unternehmen B. als vom Vergleich betroffen ansieht. Mittels des Siegerpodestes, auf dem die drei Unternehmenslogos auf unterschiedlichen Stufen platziert sind, erfolgt zudem ein Vergleich der von den drei Mitbewerberinnen angebotenen, hinreichend austauschbaren Dienstleistungen (BGH GRUR 2019, 631 – Das beste Netz; BGH GRUR 2012, 74 – Coaching Newsletter; BGH GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung). Dadurch, dass das Unternehmenslogo der Verfügungsbeklagten auf der obersten Stufe des Podest „steht“, bezeichnet sie sich als Siegerin, d.h. die Mobilfunkdiensteanbieterin mit der „besten“ Kundenzufriedenheit, und bewirbt ihre Leistung hiermit im Vergleich zu den beiden anderen Mobilfunkdiensteanbieterinnen.

b) 73

Die vergleichende Werbung erfüllt jedoch nicht den Unlauterkeitstatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Hiernach handelt unlauter, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Der in Rede stehende Werbevergleich bezieht sich zwar auf eine derartige Eigenschaft einer Dienstleistung. Er ist indes nicht „nicht objektiv“ im Sinne der Vorschrift. 74

aa) 75

Die Eigenschaften, auf die sich der Vergleich bezieht, müssen – kumulativ – den genannten vier Kriterien genügen (EuGH GRUR 2017, 280 – Carrefour Hypermarchés; EuGH GRUR 2007, 69 – LIDL Belgium; BGH GRUR 2019, 631 – Das beste Netz; BGH GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung). Dies ist vorliegend zu bejahen. 76

Dass der mittels Darstellung des Siegerpodestes angestellte Vergleich die Kundenzufriedenheit und damit kein physisches Merkmal der beworbenen Mobilfunkdienstleistung betrifft, ist unbeachtlich. Derartiges ist für § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht erforderlich. Der Begriff der Eigenschaften ist vielmehr weit zu verstehen. Maßgebend ist, ob der angesprochene Verkehr aus der Angabe eine nützliche Information für die Entscheidung erhalten kann, ob dem Erwerb der angebotenen Ware oder Dienstleistung nähergetreten werden soll (BGH GRUR 2019, 631 – Das beste Netz; BGH GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung; BGH GRUR 2005, 172 – Stresstest; BGH GRUR 2004, 607 – Genealogie der Däfte). Der Eigenschaftsbegriff erfasst daher nicht nur die physischen Beschaffenheitsmerkmale einer Ware oder Dienstleistung und ihre tatsächlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder rechtlichen Beziehungen zur Umwelt, sondern darüber hinaus alle Faktoren, die für die Nachfrageentscheidung aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise eine Rolle spielen können (OLG München GRUR-RR 2003, 373 – Branchentelefonbuch; Büscher/Lopez Ramos, a. a. O., § 6 UWG, Rn. 124; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 40. Aufl. 2022, § 6 UWG, Rn. 104). 77

Wesentlich ist eine Eigenschaft, wenn ihre Bedeutung für den jeweils angesprochenen Verkehr aus dessen Sicht im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung des Produkts nicht völlig unerheblich ist. Sie ist zudem typisch, wenn sie die Eigenart der verglichenen Produkte aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise im Hinblick auf den Bedarf oder die Zweckbestimmung prägt und damit repräsentativ oder aussagekräftig für deren Wert als Ganzes ist (BGH GRUR 2005, 172 – Stresstest; BGH GRUR 2004, 607 – Genealogie der Däfte). 78

Das Erfordernis der Nachprüfbarkeit bezweckt schließlich die Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung hin. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass 79

der angesprochene Verkehr die in dem Werbevergleich angeführten Eigenschaften selbst überprüfen kann; vielmehr reicht es aus, dass die bestimmte Eigenschaften vergleichende Werbeaussage zumindest einen Tatsachekern aufweist, dessen Richtigkeit jedenfalls durch einen Sachverständigen überprüft werden kann (BGH, GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung; BGH GRUR 2005, 172 – Stresstest; BGH GRUR 2004, 607 – Genealogie der Düfte; OLG Düsseldorf [20. Zs.] GRUR-RR 2012, 218 – Sortenvergleich). Dazu ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn die Anknüpfungspunkte für einen solchen Vergleich in der Werbung selbst im hinreichenden Maße genannt werden und wenn aus der Werbung für den Adressaten hervorgeht, wo und wie er die Bestandteile des Vergleichs leicht in Erfahrung bringen kann, damit er entweder selbst oder durch einen Dritten die gewünschte Nachprüfung vornehmen kann (vgl. EuGH GRUR 2007, 69 – Lidl/Colryt; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2016, 19568 – Aloe Vera Systempflegeset).

Dies zugrunde gelegt stellt auch die vorliegend beworbene Kundenzufriedenheit eine Eigenschaft eines Produktes oder einer Dienstleistung dar, die den vier Kriterien genügt (OLG Saarbrücken GRUR-RR 2008, 312 – 1. Platz Gesamtzufriedenheit; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 6 UWG, Rn. 108; Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG § 6 Rn. 48, kritisch: OLG München GRUR-RR 2003, 373 – Branchentelefonbuch). Sie ist insbesondere eine nützliche und wesentliche Information, die für den angesprochenen Verkehr Relevanz für die Entscheidung, ob bzw. bei welchem Mobilfunkanbieter die Dienstleistung in Anspruch genommen wird, zeitigen kann. In der Werbung sind aufgrund der Inschrift des verwendeten Siegels auch die erforderlichen Anknüpfungspunkte hinreichend genannt und es geht hervor, wo und wie der Verbraucher Näheres zu dem Vergleich erfahren kann. Die erforderliche Nachprüfbarkeit ist demzufolge auch gegeben. Die Verfügungsbeklagte stellt das Kriterium der Eigenschaft zu Recht auch nicht in Abrede. 80

bb) 81

Es mangelt dem Vergleich jedoch nicht an der fehlenden Objektivität im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der Art. 3a I. c) der Richtlinie 97/55/EG bzw. Art. 4 RL 2006/114/EG umgesetzt. 82

