
Datum: 07.04.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 134/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0407.6U134.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 37/16

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 09.06.2016 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 37/16 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Antragsgegnerin zu 81 % und die Antragstellerin zu 19%.

Gründe :

- I. 1
- Die Antragstellerin hat von der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung von zwei Bewerbungen, einem Flyer und einem Werbespot verlangt, wobei sich die Unterlassungsanträge auf unterschiedliche Wettbewerbsverstöße beziehen. 2
- Die Beteiligten sind dem Senat bekannte Mitbewerber auf dem Gebiet der Telekommunikationsdienstleistungen. Sie bieten Telekommunikations- und Internetdienstleistungen an. 3
- Die Antragsgegnerin bewarb ihre Dienstleistungen – soweit für dieses Verfahren von Bedeutung – mit dem Flyer sowie einem Werbespot. Auf die Anlagen K1 und K3 nebst Storyboard (Anlage K2) wird Bezug genommen. 4
- Den Anträgen zu 1a und 2 liegt eine im „Q-Magazin“ veröffentlichte Kundenumfrage zu Grunde. 5
- 6
- 7

Die Zeitschrift „Q-Magazin“ ließ durch die Firma X GmbH eine Kundenumfrage durchführen, in deren Rahmen die Befragten Stellung zu den Leistungen ihres Telefon- und Internetdienstleisters nehmen sollten. Konkret wurden Fragen nach der Freundlichkeit des Mitarbeiters, der Einschätzung des Images/Ansehens, des Kundenservices, der Bereitschaft zur Weiterempfehlung, der Bewertung des Providers, der Wahrscheinlichkeit bei diesem Provider zu bleiben, der Einschätzung der Datenrate/Geschwindigkeit, der Qualität bei Gesprächen oder der Stabilität und Zuverlässigkeit des Netzes und weitere Fragen gestellt. Insgesamt wurden 18 Fragen gestellt, die die Befragten subjektiv beurteilen sollten. Hinsichtlich des Tests und der Ergebnisse wird auf den als Anlage K12 vorgelegten Testbericht Bezug genommen.

Die Zeitschrift „Q Magazin“ hat der Antragsgegnerin die Auszeichnung „Bester Internet-Provider 2016“ verliehen und ihr auch ein entsprechendes Logo zur Nutzung auch in der Werbung zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich des Logos wird auf den nachstehend dargestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung Bezug genommen. 8

Dies hat die Antragsgegnerin zum Anlass genommen, die aus dem angegriffenen Urteil des Landgerichts Köln ersichtliche Werbung zu schalten. 9

Dem Antrag 1b liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Zeitschrift „d“ 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 Tests 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 „d“ folgendes an: 10

„Mehrere Gründe für Platz 2 11

Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz eins gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen. Offenbar kann der von der U standardmäßig gelieferte Router „Speedport W724V bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren Fritzbox 7490 mithalten, die X&X 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 U erst kurz vor Testende liefern.“ 12

Die Antragsgegnerin bewarb das Testergebnis in verschiedenen TV-Werbespots, die zunächst eine fiktive Preisverleihungsszene, später eine daran anschließende After-Show-Party zum Gegenstand hatten. Auch in dem als Anlage K1 zum Verfügungsantrag warb die Antragsgegnerin mit diesem Testsieg. 13

Dem Antrag Ziffer 1 c liegt zugrunde, dass die Antragsgegnerin im Rahmen eines Hotline-Tests im Jahr 2016 der Zeitschrift „D2“ einen Testsieg im Gesamtergebnis erlangte, was ebenfalls mit dem als Anlage K1 vorgelegten Flyer beworben wurde. 14

Die Antragstellerin ist der Auffassung gewesen, die Bewerbung der Antragsgegnerin mit den Testergebnissen sei inhaltlich falsch, irreführend und unlauter. Das Testergebnis des „Q-Magazin“ und das verliehene Siegel würden durch den Test selbst nicht getragen. Der Test sei methodisch fehlerhaft, nicht vollständig ausgewertet und das Testergebnis beruhe auf rein subjektiven Einschätzungen, wohingegen das Testsiegel den Eindruck eines auf objektivierbaren Fragestellungen beruhenden Tests erwecke. Die Testbewerbung der 15

