
Datum: 03.02.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 115/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0203.6U115.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 224/15

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 08.06.2016 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 224/15 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

- I. 1
- Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen. Die Zeitschrift „A“ führt jährlich einen Breitband- und Festnetztest durch. In den vergangenen Jahren war die Antragstellerin jeweils als Sieger aus diesem Test hervorgegangen. Sieger des im Heft 8/2015 veröffentlichten Test wurde die Antragsgegnerin. Sie wird in dem Testbericht als „Überraschungssieger“ bezeichnet. Die Antragstellerin erreichte den zweiten Platz. In dem Testbericht heißt es, sie zeige gegenüber dem Angebot der Antragsgegnerin einen leichten Rückstand in allen getesteten Disziplinen. Zu den Gründen führte die Zeitschrift „A“ folgendes an: 2
- „Mehrere Gründe für Platz 2 4
- Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz eins gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen. Offenbar kann der von der B standardmäßig gelieferte Router „C bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren D mithalten, die E in seiner eigenen Version einsetzt. Hinzu kommt, dass die Anbindung der zum Test verwendeten ISDN-Telefonschnittstelle an den 5

Testanschlüssen über den neuen externen ISDN-Adapter (ITA – ISDN Terminal Adapter) erfolgte, der im Testzeitraum noch mit Problemen zu kämpfen hatte. Eine neue fehlerbereinigte Firmware-Version konnte die B erst kurz vor Testende liefern.“

Die Antragsgegnerin bewarb das Testergebnis in verschiedenen TV-Werbespots, die zunächst eine fiktive Preisverleihungsszene, später eine daran anschließende After-Show-Party zum Gegenstand hatten. In diesen, wie auch dem hier verfahrensgegenständlichen, Werbespots treten jeweils die gleichen Personen als Repräsentanten der Parteien auf. 6

Die Antragstellerin hat den dem Verfahren zugrundeliegenden TV-Werbespot zunächst unter drei Gesichtspunkten beanstandet. Nach teilweiser Zurückweisung des ursprünglich umfassender gestellten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beanstandet die Antragstellerin noch die in dem Werbespot enthaltene Aussage „das beste Netz“ oder „das beste Netz möchte einfach jeder haben“. In dieser Aussage liege zum einen eine unzulässige Alleinstellungswerbung; ferner stelle sie eine unzulässige Testhinweiswerbung dar. 7

Die Antragsgegnerin hat die Unzulässigkeit des Antrags gerügt. Das Oberlandesgericht Hamburg habe bereits mit Beschluss vom 14. Dezember 2015 (5 W 87/15) über einen Antrag der Antragstellerin entschieden, mit dem diese unter anderem – insoweit erfolglos – das abstrakte Verbot der Aussage erstrebt habe, die Antragsgegnerin habe das beste Netz. Ferner sei die Vorgehensweise der Antragstellerin, die neben dem vorliegenden Verfahren noch weitere Verfahren in F, G und H eingeleitet habe, rechtsmissbräuchlich. 8

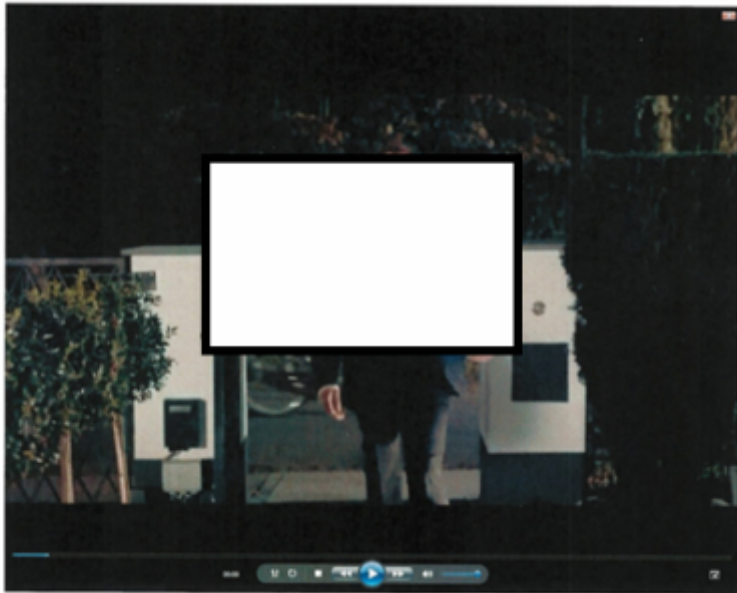
In der Sache verteidigt die Antragsgegnerin den angegriffenen TV-Werbespot. Es liege weder eine unzulässige Herabsetzung der Antragstellerin vor, noch seien die dort getroffenen Aussagen irreführend, weil sie (unstreitig) tatsächlich Testsieger des „A“-Festnetztestes geworden sei. 9

Nachdem das Landgericht den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat, hat der Senat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mit Beschluss vom 12.01.2016 eine einstweilige Verfügung erlassen, die es der Antragsgegnerin bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft – zu vollstrecken an ihren Geschäftsführern – untersagt, 10

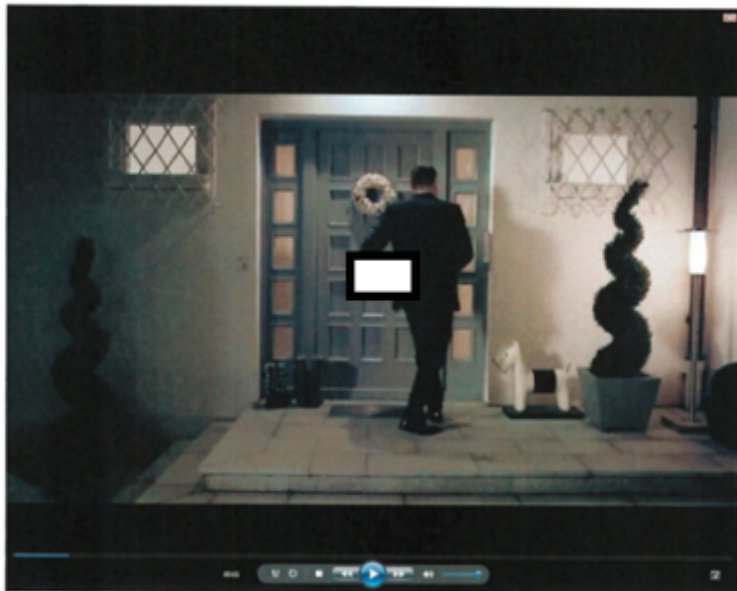
in einem Spot mit der Angabe „das beste Netz“ für die Dienstleistungen von „E“ zu werben und/oder werben zu lassen, 11

wenn dies wie in dem durch die nachfolgende Bildabfolge gekennzeichneten Spot geschieht: 12