(1) 83

Das Erfordernis der Objektivität (gem. Art. 3a I. c) der Richtlinie 97/55/EG) dient nach der Entscheidung „LIDL Belgium/Colruyt“ des EuGH (GRUR 2007, 69; ebenso EuGH EuZW 2017, 259 – Carrefour/ITM) im Wesentlichen dazu, Vergleiche auszuschließen, die sich aus einer subjektiven Wertung ihres Urhebers und nicht aus einer objektiven Feststellung ergeben. Zur Begründung dessen verwies der EuGH auf die Schlussanträge des Generalanwalts. Dieser hatte u.a. (Rn. 44 f.) ausgeführt, dass seines Erachtens das Erfordernis nur bedeute, dass die Eigenschaften der beworbenen Erzeugnisse einen gerechten und unvoreingenommenen Vergleich ermöglichen müssten. Die in der Werbeaussage vorgenommene Gegenüberstellung müsse also objektiv feststellbare Merkmale betreffen, nicht aber Eigenschaften, die subjektiven Empfindungen oder Vorlieben unterworfen sein können. Beispielhaft hatte der Generalanwalt weiter erläutert, dass ein Preis eine objektive Eigenschaft darstelle, über die nicht diskutiert werden könne. Die Eigenschaften „ästhetisch schöner“ und „eleganter“ seinen hingegen Eigenschaften, die offensichtlich eine subjektive Wertung enthielten und die für jedermann unterschiedlich ausfallen könnten. 84

Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH sollen nach der Rechtsprechung des BGH durch das Objektivitätsgebot (vor allem) Vergleiche ausgeschlossen werden, die sich aus 85

Werturteilen ihres Urhebers und nicht aus objektiven Feststellungen ergeben (BGH WRP 2010, 757 – Paketpreisvergleich; BGH GRUR 2010, 161– Gib mal Zeitung; BGH GRUR 2007, 896 – Eigenpreisvergleich).

(2) 86

Dies zugrunde gelegt vermag der Senat einen unlauteren Werbevergleich letztlich nicht zu erkennen. 87

(2.1) 88

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten ist die Unlauterkeit ihres Handelns allerdings nicht bereits deshalb zu verneinen, weil sie die objektiven Tatsachen des von der Zeitschrift „D.“ durchgeführten „Kundenbarometer Mobilfunk“, wie die Platzierungen, das Ergebnis der Kundenbefragung und die Durchführung der Befragung durch einen Dritten „nur“ darstelle und sie zudem „nur“ Bezug auf das Ergebnis einer Kundenbefragung, die nach objektiven Kriterien (Kundenservice, Marke/Anbieter, Netz, Software, Tarif & Rechnung) durchgeführt sei, nehme. 89

Die Verfügungsbeklagte ist zwar nicht selbst Urheberin des Vergleichs. Sie stellt dessen Ergebnis aber nicht schlicht dar, sondern macht sich den Vergleich zu Werbezwecken zu eigen, indem sie dessen Ergebnis in den streitgegenständlichen Werbemitteln in Gestalt eines Siegerpodestes bildlich darstellt bzw. präsentiert (BGH GRUR 2002, 633 – Hormonersatztherapie (Äußerungen Dritter); BGH GRUR 1962, 45 – Betonzusatzmittel; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 259 – „Babes und Zicken“). 90

(2.2) 91

Entscheidend ist demnach, ob es sich bei dem „Kundenbarometer Mobilfunk“ um einen Vergleich handelt, der sich nicht objektiv auf die verglichene Eigenschaft „Kundenzufriedenheit“ bezieht. Dies ist nach Ansicht des Senats zu verneinen. 92

Das Landgericht und die Verfügungsklägerin betonen zwar zu Recht, dass das „Kundenbarometer Mobilfunk“ aus einer Befragung von 2472 Mobilfunkkunden und -kundinnen aus deutschsprachigen Ländern in Europa resultiert, die online u.a. über ihre subjektiven Einschätzungen mit ihrem jeweiligen Anbieter befragt wurden (Anlage K9). Diese Einschätzungen betrafen die Kategorien Kundenservice, Marke/Anbieter, Netz, Software, Tarif & Rechnung. Ebenso steht außer Zweifel, dass Antworten auf die in der Kategorie „Kundenservice“ gestellten Fragen, wie z.B. wie freundlich ein Mitarbeiter gewesen sei und ob auch das Problem gelöst worden sei, subjektiv geprägt sind. Die Antworten können für jedermann unterschiedlich ausfallen. 93

Daran ändert die Auswertung der Befragung der Zeitschrift „D.“ in Zusammenarbeit mit dem FiFT (Fachinstitut für Technikthemen), welches zwecks möglichst neutraler Bewertung den WPS (WEKA Promotor Score) verwendete, grundsätzlich nichts. Beruhen (einzelne) Antworten auf subjektiven Einschätzungen, so enthält auch das Ergebnis des „Kundenbarometer Mobilfunk“ (in der Kategorie „Kundenservice“) subjektive Elemente. Die „Umrechnung“ subjektiver Einschätzungen in ein fünfstufiges Notensystem ermöglicht zwar eine möglicherweise verbesserte oder vereinheitlichte Darstellung, lässt das subjektive Element als Ausgangspunkt indes nicht entfallen. 94