Antragsgegnerin sei auch inhaltlich aus weiteren Gründen falsch. Die Bewerbung mit „Bester Internetprovider“ sei irreführend. Zudem weise die Antragsgegnerin in dem beanstandeten Werbespot nicht hinreichend auf die Fundstelle für den Test hin.	
Auch die Bewerbung „Testsieger mit dem besten Netz“ in Bezug auf den „d“-Festnetztest sei irreführend und fehlerhaft, wie bereits vom Oberlandesgericht Köln entschieden worden sei.	16
Schließlich sei die Bewerbung in Bezug auf den Hotlinetest der Zeitschrift „D2“ irreführend. Zwar habe die Antragsgegnerin das beste Testergebnis erzielt, aber gerade nicht in der hervorgehoben beworbenen Kategorie Kundenberatung.	17
Die Antragstellerin hat beantragt, 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 – zu untersagen,	18
geschäftlich handelnd	19
1. wie in dem als Anlage K1 beigelegten Flyer	20
a) unter Bezugnahme auf die Umfrage in der Zeitschrift „Q Magazin“ (04/2016) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen:	21
„Die zufriedensten Kunden hat X&X! Das beweist die größte repräsentative Kundenbefragung in Deutschland unter 3000 DSL- und Kabelkunden. Für rund Dreiviertel der Nutzer ist X&X klarer Sieger in Sachen Geschwindigkeit, Service und Freundlichkeit. Damit ist X&X „Bester Internet-Provider““;	22
und/oder	23
b) unter Bezugnahme auf den Festnetztest der Zeitschrift „d“ (Heft 8/2015) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen:	24
„Testsieger mit dem besten Netz“;	25
und/oder	26
c) unter Bezugnahme auf den Hotline-Test der Zeitschrift „D2“ (Ausgabe 12/2015) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen:	27
„Testsieger mit der besten Kundenberatung“.	28
und/oder	29
2.	30
wie in dem streitgegenständlichen Werbespot, der durch die als Anl. K2 beigelegte Bildabfolge gekennzeichnet und der auf der als Anlage K3 zum Urteil beigelegten CD-ROM gespeichert ist	31
a) mit dem nachstehend eingeleiteten Logo zu werben und/oder werben zu lassen:	32
(An dieser Stelle befindet sich eine Grafik. Von der Darstellung an dieser Stelle wird hier abgesehen.)	33

und/oder	34
b) unter Bezugnahme auf die Umfrage der Zeitschrift „Q-Magazin“ (04/2016) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, dass jene Kundenumfrage unter tausenden DSL-Nutzern ergeben habe, dass X&X der beste Internet-Provider sei;	35
und/oder	36
c) mit einem Untersuchungsergebnis zu werben und/oder werben zu lassen, ohne deutlich die Fundstelle der Veröffentlichung der zu Grunde liegenden Untersuchung anzugeben.	37
Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.	38
Die Antragsgegnerin ist der Auffassung gewesen, die Bewerbung des Tests des „Q-Magazin“ sei nicht zu beanstanden, weil die Antragsgegnerin – unstreitig – Testsiegerin geworden sei und – ebenfalls unstreitig – auch das entsprechende Testsiegel verliehen bekommen habe. Das Testsiegel weise durch die Angabe „Kundenbarometer“ darauf hin, dass dem Test subjektive Einschätzungen der Kunden zugrunde liegen würden. Der Test sei methodisch nicht zu beanstanden, jedenfalls nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu beachten.	39
Bezogen auf die Bewerbung des Tests der Zeitschrift „d“ hat die Antragsgegnerin ihre Auffassung aufrecht erhalten, die Werbung sei nicht irreführend, weil sie Testsiegerin sei und daher wie beanstandet werben dürfe. Sie hat die Werbung zudem als zulässige Testhinweiswerbung verteidigt, weil sie in engem räumlichen Zusammenhang mit dem Testsiegel stehe.	40
Die Bewerbung des Tests der Zeitschrift „D2“ sei nicht zu beanstanden, weil der Hotlinetest insgesamt die Kundenberatung abbilde.	41
Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung nach mündlicher Verhandlung im Rahmen des angefochtenen Urteils im Wesentlichen erlassen. Lediglich den Antrag 2 c hat das Landgericht zurückgewiesen.	42
Der Antrag zu 1 sei insgesamt begründet. Unstreitig seien die Beteiligten Mitbewerber.	43
Die Aussage: „...unter Bezugnahme auf die Umfrage in der Zeitschrift „Q Magazin“ (04/2016) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen: „Die zufriedensten Kunden hat X&X! Das beweist die größte repräsentative Kundenbefragung in Deutschland unter 3000 DSL- und Kabelkunden. Für rund Dreiviertel der Nutzer ist X&X klarer Sieger in Sachen Geschwindigkeit, Service und Freundlichkeit. Damit ist X&X „Bester Internet-Provider““, sei bereits unzulässig, weil sie Falschbehauptungen beinhalte und die Angaben irreführend gemäß § 5 UWG seien.	44
Der Antrag 1 b sei begründet, weil sich aus dem Festnetztest der Zeitschrift „d“ (Heft 8/2015) nicht ergebe, dass die Antragsgegnerin über das beste Netz verfüge.	45
Der Antrag 1 c sei begründet, weil sich aus der Zeitschrift „D2“ (Ausgabe 12/2015) nicht ergebe, dass die Antragsgegnerin „Testsieger mit der besten Kundenberatung“ sei.	46
Der Antrag zu 2 sei in den Unterpunkten a und b begründet, im Übrigen unbegründet.	47
	48