13



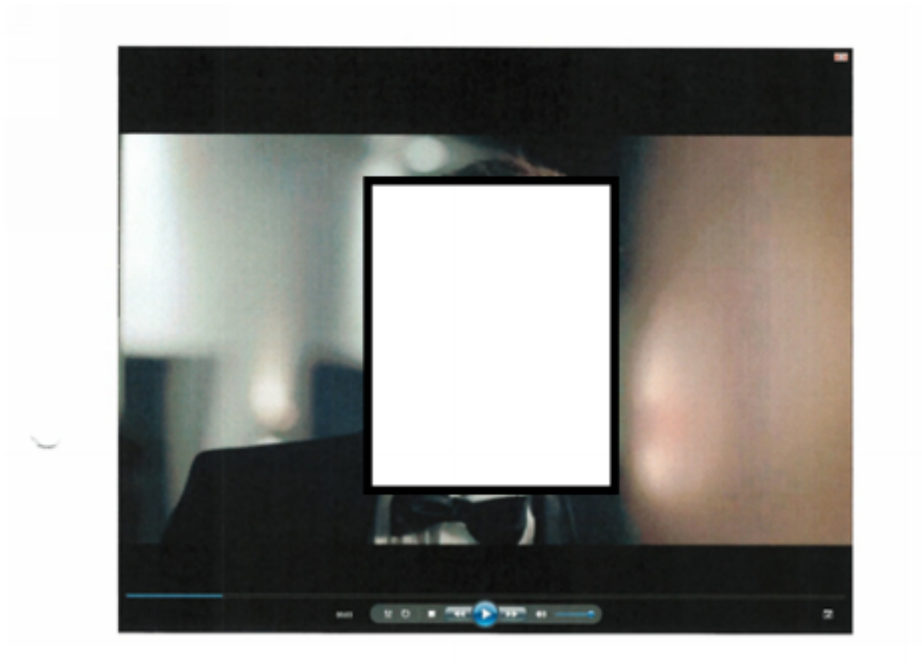
14



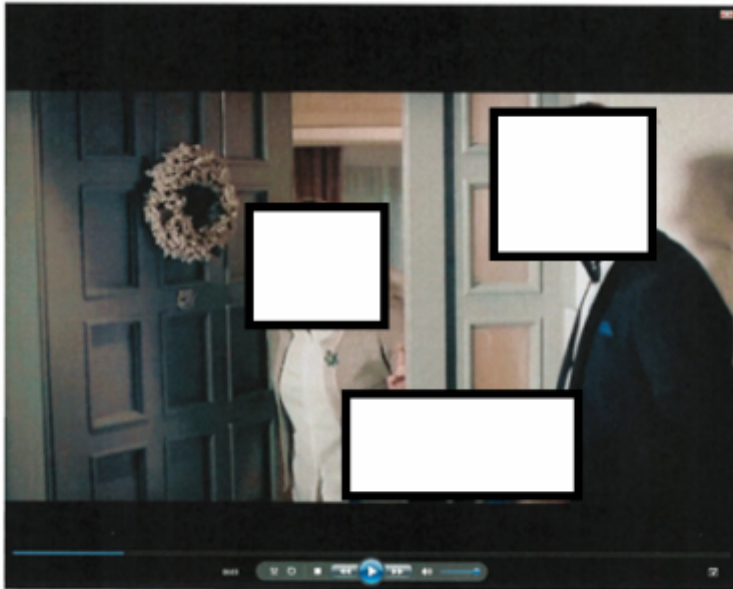
15



16



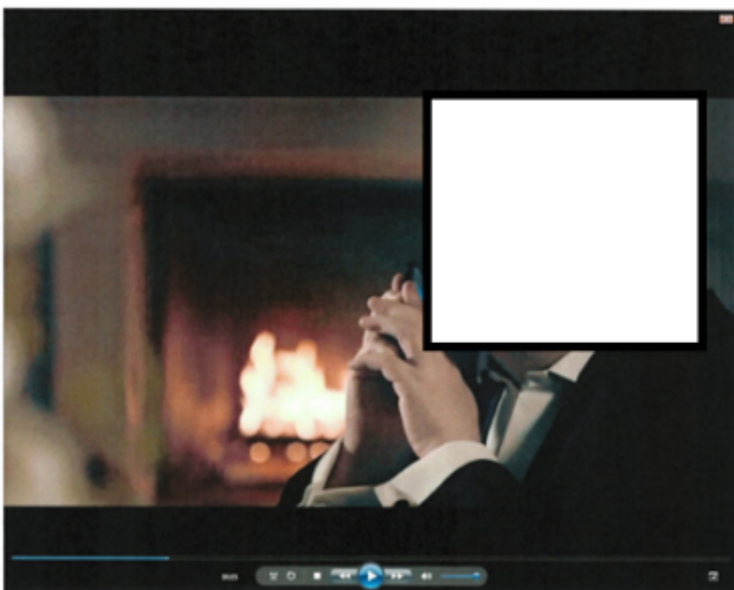
17



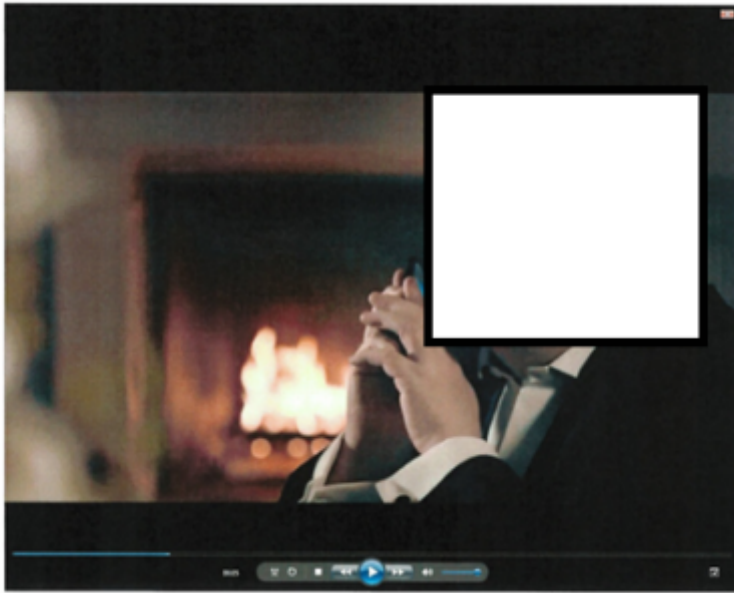