95

Es kann jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei dem zu eigen gemachten „Kundenbarometer Mobilfunk“ nicht um einen subjektiven Vergleich seiner Urheberin handelt. Die Zeitschrift „D.“ nimmt keine subjektive Bewertung der Kundenzufriedenheit mit Blick auf die verglichenen Mobilfunkanbieter vor. Sie hat vielmehr ihrerseits Dritte befragt, nämlich die Kunden und Kundinnen von Mobilfunkanbietern, die sodann ihre subjektiven Einschätzungen zu ihrem jeweiligen Anbieter abgegeben haben. Die Zeitschrift „D.“ hat die Antworten gesammelt, mit Hilfe des vom FiFT angewendeten WPS bewertet bzw. in ein Notensystem umgerechnet und das daraus folgende Ergebnis hinsichtlich der einzelnen Mobilfunkdienstleister und in ihrem Verhältnis zueinander präsentiert. Die Befragung ist sachkundig und nach vertretbaren Prüfungsmethoden in dem Bemühen um Richtigkeit durchgeführt worden; die Zeitschrift „D.“ hat den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten (BGH GRUR 1997, 942 – Druckertest; BGH GRUR 1989, 539 – Warentest V; OLG Stuttgart GRUR 2018, 1066 – Verblindung von Warentest). Dem Vortrag der insoweit darlegungs- und glaubhaftmachungbelasteten Verfügungsklägerin ist kein Anhalt dafür zu entnehmen, dass bei der Durchführung der Befragung ein erheblicher Fehler erfolgte. Die der Befragung zugrundeliegenden Kategorien Kundenservice, Marke/Anbieter, Netz, Software, Tarif & Rechnung sind zudem Elemente bzw. Umstände, die eine objektive Basis aufweisen. Nur die Antworten der von der Urheberin des Vergleichs befragten unabhängigen Dritten sind mit subjektiven Einschätzungen versehen. Dafür, dass die Zeitschrift „D.“ in irgendeiner Art und Weise auf die Antworten der befragten Kunden und Kundinnen Einfluss genommen hat, so dass diese sich „in Wahrheit“ als subjektive Einschätzungen der Urheberin des Vergleichs – oder gar der Verfügungsbeklagten – darstellen, gibt es keine Anhaltspunkte.

Handelt es sich bei einem Vergleich nicht um ein subjektives Werturteil des Urhebers, besteht 96 kein Grund, ihn per se als unlauter zu qualifizieren, nur weil in dem Vergleich subjektive Einschätzungen eines Dritten eingeflossen sind, die der Dritte auf Fragen zu objektiven Elementen bzw. Umständen im Rahmen einer nicht zu beanstandenden Befragung abgegeben hat. Aus der unter (1) zitierten Rechtsprechung folgt dies jedenfalls nicht. Weder der EuGH noch der BGH stellen allein auf die „Subjektivität“ ab, sondern erachten Vergleiche mit subjektiven Einschätzungen der Urheber als wettbewerbswidrig. Dies gilt insbesondere für den EuGH, der dieses Kriterium benennt, obgleich die Schlussanträge des Generalanwalts zeitweise die Urheberschaft nicht erwähnen.

Abgesehen davon erscheint auch keine strenge oder schlichte Gegenüberstellung von 97 „subjektiv“ und „objektiv“ in dem Sinne angezeigt, dass jede vergleichende Werbung, die subjektive Wertungen enthält, automatisch unter den Verbotstatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG fällt. Denn dann wäre das Merkmal der Nachprüfbarkeit obsolet (Büscher/Lopez Ramos, a.a.O., § 6 UWG, Rn. 127; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 6 UWG, Rn. 118).

Aus dem Sinn und Zweck des Art. 3a RL 97/55/EG bzw. des Art. 4 RL 2006/114/EG, die § 6 98 Abs. 2 Nr. 2 UWG in nationales Recht umsetzt, folgt für die vorliegende Konstellation letztlich nichts anderes. Nach den Richtlinien ist vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig, wenn die einzelnen aufgeführten Bedingungen erfüllt sind. Vergleichende Werbung kann, so Erwägungsgrund 3 RL 97/55/EG bzw. Erwägungsgrund 8 RL 2006/114/EG, den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher fördern, indem Vorteile verschiedener vergleichbarer Erzeugnisse objektiv herausgestellt werden, und so auch den Verbraucher unterrichten (Erwägungsgrund 5 der RL 97/55/EG bzw. Erwägungsgrund 8 RL 2006/114/EG). Nach Erwägungsgrund 7 RL 97/55/EG bzw. Erwägungsgrund 9 RL 2006/114/EG sollen (deshalb) Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung vorgesehen werden, soweit der vergleichende Aspekt betroffen ist,

mit denen festgelegt wird, welche Praktiken der vergleichenden Werbung den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen können. Diese Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung sollten Kriterien beinhalten, die einen objektiven Vergleich der Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen ermöglichen.