Die Werbung mit dem Testsiegel, die dem Antrag zu 2 a zugrundeliege, sei irreführend, weil es sich um eine Kundenbewertung handele, was sich aber so nicht aus dem Siegel ergebe.	
Zu der beanstandeten Aussage zum Antrag zu 2 b: „unter Bezugnahme auf die Umfrage der Zeitschrift „Q-Magazin“ (04/2016) zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, dass jene Kundenumfrage unter tausenden DSL-Nutzern ergeben habe, dass X&X der beste Internet-Provider sei“, könne auf die Ausführungen zu 2 a verwiesen werden.	49
Der Antrag 2 c sei unbegründet, weil die Fundstelle des Tests entgegen der Auffassung der Antragstellerin hinreichend deutlich angegeben werde, indem in dem Spot die – wenn auch kleine, aber gut platzierte – Einblendung: „Q Magazin, Ausgabe 04/2016“ enthalten sei.	50
Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung, nachdem die Antragstellerin den Antrag Ziffer 2 c, den die Antragstellerin zunächst im Rahmen einer Berufung weiterverfolgt hatte, in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Köln zurückgenommen hat.	51
Die Antragsgegnerin hält das Urteil für unzutreffend, soweit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit den Ziffern 1 b sowie 2 a und b stattgegeben worden ist. Soweit die Berufung hinsichtlich der Verurteilung Ziffer 1 a und c eingelegt worden ist, hat die Antragsgegnerin die Berufung nicht weiterverfolgt.	52
Hinsichtlich der Werbung mit dem Test der Zeitschrift „Q Magazin“ (Anträge 2 a und b) sei folgendes zu berücksichtigen:	53
Die Zeitschrift „Q Magazin“ habe unstreitig folgendes festgestellt:	54
„Der Sieger heißt X&X! Der DSL-Anbieter aus N gewinnt das Rennen mit deutlichem Abstand ...“	55
Auch habe das „Q Magazin“ unstreitig das aus dem Antrag ersichtliche Logo verliehen. Unstreitig sei die Befragung seriös gewesen und könne als repräsentativ gelten. Die Untersuchung sei gerade kein Warentest gewesen, sondern eine Ermittlung des von den Kunden als der am besten empfundene Internet-Provider. Die Kundenzufriedenheit sei dabei ein maßgebliches Kriterium.	56
Unstreitig sei auch, dass Geschwindigkeit, Service und Freundlichkeit Gegenstand der Umfrage gewesen seien. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass jede Untersuchung subjektiv geprägt sei. Auch die Darstellung einer technischen Prüfung stelle eine Meinungsäußerung dar. Tatsächlich lieferten die Kunden aufgrund der größeren Datenmenge im Vergleich zu einem Labortest zuverlässigere Ergebnisse. Wer der Beste sei, stelle eine subjektive Bewertung dar, was auch der Bundesgerichtshof annehme. Hier werde hervorgehoben, dass die Ergebnisse auf einer Bewertung durch Kunden beruhten, weil es sich ausdrücklich um ein „Kundenbarometer“ gehandelt habe, zumal die Umfrage auch objektive Werte wie Geschwindigkeit abgefragt habe.	57
Die Werbung mit dem Testergebnis aus der Zeitschrift „d“ (Antrag Ziffer 1 b) sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Insoweit werde auf die Argumentation aus vorangegangenen Verfahren Bezug genommen.	58
Die Antragsgegnerin beantragt,	59
	60