18



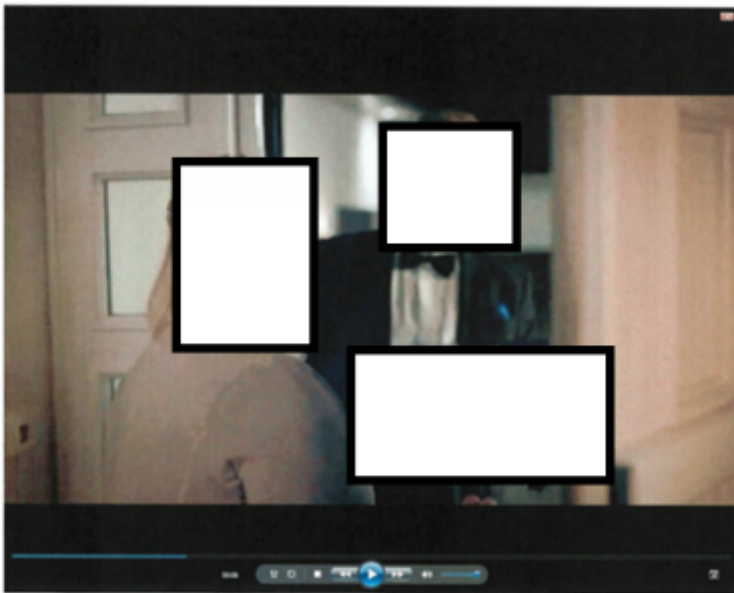
19



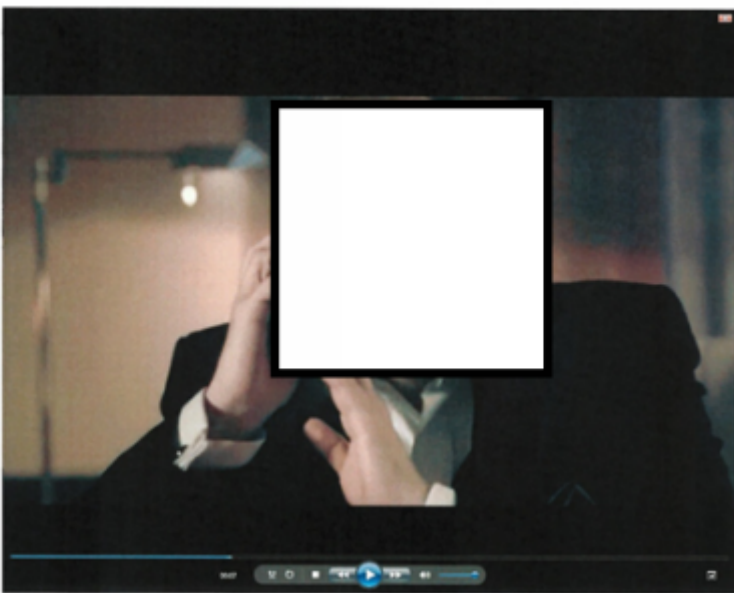
20



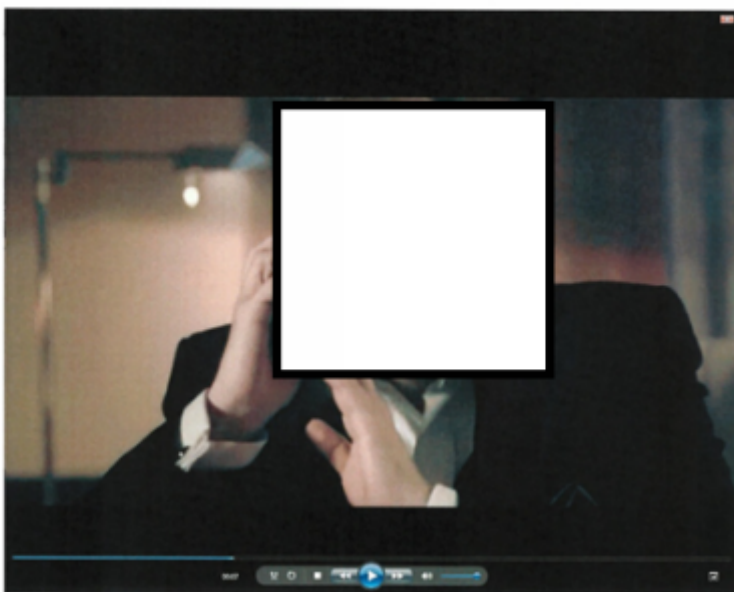
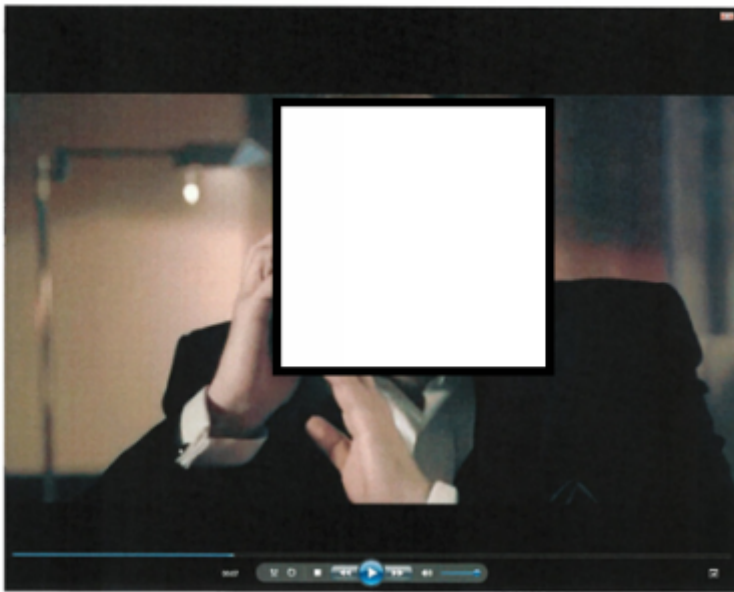
21