Die in Rede stehende vergleichende Werbung mit einer wie vorliegend von einem Dritten durchgeführten Kunden- bzw. Verbraucherbefragung, hinsichtlich derer keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in ihr letztlich nur die subjektive Einschätzung des Urhebers (oder des mit ihr Werbenden) eingeflossen sind, verzerrt weder den Wettbewerb noch schädigt sie die Mitbewerber. Mit ihr wird vielmehr (nur) die Einschätzung tatsächlich von dritter Seite befragter Kunden bzw. Verbraucherinnen zu einer mittels objektiver Kriterien abgefragten Eigenschaft der angebotenen Dienstleistung präsentiert. Andere (potentielle) Kunden werden über einen – aus Sicht der Befragten bestehenden – Vorteil unterrichtet. Die Zufriedenheit der Kunden mit ihrem jeweiligen Anbieter kann für potentielle Neukunden eine entscheidende Rolle spielen. Überdies ist dem Siegel der Zeitschrift „D.“ zweifelsohne zu entnehmen, dass eine Kundenbefragung durchgeführt worden ist. Für die Verbraucher ist deshalb ohne Weiteres ersichtlich, dass subjektive Einschätzungen von Kunden eingeflossen sind. 99

7) 100

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 6) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist unbegründet. 101

Zu Recht hat das Landgericht der Verfügungsbeklagten untersagt, den Gesamtsieg bei der Kundenzufriedenheit in einer Veröffentlichung der Zeitschrift „D.“ zu bewerben, ohne klarzustellen, dass sich dieser Gesamtsieg lediglich auf den Mobilfunkbereich beschränkt, wenn dies geschieht wie in Anlage K 6. Die Werbung ist irreführend, weshalb der Verfügungsklägerin ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG zusteht. 102

a) 103

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs den Fernsehwerbespot gemäß Anlage K 6 dahingehend verstehen, dass der „Gesamtsieg Kundenzufriedenheit“ das gesamte Angebot der Verfügungsbeklagten betrifft. 104

Die Verfügungsbeklagte vertritt zwar zu Recht die Auffassung, dass bei einer Fernsehwerbung für die Frage einer Irreführung im Wege einer Gesamtbetrachtung Bild und Ton zu berücksichtigen sind. Dem Verbraucher können daher für seine geschäftliche Entscheidung wesentliche Informationen auch durch nur eingeblendete, nicht gesprochene Hinweise gegeben werden (BGH GRUR 2009, 418 – Fußpilz; Senat, Urt. v. 12.02.2015, 15 U 96/14), oder umgekehrt nur durch gesprochene, nicht jedoch auch eingeblendete Hinweise. Sie weist überdies richtigerweise darauf hin, dass auf der im Fernsehwerbespot eingeblendeten „Service Card“ das Wort „Mobilfunk“ zu lesen ist und sich die vorgestellten Serviceleistungen der „Service Card“ auf den Mobilfunkbereich beziehen. Auch wenn der angesprochene Verkehr hieran erkennen kann, dass sich die „Service Card“ und die darin verbrieften Serviceleistungen der Verfügungsbeklagten auf Mobilfunkdienstleistungen beziehen, führt dies jedenfalls bei einem erheblichen Teil des angesprochenen Verkehrskreises nicht zu dem Verständnis, dass der in dem Fernsehwerbespot beworbene „Gesamtsieger Kundenzufriedenheit“ auf den Mobilfunkbereich beschränkt ist. 105

Die „Service Card“ wird nämlich erst auf Bild 4 des Fernsehwerbespots eingeblendet und zuvor wird weder sprachlich noch bildlich erklärt, dass die beworbene Auszeichnung der Zeitschrift „D.“ nur in einem bestimmten Bereich errungen worden ist. Zu Beginn des Werbespots sagt der Sprecher vielmehr (nur): „Hallo! „A. ist Gesamtsieger Kundenzufriedenheit. Und als Dankeschön gibt es für alle Kunden die neue A. Service Card“. Es wird demnach keine Einschränkung bezüglich des Sieges und/oder des Kundenkreises verbalisiert. Eine solche Einschränkung folgt auch nicht aus den Bildern des Spots. In den ersten 3 Bildern, die bis zu dem Satzteil „gibt es für alle Kunden die neue A. Card“, gezeigt werden, findet sich keine Erklärung dazu, dass die Auszeichnung „Gesamtsieger Kundenzufriedenheit“ nur für den Mobilfunkbereich gilt. Eine entsprechende Aufklärung folgt auch nicht aus dem in den ersten 3 Bildern zu sehenden Siegersiegel. Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts sind die Worte des Siegersiegels aufgrund der geringen Schriftgröße kaum zu sehen. Zudem werden sie zu kurz eingeblendet, um zuverlässig wahrgenommen und in ihrem Sinngehalt erfasst werden zu können.	106
Angesichts dessen werden (jedenfalls) erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrskreises, dem die Verfügungsbeklagte nach den ebenso unangefochtenen Feststellungen des Landgerichts nicht nur als reiner Mobilfunkanbieter, sondern darüber hinaus als Anbieter von über Festnetz realisierten Telefon- und Internetzugangsdiensten bekannt ist, die Bewerbung des „Gesamtsieges Kundenzufriedenheit“ auf den gesamten angebotenen Tätigkeitsbereich der Verfügungsbeklagten, mithin auch auf Festnetzdienstleistungen beziehen.	107
b)	108
Dieses Verständnis entspricht nicht den Tatsachen. Die beworbene Auszeichnung bezieht sich nur auf von der Verfügungsbeklagten angebotene Mobilfunkdienstleistungen.	109
8)	110
Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 7) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist ebenfalls unbegründet.	111
Zu Recht hat das Landgericht der Verfügungsbeklagten untersagt, für den Austausch eines Smartphones mit der Angabe „inklusive“ zu werben, wenn die Inanspruchnahme des Ersatzgeräts mit einer Verlängerung der Laufzeit des bestehenden Mobilfunkvertrags einhergeht, wenn dies geschieht wie in Anlage K 6 / Anlage K 6a. Die Werbung ist irreführend, weshalb der Verfügungsklägerin ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG zusteht.	112
a)	113
Erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrskreises verstehen den streitgegenständlichen Fernsehwerbespot dahingehend, dass die Verfügungsbeklagte als Dankeschön für Ihre Auszeichnung zum „Gesamtsieger Kundenzufriedenheit Mobilfunk Netzbetreiber“ in der Zeitschrift D. die „A. Service Card Mobilfunk“ mit den darin (symbolisch) verbrieften Serviceleistungen kostenlos anbietet und die Erbringung bzw. Inanspruchnahme des angebotenen 24h Austausch-Service keine erheblichen wirtschaftlichen Aufwendung bzw. Kosten erfordert, dieser vielmehr „inklusive“ sei.	114
In der Fernsehwerbung gemäß Anlage K 6 wird zunächst bildlich wie sprachlich erklärt, dass die Verfügungsbeklagte „Gesamtsieger Kundenzufriedenheit“ der Zeitschrift D. geworden ist	115