unter – teilweiser – Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 09.06.2016, Az. 81 O 37/16 wird der Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung hinsichtlich Ziffern 1 b sowie 2 a und b zurückgewiesen.	
Die Antragstellerin beantragt,	61
die Berufung der Antragsgegnerin zurückzuweisen.	62
Die Antragstellerin verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.	63
II.	64
Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg.	65
1. Die Berufung ist unbegründet, soweit die Antragsgegnerin meint, ihr könne nicht untersagt werden, unter Bezugnahme auf den Festnetztest der Zeitschrift „d“ (Heft 8/2015) zu behaupten, die Antragsgegnerin sei „Testsieger mit dem besten Netz“ (Antrag 1 b). In dem Verfahren 6 U 115/16 hat der Senat mit Urteil vom 03.02.2017 folgendes zu dieser Frage ausgeführt:	66
„Das Landgericht hat zutreffend irreführende geschäftliche Handlungen im Sinne von §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bejaht.	67
Bei der Veröffentlichung des Werbespots handelt es sich um eine geschäftliche Handlung der Antragsgegnerin, was diese auch nicht angreift.	68
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.	69
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 nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2015 – I ZR 136/13, GRUR 2015, 906 – TIP der Woche, mwN).	70
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).	71
Adressaten der streitgegenständlichen Werbung sind (potentielle) Kunden eines Telekommunikationsunternehmens, die einen Telefonanschluss nebst zugehörigem	72

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).

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 „d“ habe sich dahin geäußert, die Antragsgegnerin verfüge über das beste Netz. 73

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 „d“ nicht. Die Zeitschrift „d“ hebt vielmehr ausdrücklich folgendes hervor: 74

„Mehrere Gründe für Platz 2 75

Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz eins gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen. Offenbar kann der von der U standardmäßig gelieferte Router „Speedport W724V bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren Fritzbox 7490 mithalten, die X&X 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 U erst kurz vor Testende liefern.“ 76

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 „d“ 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. 77

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 dem Testergebnis der Zeitschrift „d“ 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 „d“ in Bezug auf das Testergebnis Einschränkungen aufgrund der genutzten Router oder eines Softwareproblems gemacht hätte. 78

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. 79

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 80

Beschluss vom 12.01.2016 in der Sache 6 W 4/16 dargelegt hat – die Grundsätze der Spitzenstellungswerbung anzuwenden.

Denn die Grundsätze der Alleinstellungs- oder Spitzenstellungswerbung sind nur dann nicht anwendbar, wenn ein Produkt objektiv zutreffend als Testsieger beworben wird. 81

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.“ 82

Diesen Ausführungen ist die Antragsgegnerin nicht entgegen getreten. Der Senat hält hieran weiter fest. 83

2. Die Berufung hat auch keinen Erfolg, soweit das Landgericht der Antragsgegnerin untersagt hat, mit dem Logo des Q Magazins als „Bester Internet-Provider“ oder der Aussage, eine Umfrage unter tausenden DSL-Nutzern habe ergeben, dass X&X der beste Internet-Provider sei, zu werben, wie dies in einem Werbespot (Anlagen K2, K3) geschehen ist (Antrag 2 a und b). 84

Das Landgericht hat zutreffend irreführende geschäftliche Handlungen im Sinne von §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bejaht, soweit mit dem aus dem Antrag ersichtlichen Logo und der genannten Aussage durch die Antragsgegnerin geworben wurde. 85

a) Bei der Veröffentlichung des Werbespots handelt es sich um eine geschäftliche Handlung der Antragsgegnerin, was diese auch nicht angreift. 86

b) Erfolglos wendet sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts, die Werbung für Telekommunikationsleistungen der Antragsgegnerin in der konkret angegriffenen Form sei nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG irreführend. 87

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. Ein Merkmal einer Ware ist auch das Ergebnis eines 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 nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2015 – I ZR 136/13, GRUR 2015, 906 – TIP der Woche, mwN). 88

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). 89

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

cc) Danach ist – wie das LG im angefochtenen Urteil mit Recht und mit zutreffender Begründung angenommen hat – die Werbung der Antragsgegnerin mit der Behauptung, sie sei der „Beste Internet-Provider“ wie in dem Logo angegeben sowie die weitere Aussage in der konkret angegriffenen Form irreführend, weil der angesprochene Verkehr die Werbung dahin versteht, die Zeitschrift „Q Magazin“ sei im Rahmen eines objektivierbaren Tests zu diesem Ergebnis gelangt. 91