22

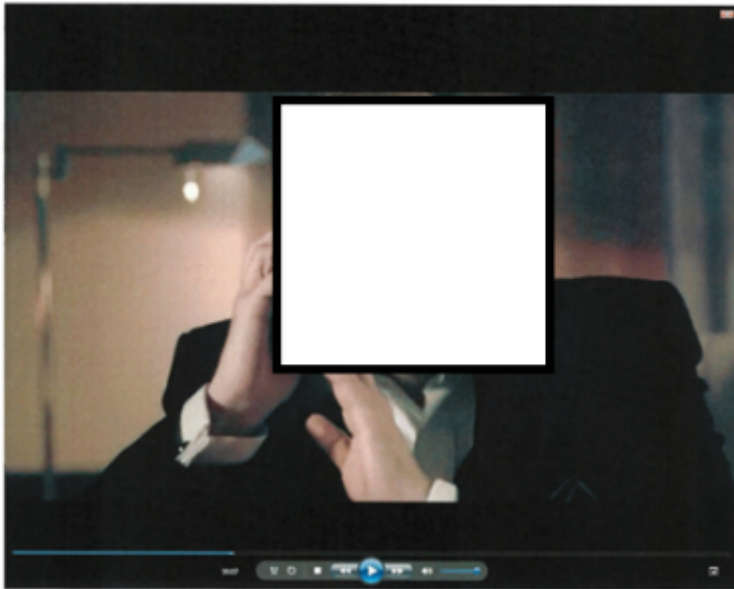


23

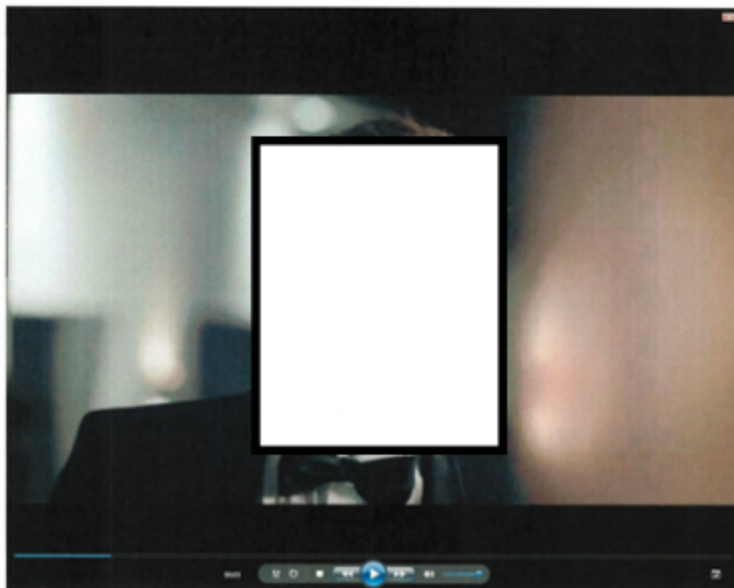


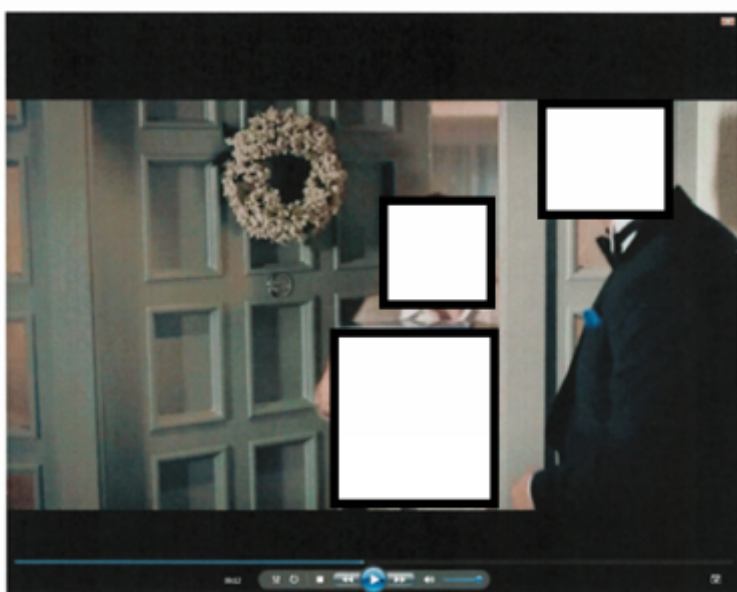
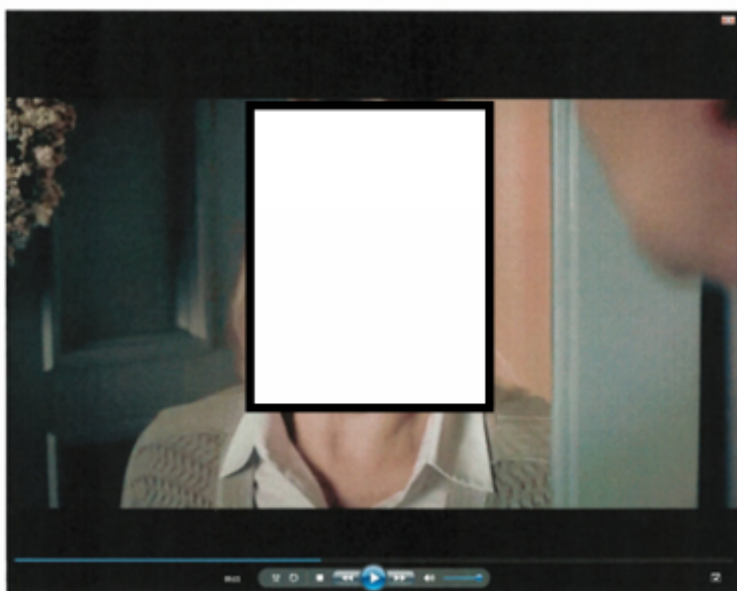
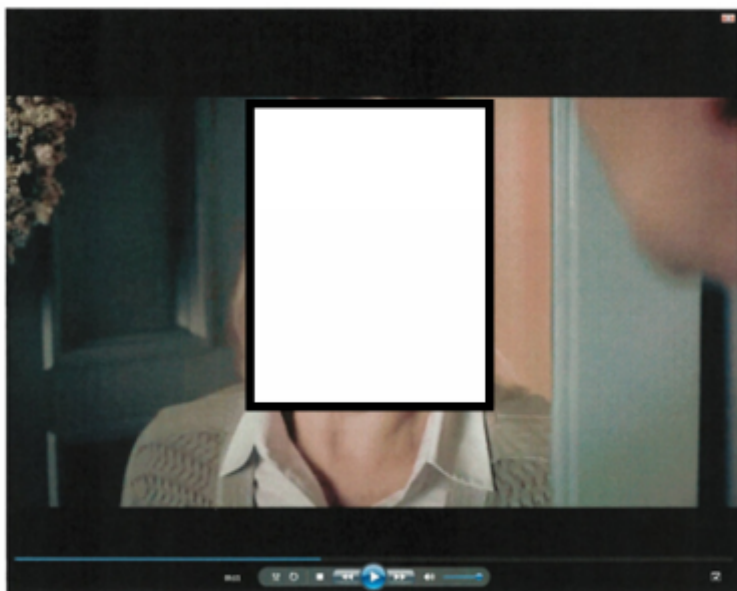