und dass es als Dankeschön die „A. Service Card“ gibt. Eine solche wird sodann eingeblendet. Auf ihrer unteren Hälfte stehen von links nach rechts – jeweils unter einem Symbol – die Worte „Alt gegen Neu“, „Priority Hotline“ und „24h Austausch-Service“ geschrieben. Es folgen bei großer Bilddarstellung der Karte (ohne Sprecher) die Worte „... mit vielen Top Service ...“. Nach bildlicher und gesprochener Erläuterung der Austauschprämie und der Priority Hotline wird erneut der Sprecher eingeblendet, der sagt „Und sollte Ihr Handy einmal kaputt gehen ... egal, ob Wasserschaden, ...technischer Defekt ... oder Bruch tauschen wir es gegen ein neues ein.“ Hierbei werden zunächst Bilder gezeigt, die die verschiedenen gesprochenen Situationen veranschaulichen und sodann ein Handy mit dem Störer „24 H AUSTAUSCH-SERVICE“ zeigen, wobei in der linken oberen Ecke des Fernsbildes stets die „A. Service Card“ eingeblendet ist. Danach wird der Sprecher neben der „A. Service Card“ stehend gezeigt und es werden die Worte „Alles inklusive mit der neuen A. Service Card“ gesprochen.

Dem Fernsehwerbespot ist demnach keine Trennung zwischen der „A. Service Card“ als solcher und der darin verbrieften Services zu entnehmen. Ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrskreises versteht die „A. Service Card“ und die darin (symbolisch) verbrieften Serviceleistungen deshalb als Einheit bzw. eins und geht davon aus, dass (auch) der 24stündige Austausch-Service Teil der Dienstleistungen ist, die mit der „A. Service Card“ angeboten werden. Infolge dessen bezieht er auch die zum Schluss des Fernsehwerbespots getätigte Aussage „alles inklusive“ auf die in der „A. Service Card“ (symbolisch) verbrieften Serviceleistungen und nicht nur auf die „A. Service Card“ als solche. Dies auch deshalb, weil die Karte als solche keine Vorteile für ihn bietet und nicht als „Dankeschön“ aufgefasst wird. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf den in dem Parallelverfahren I-15 U 26/21 erlassenen Hinweisbeschluss vom 06.01.2022 Bezug genommen. 116

Die Aussage „alles inklusive“ bedeutet für den angesprochenen Verkehrskreis, dass der beworbene Austausch eines Smartphones Teil des abgeschlossenen Vertrages ist und sich bei dessen Inanspruchnahme nichts ändert, die Inanspruchnahme des offerierten 24h Austausch-Service nicht gesondert entgeltspflichtig ist bzw. dass von ihm keine wirtschaftlichen Aufwendungen oder Gegenleistungen verlangt werden, um ein defektes Smartphone gegen ein neues Gerät tauschen zu können. 117

Anderes wird der verständige und situationsadäquate Verbraucher auch nicht deshalb annehmen, weil ihm geläufig ist, dass ein zusätzlicher und freiwilliger Service eines Mobilfunkdiensteanbieters grundsätzlich kostenpflichtig ist und/oder weil ihm etwa Handyversicherungen bekannt sein mögen. Den gezeigten Bildern des Fernsehwerbespots und dem gesprochenen Wort ist nämlich nichts zu einem etwaigen Entgelt, wirtschaftlichen Aufwendungen oder Gegenleistungen, die der Kunden vor Inanspruchnahme des Austauschservice zu erbringen hätte, zu entnehmen. Der Fernsehwerbespot vermittelt vielmehr den Eindruck, dass wegen der Auszeichnung der Verfügungsbeklagten in der Zeitschrift D. den Kunden eine Aufmerksamkeit zu Teil wird. Der Fernsehwerbespot bietet ebenso wenig einen Anhalt dafür, dass die zum 01.07.2020 eingeführte „A. Service Card“ (monatlich) entgeltspflichtig sein könnte und das Dankeschön wegen der im Juli-Heft der Zeitschrift D. erschienenen Auszeichnung in der Reduzierung oder dem Verzicht auf ein an sich fälliges Entgelt liegen könnte. 118

Jedenfalls wird ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs die Werbung nicht dahingehend verstehen, dass ein Kunde das Austauschgerät erst (und nur) dann erhält, wenn er sich mit einer neuen 24monatigen Vertragslaufzeit seines bestehenden Mobilfunkvertrages einverstanden erklärt. 119