Allerdings ergibt sich die Irreführung nicht bereits daraus, dass die Antragsgegnerin mit einer Auszeichnung werben würde, die ihr die Zeitschrift „Q Magazin“ tatsächlich nicht verlieh. Denn unstreitig hat die Zeitschrift ihr die Bezeichnung verliehen und ihr auch das Logo, welches die Antragsgegnerin in der Werbung verwandte, zur Verfügung gestellt. 92

Wie das Landgericht aber mit Recht aufgeführt hat, gehen die angesprochenen Verkehrskreise aufgrund der Formulierung „Bester Internet-Provider“ davon aus, dass dieser Aussage ein objektivierbarer Test zugrundeliegt und nicht lediglich eine Umfrage, die sich letztlich nur mit der Kundenzufriedenheit auseinandersetzt, aber eine Vergleichbarkeit nicht herstellt. So werden die bei den Kunden des jeweiligen Internetproviders abgefragten Punkte lediglich auf der Basis der subjektiven Einschätzung des einzelnen Kunden vorgenommen, eine Vergleichbarkeit der Ergebnisse wird aber nicht erreicht und war in der Umfrage auch nicht vorgesehen. 93

Wenn die Berufung selbst ausführt, es habe sich eben nicht um einen Warentest gehandelt, sondern um die Ermittlung des besten Internet-Providers aus Kundensicht, unterstützt diese Erwägung das Ergebnis. Denn tatsächlich wurde nicht – wie die Aussage „bester Internet-Provider“ suggeriert – der schnellste oder freundlichste Internet-Provider im Rahmen eines Vergleichs, sondern allein die Zufriedenheit der jeweiligen Kunden ermittelt. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist die Kundenzufriedenheit auch nicht das maßgebliche Kriterium, um „den besten Internet-Provider“ zu bestimmen. 94

Nicht erheblich ist dabei, dass im Grundsatz alle Warentests, auch wenn diese durch eine technische Prüfung oder Untersuchung durchgeführt werden, subjektive Meinungsäußerungen darstellen. Denn im Rahmen dieser Untersuchungen werden Vergleiche vorgenommen, die auf Kriterien beruhen, denen wiederum eine objektive Prüfung zugrundeliegt. So liegt der Fall hier aber nicht. Denn die Kunden bewerten, ohne konkrete Fakten festzustellen, auch die Punkte wie Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit, ohne dass erkennbar wäre, wann ein Kunde mit der Geschwindigkeit zufrieden ist und wann nicht. Das Gleiche gilt für die Zuverlässigkeit. 95

Etwas anderes gilt dann, wenn eine solche Prüfung – wie beispielsweise bei einem Geschmackstest – nicht möglich ist. 96

So hat der Bundesgerichtshof in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung vom 15.01.1965 (I b ZR 46/63, BB 1965, 560 - Fertigbrei) angenommen, dass die Äußerung „Mutti gibt mir immer nur das Beste“, nicht irreführend sei, weil der Verkehr mit dieser Formulierung auf die Inhaltsstoffe des Fertigbreis abziele und die Bekömmlichkeit der Kindernahrung auch von der Konstitution des Kleinkindes abhinge. Das Verkehrsverständnis war daher 97

maßgeblich vom Produkt geprägt. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies aber, dass gerade objektivierbare Kriterien vorliegen, die zu einer Vergleichbarkeit der einzelnen Internet-Provider führen könnten, die aber nicht zur Anwendung kamen.

In dem Urteil vom 03.05.2001 (I ZR 318/98, GRUR 2002, 182 – Das Beste jeden Morgen) ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Formulierung „Das Beste jeden Morgen“ eine reklamehafte Anpreisung darstellt. Der Fall ist schon aus diesem Grund nicht vergleichbar, weil vorliegend bewusst ein Testergebnis dargestellt wird, dass der angesprochene Verkehr nicht als reklamehafte Anpreisung verstehen wird. 98

Soweit sich aus der Auszeichnung ausdrücklich ergibt, dass es sich um ein „Kundenbarometer“ handelt, führt dies entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn angesichts der eindeutigen Darstellung als „Bester Internet-Provider“ wird der Irrtum der angesprochenen Verkehrskreise hierdurch nicht ausgeschlossen. 99

3. Die Kostenentscheidung folgt auf §§ 91, 97, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig. 100

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt: 101

bis zum 17.03.2017: 175.000 € (Berufung der Antragstellerin: 33.333 €, Berufung der Antragsgegnerin: 141.667 €) 102

danach: 91.667 € 103