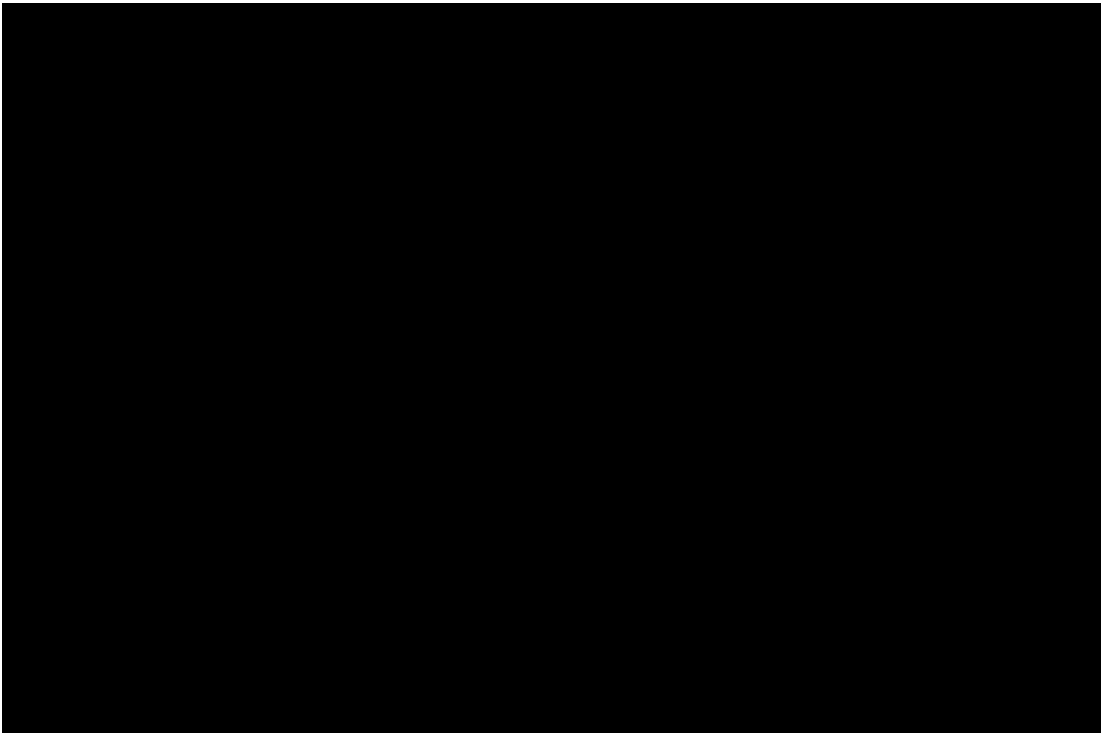
25



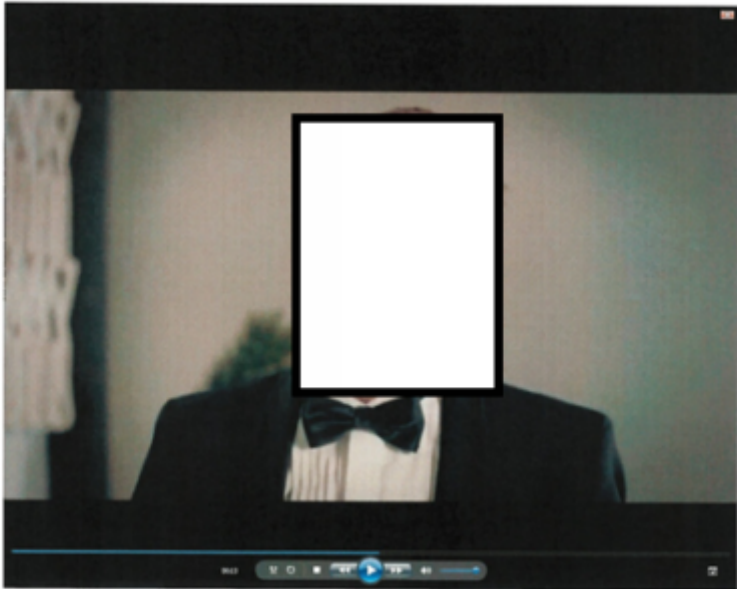
26







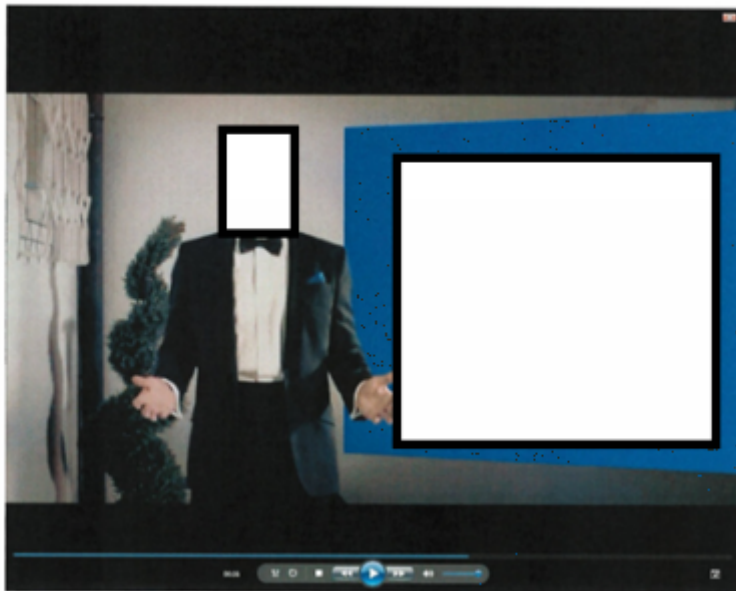
31



32



33



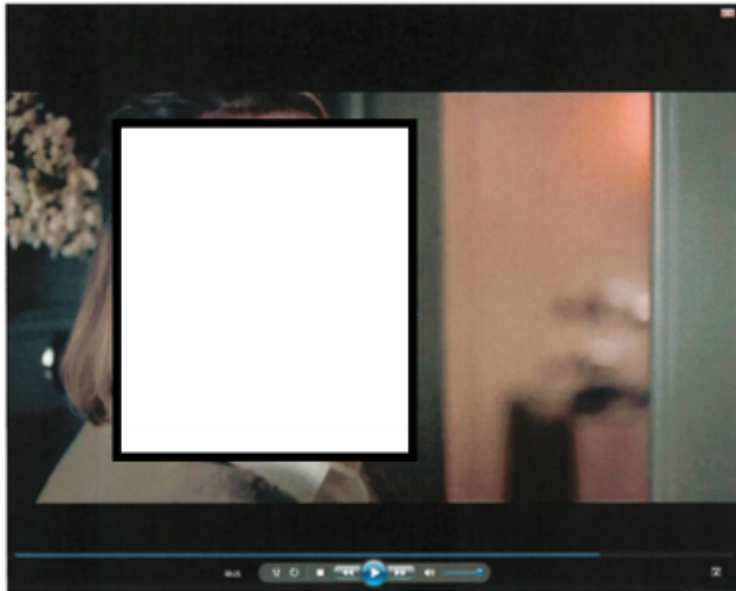
34



35



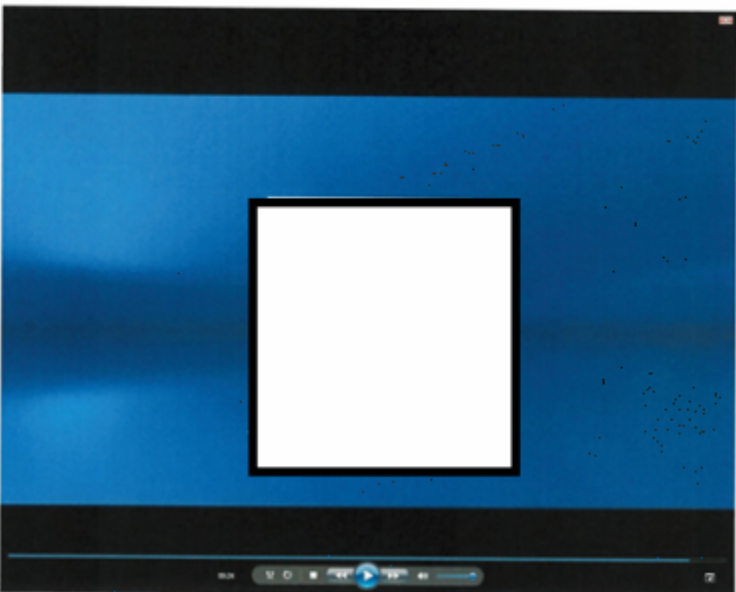
36



37



38



Den weitergehenden Antrag hat der Senat zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat – soweit die sofortige Beschwerde Erfolg hatte – ausgeführt, dass der Antrag zulässig sei. Insbesondere spreche nicht gegen die Zulässigkeit, dass es an einer Wiedergabe des gesprochenen Textes fehle, weil sich der Antrag auf die graphische Darstellung beziehe.	39
Die Entscheidung des Oberlandesgericht Hamburg vom 14. Dezember 2015 – 5 W 87/15 stehe der Zulässigkeit des vorliegenden Antrags nicht entgegen, als die Antragstellerin mit ihm die Aussage „das beste Netz“ beanstandet habe. Zum einen sei der konkrete, in G eingereichte Antrag nicht bekannt. Zum anderen sei aber auch der Streitgegenstand ein anderer. Selbst wenn der Antrag in dem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Hamburg mit dem hier zu beurteilenden identisch wäre, so sei der dort vorgetragene Lebenssachverhalt ein anderer gewesen.	40
Der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) greife nicht durch.	41
Der Antragstellerin stehe hinsichtlich der Aussage „das beste Netz“ bezogen auf die Leistung der Antragsgegnerin ein Anspruch aus §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG zu. Die Werbung sei irreführend, weil die Zeitschrift „A“ der Antragsgegnerin nicht das Prädikat „bestes Netz“ verliehen habe und sich das Testergebnis auch nicht zulässigerweise mit diesen Worten zusammenfassen lasse. Insbesondere sei aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise – zu denen auch die Mitglieder des Senats gehörten – ein Sieg in dem „A“-Test nicht gleichbedeutend mit der Aussage, „das beste Netz“ zu haben.	42
Eine Spitzenstellungsbehauptung sei unzutreffend, weil der Verkehr erwarte, dass der Werbende gegenüber seinen Mitbewerbern in der betreffenden Hinsicht einen deutlichen Vorsprung vorzuweisen habe und dieser Vorsprung Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit biete. Diese Voraussetzungen seien nicht hinreichend dargelegt.	43
Auf den Beschluss des Senats vom 12.01.2016 wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.	44
Gegen diese einstweilige Verfügung des Senats hat sich die Antragsgegnerin mit ihrem Widerspruch gewandt. Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung des Senats mit dem angefochtenen Urteil bestätigt. Dabei hat das Landgericht die Gründe der Entscheidung des Senats eingeblendet und sich diese zu Eigen gemacht.	45