Selbst wenn dem angesprochenen Verkehr bekannt ist, dass zusätzliche Serviceleistungen eines Mobilfunkdienstanbieters grundsätzlich kostenpflichtig sind, und es sich ihm gleichfalls erschließt, dass die beiden anderen Serviceleistungen der „A. Service Card“ – „Alt gegen Neu“, „Priority Hotline“ – eigene Leistungen erfordern, die z.B. Telefongebühren oder Übersendungskosten nach sich ziehen können, erwartet er nicht, dass der mit der „A. Service Card“ angebotene 24h Austausch-Service die Verlängerung seines Mobilfunkvertrages um 24 Monate voraussetzt. Diese Verlängerung kann, je nachdem zu welchem Zeitpunkt des laufenden Vertrages von dem Service Gebrauch gemacht wird, für den Kunden erhebliche wirtschaftliche Aufwendungen bzw. Kosten verursachen. Die erforderliche Voraussetzung geht damit deutlich über die genannten Mitwirkungshandlungen bezüglich der beiden anderen Serviceleistungen hinaus. 120

Abgesehen davon lässt der streitgegenständliche Fernsehwerbespot das aufgezeigte Wissen in den Hintergrund treten. Weder in seinen Bildern noch in den gesprochenen Worten werden ein Entgelt, Kosten und/oder die erforderlichen wirtschaftlichen Aufwendungen, die notwendig sind, um den angebotenen 24h Austausch-Service überhaupt in Anspruch nehmen zu können, in irgendeiner Weise sprachlich oder bildlich dargestellt. Es ist vielmehr – auch mit Blick auf den 24h Austausch-Service – von einem Dankeschön die Rede und dass die vorgestellten Serviceleistungen in der als Dankeschön präsentierten „A. Service Card“ inkludiert sind („Alles inklusive mit der A. Service Card ...“). Der Spot vermittelt angesichts dessen gerade den Eindruck, dass es sich um eine Inklusivleistung ohne gesondertes Entgelt handelt. 121

Soweit die Verfügungsbeklagte darauf hinweist, dem Verbraucher sei klar, dass es sich lediglich um eine rudimentäre Bewerbung handele, mag dies im Ansatz zutreffen. Teile des angesprochenen Verkehrskreises mögen deswegen erwarten, an anderer Stelle über weitere Bedingungen des Austausch-Service unterrichtet zu werden. Diese Erwartung bezöge sich jedoch nur auf Bedingungen zum „Wie“, d. h. zur konkreten Abwicklung des Austausches, nicht hingegen auf Bedingungen zum „Ob“. Abgesehen davon ändert eine (vermeintlich) rudimentäre Bewerbung nichts daran, dass diese dazu führen kann und führen soll, dass sich der Verkehr aufgrund dieser Bewerbung mit den weiteren Einzelheiten der beworbenen Serviceleistung befasst. Entschließt er sich dazu, dann ist die geschäftliche Entscheidung indes bereits getroffen. 122

Schließlich verfängt auch der Hinweis auf den schriftlichen Hinweis „24h-Austausch-Service nur bei gleichzeitiger Vertragsverlängerung um 24 Monate“ letztlich nicht. 123

Die Verfügungsklägerin weist zutreffend darauf hin, dass die durch den Spot bereits ausgelöste Fehlvorstellung nicht mit einem Hinweistext verhindert werden kann, der die Werbung nachträglich ins Gegenteil verkehrt. Ein Hinweistext dient der Klarstellung oder Ergänzung einer unklaren oder nicht vollständigen Aussage, nicht aber einer „Korrektur“ im Sinne einer gegenteiligen Aussage. Wie dargelegt, vermittelt die Fernsehwerbung in Bild und Ton von Beginn an den Eindruck, dass eine Gegenleistung und/oder wirtschaftliche Aufwendung für die Erbringung bzw. Inanspruchnahme des Austausch-Service nicht erforderlich ist. Diese bereits eingetretene Fehlvorstellung vermag ein Hinweis, der in Kontrast dazu steht und gerade auf eine wirtschaftliche Aufwendung hinweist, nicht mehr auszuräumen, jedenfalls nicht mit der notwendigen Klarheit. 124

b) 125

Nach alledem ist festzustellen, dass der streitgegenständliche Fernsehwerbespot mit Blick auf den von der „A. Service-Card“ umfassten 24h Austausch-Service bei dem 126

angesprochenen Verkehrskreis bzw. jedenfalls einem erheblichen Teil desselben ein Verständnis erweckt, welches mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Die Verfügungsbeklagte bietet die in der „A. Service-Card“ (symbolisch) verbriefte Serviceleistung des 24h Austausch-Service nicht als Teil des bestehenden Mobilfunkvertrages, mithin ohne gesondertes Entgelt an. Sie erbringt diese Serviceleistung nur, wenn ein Kunde einer neuen 24monatigen Vertragslaufzeit zustimmt.

9) 127

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 9) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist unbegründet. 128

Zu Recht hat das Landgericht der Verfügungsbeklagten untersagt, ihr Abschneiden in einer Veröffentlichung der Zeitschrift „D.“ zu bewerben, ohne klarzustellen, dass es sich bei jener Veröffentlichung nicht um einen objektiven Test, sondern um eine Kundenzufriedenheitsumfrage gehandelt hat, wenn dies geschieht wie in der Anlage K 7/Anlage 6a. Die Werbung ist irreführend, weshalb der Verfügungsklägerin ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG zusteht. 129