Ergänzend hat das Landgericht auf den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit ausgeführt, dass die Antragstellerin im Verfahren vor dem Landgericht Hamburg zwei Spots (Anlagen K 14 und K 15) sowie verschiedene Internetwerbungen (Anlagen K 16 bis K 18) angegriffen habe. Es habe ausweislich der Antragsbegründung (dort S. 29 ff. „Die Behauptung des besten Netzes“) die Werbeaussage „das beste Netz“ verboten werden sollen. Dies habe die Antragstellerin in ihrem Antrag mit der „unglücklichen“ Formulierung „E habe das beste Netz“ abstrakt umschrieben „vor die Klammer“ gezogen. Sodann sei ein „insbesondere“-Teil, in denen die Antragstellerin vier verschiedene Werbeaussagen (beispielhaft) anführt, gefolgt. Danach seien die konkreten Verletzungsformen Anlagen K 14 bis K 18 gefolgt. Zutreffend weise die Antragsgegnerin daher darauf hin, dass die Aussage „E habe das beste Netz“ in G nicht Streitgegenstand gewesen sei, sondern – wie auch im vorliegenden Verfahren – die Aussage „das beste Netz“. Dennoch habe die Antragstellerin im Hamburger Verfahren kein abstraktes Verbot dieser Aussage unabhängig von der konkreten Verletzungsform erstrebt, sondern in der jeweiligen konkreten Verletzungsform. Wenn neben der in Bezug genommenen konkreten Verletzungsform zur Beschreibung (abstrakt formulierte) Merkmale verwendet würden, hätten diese die Funktion, den Kreis der Varianten	46

näher zu bestimmen, die von dem Verbot als kerngleiche Handlungen erfasst sein sollen. Über die konkret angegriffenen Verletzungsformen (in G Anlagen K 14 – K 18) sollten weitergehend auch andere Verletzungsformen unter das Verbot fallen, soweit sie noch im Kern lägen. Ein abstraktes Verbot erfasse im Gegensatz dazu jegliche Verwendung der Aussage „das beste Netz“ unabhängig davon, ob die konkrete Verletzungsform noch im Kern läge oder nicht.

Zudem wäre die anderweitige Rechtshängigkeit mittlerweile entfallen, weil das Oberlandesgericht Hamburg die Aussage „das beste Netz“ lediglich in der dort streitgegenständlichen konkreten Verletzungsform verboten habe, den weitergehenden Antrag der Antragstellerin, der - nach unzutreffender Auffassung der Antragsgegnerin - ein abstraktes Verbotsbegehren beinhaltet haben soll, aber rechtskräftig zurückgewiesen habe. 47

Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. Die Darstellung, die Antragsgegnerin verfüge über „das beste Netz“ sei entsprechend der Argumentation des Landgerichts und des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main zulässig. 48

Nachdem die Antragstellerin bereits dreimal in Frankfurt am Main mit ihren Anträgen gescheitert sei, die Aussage „das beste Netz“ in einer Werbung der Antragsgegnerin zu untersagen, habe die Antragstellerin durch ihre Muttergesellschaft ein einstweiliges Verfügungsverfahren in Düsseldorf einleiten lassen, in welchem auch eine Unterlassungsverfügung ergangen sei. Im Rahmen des Widerspruchs habe das Landgericht Düsseldorf festgestellt, dass es sich um eine zulässige vergleichende Werbung gehandelt habe und dass das abgestimmte Vorgehen der Antragstellerin und ihrer Muttergesellschaft rechtsmissbräuchlich sei. Hierzu habe am 31.05.2016 die mündliche Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf stattgefunden. Der dortige Senat habe zum Ausdruck gebracht, er werde das Urteil des Landgerichts bestätigen, was dazu geführt habe, dass die Muttergesellschaft der Antragstellerin die Berufung zurückgenommen habe. 49

Der Antrag der Antragstellerin sei wegen anderweitiger Rechtshängigkeit jedenfalls unzulässig. Denn Gegenstand des Verfahrens vor dem Landgericht und Oberlandesgericht Hamburg sei die Frage, ob die Antragsgegnerin behaupten dürfe, über „das beste Netz“ zu verfügen. Auf die konkrete Verletzungsform sei es bei dem genannten Verfahren nicht angekommen. Vielmehr habe die Nennung der dortigen Spots lediglich zur Erläuterung des Verbots gedient, dieses aber nicht auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkt. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass der Antrag durch das Oberlandesgericht Hamburg teilweise abgewiesen worden wäre. 50

Das Vorgehen sei jedenfalls rechtsmissbräuchlich, weil die Antragstellerin und die Konzernmutter absprachegemäß parallel vorgegangen seien. 51

Schließlich habe das Landgericht die Grundsätze der Testsiegerwerbung verkannt. Bei der Feststellung des Verkehrsverständnisses müsse dabei die Vorprägung der Verbraucher im Zusammenhang mit der angegriffenen Aussage berücksichtigt werden, die die Antragstellerin selbst in zahlreichen Fällen zuvor in gleicher Weise verwandt habe. 52

Die Antragsgegnerin beantragt, 53

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 08.06.2016, Az. 84 O 224/15 den Beschluss des Senats vom 12.01.2016, Az. 6 W 4/16, aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in vollem Umfang abzuweisen. 54

Die Antragstellerin beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	56
Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Insbesondere ist sie der Auffassung, es liege keine anderweitige Rechtshängigkeit vor, weil auch bei dem Verfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht Hamburg lediglich die konkrete Verletzungshandlung zum Gegenstand des Unterlassungsantrages gemacht worden sei. Dies ergebe sich schon aus der Satzstellung des dortigen Unterlassungsantrages, die deutlich mache, dass sich der mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitete Einschub nur auf die sodann genannten Formulierungen hinsichtlich der Äußerung „das beste Netz“ beziehe. Jedenfalls lägen der Entscheidung in Hamburg und in Köln unterschiedliche Lebenssachverhalte zugrunde, was sich auch aus der Entscheidung des Senats vom 12.01.2016 ergebe. Die anderweitige Rechtshängigkeit sei ohnehin spätestens entfallen, nachdem das Oberlandesgericht Hamburg die einstweilige Verfügung lediglich bezogen auf die konkrete Verletzungsform erlassen habe.	57
Ein Rechtsmissbrauch liege nicht vor. Dies ergebe sich jedenfalls nicht aus dem Verfahren in Düsseldorf. Zum einen sei dieses Verfahren nicht rechtsmissbräuchlich gewesen. Selbst wenn das Vorgehen mehrerer Konzernunternehmen hinsichtlich eines Streitgegenstands rechtsmissbräuchlich gewesen wäre, hätte dies keine Auswirkungen auf das hiesige Verfahren.	58
Im Übrigen verteidigt die Antragstellerin das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.	59
II.	60
Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die konkret in den Unterlassungsantrag eingeblendete Werbung der Antragsgegnerin mit Recht untersagt. Auf die zutreffenden Ausführungen in dem Beschluss des Senats vom 12.01.2016 sowie der angefochtenen Entscheidung wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Ergänzend ist im Hinblick insbesondere auf die Berufungsbegründung folgendes auszuführen:	61
1. Der Antrag ist nicht bereits wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig.	62
a) Die anderweitige Rechtshängigkeit und damit die Unzulässigkeit des Antrages ergeben sich nicht aufgrund des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht Hamburg. Denn dort war ein anderer Werbespot in der konkreten Verletzungsform Gegenstand des Antrages. Der Antrag lautete dahin, dass untersagt werden sollte,	63
„mit der Behauptung, E habe das beste Netz, insbesondere mit den Angaben, „Bei E gibt es nicht nur das beste Netz...“ und/oder „das beste Netz“ und/oder „bei E gibt´s das beste Netz“ und/oder „Wechseln Sie ins beste Netz“, in einem Spot wie aus Anlage K 14 oder K 15 ersichtlich und/oder im Internet wie aus Anlage K16 und/oder Anlage K17 und/oder Anlage K18 ersichtlich zu werben und/oder werben zu lassen.“	64
Mit dieser Formulierung des Antrages hat die Antragstellerin die konkrete Verletzungsform in den im Antrag genannten Anlagen angegriffen. Denn der mit „insbesondere“ beginnende Einschub endet nach der Darstellung der unterschiedlichen Darstellungen der Formulierung für die Aussage „das beste Netz“. Sodann wird die konkrete Verletzungsform ausdrücklich	65

zum Gegenstand des Antrages gemacht. Wie die Antragstellerin zutreffend anführt, spricht hierfür die Einfügung eines Kommas nach den angeführten Beispielen. Das Setzen des Kommas spricht dafür, dass der mit „insbesondere“ begonnene Einschub an dieser Stelle beendet sein sollte.

Hierfür spricht auch die weitere Auslegung des Antrages. Denn im Rahmen des Antrages der Antragstellerin an das Landgericht Hamburg vom 14.08.2015 wird im Rahmen der Antragsbegründung Bezug genommen auf den konkreten Werbespot. Da der Antrag auch unter Berücksichtigung der Antragsbegründung auszulegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2013 – I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229 – Kinderhochstühle im Internet II), spricht auch die Begründung des Antrages für die Auffassung der Antragstellerin. Denn im Rahmen des Antrages (Anlage WB2, S. 29) nimmt die Antragstellerin ausdrücklich auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug. 66

b) Selbst wenn angenommen würde, der Antrag wäre aufgrund der Verallgemeinerung rechtshängig gewesen, ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Denn – wie der Senat bereits in der Entscheidung vom 12.01.2016 dargelegt hat – liegt dem Angriff ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde. Denn unstreitig hat die Antragsgegnerin auch den dem hiesigen Antrag zugrundeliegenden Werbespot ausgestrahlt, so dass die Handlung, auf der die Unterlassung beruhen soll, eine andere ist. Daher ist auch der Lebenssachverhalt ein anderer. Hiervon geht der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Biomineralwasser (Urteil vom 13.09.2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314) aus, auch wenn er dort ausdrücklich annimmt, dass ein verallgemeinernder Antrag möglich ist. 67