Die Verfügungsbeklagte macht mit der Berufung allein geltend, es überzeuge nicht, dass das Landgericht angenommen habe, der Verkehr könne das Sieger-Siegel in dem Spot nicht vollständig erfassen und deshalb nicht erkennen, dass Gegenstand des Sieger-Siegels nur die Kundenzufriedenheit sei. Blickfangmäßig herausgestellt sei nämlich in dem verwendeten Siegel der Zeitschrift „D.“ die Aussage „Gesamtsieger“ und unmittelbar unter dieser blickfangmäßig herausgestellte Angabe finde der umworbene Verkehr den Hinweis „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“. Für das Erkennen der insgesamt vier Begriffe benötige der umworbene Verkehr keine lange Betrachtung des Siegels. Diese würden ihm vielmehr nahezu „ins Auge springen“. Diese Einwände verfangen nicht. 130

Zwar trifft es zu, dass das verwendete Sieger-Siegel als solches das Wort „Gesamtsieger“ in roter Schrift blickfangmäßig herausstellt und dass in einem unmittelbar darunter befindlichen blauen Abschnitt in weißer Schrift die Worte „Kundenzufriedenheit Mobilfunk-Netzbetreiber“ stehen, woraus dem Verkehr deutlich wird, dass der Gesamtsieger bei einer Kundenzufriedenheitsumfrage errungen wurde. Das Sieger-Siegel wird jedoch nicht isoliert bzw. für sich genommen beworben, sondern in dem streitgegenständlichen Fernsehspot neben bzw. mit anderen bildlichen Darstellungen und einem Sprecher verwendet. Der Fernsehspot dauert insgesamt ca. 13 Sekunden, wobei das Sieger-Siegel nur circa in den ersten 3 Sekunden eingeblendet ist. Es wird hierbei nicht im Vollbild gezeigt, sondern befindet sich vor der höchsten Stufe des Sieger-Podestes, welches in (circa) dem rechten unteren Viertel des Fernsehbildes eingelichtet ist. Circa die linke Hälfte des Fernsehbildes nimmt die Person des Sprechers ein, der in Richtung des Sieger-Podestes zeigt und die Worte „Übrigens ... Bei A. gibt es nicht nur einen Top Kundenservice ...“ spricht. In Anbetracht dessen wird der angesprochene Verkehr seine Aufmerksamkeit nicht ausschließlich auf das Sieger-Siegel richten. Er wird dieses vielmehr neben den anderen Bildern und dem gesprochenen Text wahrnehmen. Ist dem so und nimmt er mit all seinen Sinnen wahr, genügt (schon) die Dauer der Einblendung des Siegels nicht, um dessen ganze Inschrift, und vor allem das Wort „Kundenzufriedenheit“ vollständig erfassen zu können. Dass die kurze Einblendungszeit mittels einer großen Schrift oder großen bildlichen Darstellung des Sieger-Siegels „ausgeglichen“ würde, ist weder vorgetragen noch sonst wie ersichtlich. 131

Nach der erforderlichen Gesamtschau mangelt es deshalb in dem Fernsehwerbespot gem. Anlage K 7/6a an der Klarstellung, dass es sich bei der beworbenen Auszeichnung der 132

Zeitschrift „D.“ nicht um einen objektiven Test, sondern um eine Kundenzufriedenheitsumfrage gehandelt hat.

10) 133

Die Berufung der Verfügungsbeklagten betreffend Ziffer 10) der einstweiligen Verfügung vom 14.07.2020 i. V. m. dem angefochtenen Urteil vom 18.12.2020 ist schließlich ebenfalls unbegründet. 134

Zu Recht hat das Landgericht der Verfügungsbeklagten untersagt, wahrheitswidrig zu behaupten, dass alle Smartphones eines bestimmten Herstellers für einmalig 0,- € bei Beauftragung einer All-Net-Flat ab 9,99 € abgegeben werden, wenn dies geschieht wie in der Anlage K 7/Anlage 6a. Der Fernsehwerbespot ist auch insoweit irreführend, weshalb der Verfügungsklägerin auch insoweit ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 S. 1 UWG zusteht. 135

a) 136

In dem Fernsehwerbespot werden im Anschluss an die unter Ziffer 9) dargestellten Inhalte zehn Mobilfunkgeräte des Herstellers C. und ein gelber Störer, in dem in blauer Schrift „einmalig 0,- €*“ steht, eingeblendet. Der Sprecher sagt hierzu „sondern jetzt auch alle Smartphones von C. für einmalig 0 Euro ...“ In der nächsten Einstellung zeigt der Sprecher auf das in der rechten Bildhälfte eingeblendete blaue Feld, in dem unter der weißen Überschrift „A. ALL-NET-FLAT“ in gelber Schrift drei Bestandteile der Flat stichpunktartig aufgelistet werden und in dem sodann unterhalb eines „Rechnungsstrichs“ „ab 9,99 € pro Monat*“ steht. Der Sprecher sagt hierzu: „... in Verbindung mit der günstigen A. Allnetflat ...“. 137

Der angesprochene Verkehrskreis versteht dies, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, dahingehend, dass bei der Verfügungsbeklagten alle Mobilfunkgeräte des Herstellers C., jedenfalls aber alle gezeigten Mobilfunkgeräte dieses Herstellers ohne Zuzahlung zusammen mit der „A. All-Net-Flat“ „ab 9,99 €“ erhalten werden können. 138

Die Kostenfreiheit des Smartphones folgt für den Verbraucher hierbei sowohl aus dem Störer („einmalig 0,- €*“) als auch aus dem gesprochenen Text („... für einmalig null Euro ...“), die Kombination mit dem Abschluss eines Vertrages über eine „A. All-Net-Flat“ aus den Worten „... in Verbindung mit der günstigen A. Allnetflat ...“, dem Zeigen des Sprechers auf das blaue Feld und den darin enthaltenen Angaben zur „A. ALL-NET-FLAT“. 139