2. Das Vorgehen der Antragstellerin ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar mag in dem Vorgehen verschiedener Konzernunternehmen gegen den gleichen Antragsgegner aufgrund der gleichen Handlung an verschiedenen Gerichtsstandorten und aufgrund unterschiedlicher Rechte (hier: lauterkeitsrechtliche Ansprüche auf der einen und markenrechtliche Ansprüche auf der anderen Seite) ein Rechtsmissbrauch gesehen werden können. Dies haben das Landgericht Düsseldorf und – so der Vortrag der Antragsgegnerin – auch das Oberlandesgericht Düsseldorf angenommen. Vorliegend ist aber nicht vorgetragen, dass die Antragstellerin und ein anderes Konzernunternehmen wegen des gleichen Werbespots gegen die Antragsgegnerin oder ein Konzernunternehmen der Antragsgegnerin vorgegangen wäre. Vielmehr ist der in der konkreten Form angegriffene Werbespot allein Gegenstand des hiesigen Unterlassungsantrages. 68

3. Das Landgericht hat zutreffend irreführende geschäftliche Handlungen im Sinne von §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bejaht. 69

a) Bei der Veröffentlichung des Werbespots handelt es sich um eine geschäftliche Handlung der Antragsgegnerin, was diese auch nicht angreift. 70

b) Erfolglos wendet sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts, der Werbespot für Telekommunikationsleistungen der Antragsgegnerin in der konkret angegriffenen Form sei nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG irreführend. 71

aa) Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG irreführend, wenn sie zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale der Ware enthält. Dazu gehören auch die Ergebnisse von Warentests. Für die Beurteilung, ob eine geschäftliche Handlung irreführend ist, kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck sie bei den maßgeblichen Verkehrskreisen hervorruft. Sie ist irreführend, wenn das Verständnis, das sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen erweckt, mit den tatsächlichen Verhältnissen 72

nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2015 – I ZR 136/13, GRUR 2015, 906 – TIP der Woche, mwN).

bb) Die Frage, ob eine Angabe irreführend ist, richtet sich nach dem Verständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises (BGH, Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, BGHZ 156, 250 – Marktführerschaft; Urteil vom 07.07.2005 – I ZR 253/02, GRUR 2005, 877 – Werbung mit Testergebnis). Dabei muss sich die Irreführungsgefahr 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. Das ist im Wege einer Prognoseentscheidung anhand der normativ zu bewertenden Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2012 – I ZR 202/10, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport, mwN). 73

Adressaten der streitgegenständlichen Werbung sind (potentielle) Kunden eines Telekommunikationsunternehmens, die einen Telefonanschluss nebst zugehörigem Internetzugang nutzen möchten. Zu diesen Verkehrskreisen gehört auch der zur Entscheidung berufene Senat, so dass der Senat die Verkehrsauffassung selbst beurteilen kann (vgl. BGH, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport). 74

cc) Danach ist – wie das LG im angefochtenen Urteil mit Recht angenommen hat – die Werbung der Antragsgegnerin mit der Behauptung, sie verfüge über das beste Netz, irreführend, weil der angesprochene Verkehr die Werbung dahin versteht, die Zeitschrift „A“ habe sich dahin geäußert, die Antragsgegnerin verfüge über das beste Netz. 75

Die Aussage „das beste Netz“ verstehen die angesprochenen Verkehrskreise dahin, dass die Testergebnisse nicht von einem besonderen Router abhängen, der nicht Bestandteil des „Netzes“ der Antragsgegnerin ist. Soweit die Antragsgegnerin meint, der Router oder dessen Leistungsfähigkeit spielte ohnehin nur für eine Kategorie des Tests eine Rolle, so dass die Antragsgegnerin auch ohne dessen Berücksichtigung Testsieger geworden wäre, ergibt sich dies aus dem Test der Zeitschrift „A“ nicht. Die Zeitschrift „A“ hebt vielmehr ausdrücklich folgendes hervor: 76

„Mehrere Gründe für Platz 2 77

Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz eins gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen. Offenbar kann der von der B standardmäßig gelieferte Router „C bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren D mithalten, die E in seiner eigenen Version einsetzt. Hinzu kommt, dass die Anbindung der zum Test verwendeten ISDN-Telefonschnittstelle an den Testanschlüssen über den neuen externen ISDN-Adapter (ITA – ISDN Terminal Adapter) erfolgte, der im Testzeitraum noch mit Problemen zu kämpfen hatte. Eine neue fehlerbereinigte Firmware-Version konnte die B erst kurz vor Testende liefern.“ 78

Dass das Logo des Testergebnisses eingeblendet ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Nicht deutlich wird, dass die Leistungen nach den Angaben des Tests der Zeitschrift „A“ selbst nicht auf dem Netz als solchem beruhen, über das die Antragsgegnerin ohnehin nur in kleinen Teilen selbst verfügt. Die Formulierung „das beste Netz“ wird der angesprochene Verkehr vor diesem Hintergrund nicht als Synonym für den Testsieg verstehen, auch wenn ein „Festnetztest“ durchgeführt wurde. 79

Etwas anders ergibt sich auch nicht daraus, dass die Verbraucher durch die Werbung der Antragstellerin vorgeprägt sind. Zwar warb und wirbt die Antragstellerin damit, entsprechend 80

dem Testergebnis der Zeitschrift „A“ über das beste Netz zu verfügen. Die Antragstellerin verfügt aber auch tatsächlich über ein eigenes Netz und konnte – mit Ausnahme des diesem Verfahren zugrundeliegenden Tests – regelmäßig den Testsieg erringen, ohne dass die Zeitschrift „A“ in Bezug auf das Testergebnis Einschränkungen aufgrund der genutzten Router oder eines Softwareproblems gemacht hätte.

Ob die Hardware, mit der das Testergebnis erreicht werden konnte, grundsätzlich von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellt wird oder nicht, ist dabei nicht erheblich. Denn durch die Formulierung „das beste Netz“ wird bereits deutlich, dass die Hardware, die gerichtsbekannt in zahlreichen Fällen von den jeweiligen Verbrauchern ohnehin separat und selbstständig eingekauft wird, dass es auf diese Hardwarekomponente gerade nicht ankommt. 81

Vor diesem Hintergrund wäre die Aussage, die Antragsgegnerin verfüge über das beste Netz, nur dann nicht irreführend, wenn die Aussage tatsächlich und unabhängig von dem Testergebnis zutreffend wäre. In diesem Fall wären – wie der Senat auch bereits im Beschluss vom 12.01.2016 in der Sache 6 W 4/16 dargelegt hat – die Grundsätze der Spitzenstellungswerbung anzuwenden. 82

Denn die Grundsätze der Alleinstellungs- oder Spitzenstellungswerbung sind nur dann nicht anwendbar, wenn ein Produkt objektiv zutreffend als Testsieger beworben wird. 83

Allein- oder Spitzenstellungsbehauptungen sind wegen der andernfalls bestehenden Gefahr einer Irreführung nur zulässig, wenn die Werbebehauptung wahr ist, der Werbende einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und der Vorsprung Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet (vgl. Senatsbeschluss vom 12.01.2016, 6 W 4/16, mwN). Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt. 84

III. 85

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 86

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 33.000 €. 87