Anhaltspunkte dafür, dass nicht jedes Smartphone des Herstellers C., und insbesondere nicht das gezeigte C., mit der bildlich dargestellten „A. ALL-NET-FLAT“ für „einmalig 0 Euro“ zu bekommen war, erhält der Verbraucher nicht. Es findet sich weder sprachlich noch bildlich ein ausdrücklicher Ausschluss eines bestimmten Smartphones von diesem (kombinierten) Angebot. 140

Ein Ausschluss bestimmter (hochwertiger) Smartphones von C. folgt für den verständigen und situationsadäquaten Verbraucher auch nicht aus dem Umstand, dass die Preisangabe für die „A. ALL-NET-FLAT“ mit „ab“ 9,99 € (in den ersten 10 Monaten, danach 29,99 € pro Monat) angegeben ist. Dies mag den Verbraucher zwar darauf hinweisen, dass es bei dieser All-Net-Flat ab dem 10. Monat einen Preissprung gibt, der dazu führt, dass danach ein höheres monatliches Entgelt anfällt. Möglicherweise wird der Verbraucher dieses Wort „ab“ auch dahin verstehen, dass die Verfügungsbeklagte auch noch andere Flatrates im Angebot hat, die einen anderen Leistungsumfang und einen höheren Preis als 9,99 € haben. Eventuell 141

mag er auch zu dem Schluss kommen, dass der „A. ALL-NET-FLAT“ ohne ein Handy weniger als 9,99 € kosten. Es fehlt ihm jedoch jegliche Verknüpfung des Wortes „ab“ zum ausgelobten Preis für die angebotenen Geräte („einmalig 0 €“), so dass der Verbraucher nicht auf die Idee kommt, „ab“ solle bedeuten, dass für bestimmte (hochwertige) Smartphones das Angebot der (günstigen) „A. ALL-NET-FLAT“ nicht gilt und ein solches Smartphone (bspw. das) ohne Zuzahlung nur in Verbindung mit einer Allnet Flat erworben werden kann, die in den ersten 10 Monaten 19,99 € und danach 49,99 € kostet.

Dass das beworbene kombinierte Angebot nicht für sämtliche (gezeigten) Smartphones des Herstellers C. gilt, erschließt sich für den Verbraucher gleichfalls nicht aus der vorgetragenen Übung am Telekommunikationsmarkt, Kombinationsprodukte, bestehend aus einem Smartphone und einem Mobilfunktarif dahingehend zu bepreisen, dass ein Einmalentgelt für den Bezug des Smartphones berechnet wird und darüber hinaus das monatliche Tarifentgelt im Falle des Bezugs eines Smartphones gegenüber dem Tarifpreis ohne Smartphone angehoben wird. Selbst wenn dem angesprochenen Verkehrskreis diese Übung bekannt sein sollte, wird er angesichts dieser Übung die Preisangabe „einmalig 0,- €“ nicht dahingehend auffassen, dass jedenfalls im Rahmen des Tarifentgelts eine Erhöhung erfolgt, wenn er ein Smartphone des Herstellers C. zu beziehen sucht. Denn die streitgegenständliche Werbung besagt gerade anderes. Für das (vermeintlich) bekannte Einmalentgelt für den Bezug eines Geräts werden gerade „einmalig 0 €“ ausgelobt, also kein Entgelt, ohne dass eine Verknüpfung zu einem erhöhten Tarifentgelt hergestellt wird. Da dem Kunden hier der Erwerb eines Smartphones in Kombination mit einer Mobilfunkdienstleistung angeboten wird, ist diese Situation überdies nicht mit derjenigen zu vergleichen, in der ein Kunde nur eine Mobilfunkdienstleistung in Anspruch nimmt, ohne ein Gerät zu beziehen. Darüber hinaus ist auch insoweit für den Verbraucher überhaupt nicht zu erkennen, dass der Aufpreis auf die monatlichen Tarifentgelte (nur) für bestimmte (hochwertigere) Smartphones gelten soll. 142

Schließlich vermeidet auch der Sternchenhinweis („einmalig 0,- €*“), dessen auflösender Hinweistext „C. Smartphones für 0,- € einmalig beim Abschluss eines Laufzeitvertrages z.B. A. All-Net-Flat S mit 3 GB Highspeed-Volumen/Mon. Ab 9,99 €/Mon. für 10 Mon., danach 29,99 €/Mon. (je nach Gerät ggf. zzgl. mtl. Aufpreis)“ lautet, keine Irreführung. Dies schon deshalb nicht, weil er nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts aufgrund der geringen Größe der verwandten Schrift und der Dauer der Einblendung ungeeignet ist. Abgesehen davon präzisiert oder vervollständigt der Hinweis keine unklare oder unvollständige Aussage, sondern kehrt sich, soweit er keine Wiederholung der Blickfangwerbung ist, von der im Blickfang beworbenen Aussage ab. Er ist zudem nicht klar und unmissverständlich, weil nicht ersichtlich ist, für welches Gerät welcher monatliche Aufpreis gelten soll. 143

II. 144

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 145

Eines Ausspruches zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedurfte es nicht, weil das vorliegende Urteil als zweitinstanzliche Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Verfügung keinem Rechtsmittel mehr unterliegt (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und ohne besonderen Ausspruch endgültig vollstreckbar ist. 146

Der Streitwert für das Berufungsverfahren ist auf 186.000,00 € festzusetzen. Der vom Landgericht für das Verfahren erster Instanz festgesetzte Streitwert in Höhe von 200.000,00 € ist nicht zu beanstanden. Die teilweise Zurückweisung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (Ziffer 8) verringert den Streitwert nicht. 147

