
Datum: 03.11.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 41/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:1103.6U41.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 33/16

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten zu 2 wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 16.02.2017, 81 O 33/16, hinsichtlich Ziffer 2 a ee des Tenors („es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft – zu vollstrecken an ihren Vorständen – zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen mit der Aussage „Bei A gibt es das beste Netz“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht wie aus den aus Anlage K37 ersichtlichen Screenshots“) aufgehoben und der Klageantrag insoweit zurückgewiesen.

Die Berufung der Klägerin sowie die Berufung der Beklagten im Übrigen werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 15% und die Beklagten zu 85% als Gesamtschuldner. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 8/9 und die Beklagten zu 1/9 als Gesamtschuldner.

Das Urteil und das Urteil des Landgerichts Köln, soweit die Berufungen zurückgewiesen worden sind, sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000 € hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs und im Übrigen sowie die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Seite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110%

des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird für die Klägerin und für die Beklagten zugelassen, soweit das Urteil des Landgerichts Köln bestätigt worden ist. Soweit das Urteil des Landgerichts Köln abgeändert worden ist, wird die Revision nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung unlauterer Werbung in Anspruch.

Die Parteien sind senatsbekannte Wettbewerber auf dem Gebiet der Telekommunikationsdienstleistungen im Bereich der Festnetztelefonie sowie bei dem Angebot von Internetanschlüssen. Die Klägerin unterhält ein eigenes Festnetz.

Die Beklagte zu 1 bietet Endkunden ebenfalls über Festnetz realisierte Telekommunikations- und Internetdienstleistungen an. Diese werden insbesondere auf der Internetseite www.A.de beworben. Nach dem Impressum ist für den Internetauftritt neben der Beklagten zu 1 auch die Beklagte zu 2 verantwortlich.

Die Beklagte zu 2 betreibt einen B-Kanal, auf dem auch Spots von A eingestellt werden. Die Beklagte zu 1 verfügt nicht über ein flächendeckendes eigenes Festnetz, wohl aber über ein Glasfasernetz in einzelnen Bereichen. Sie kauft entsprechende Netzkapazitäten bei anderen Anbietern, insbesondere auch der Klägerin, aber auch bei weiteren Anbietern, ein und vermarktet diese unter eigenem Namen.

Die Zeitschrift C führt jährlich einen Breitband- und Festnetztest durch, so auch im Jahr 2015. Auf den als Anlagen K 8a und K 9 eingereichten Test wird Bezug genommen. Der Anbieter „A“ wurde in dem Festnetztest der Zeitschrift C (Heft 08/2015) zum Testsieger gekürt. Dabei wurde folgendes C-Testsieger-Siegel verliehen:



Der Test sieht die ausdrückliche Verleihung eines Prädikats: „Das beste Netz“ nicht vor.

Getestet wurden unter anderem die Anbieter „D“ und „A“. Dabei wurden Punkte in den folgenden Kategorien vergeben: Sprachtelefonie (maximal 200 Punkte), Uploads und Downloads (maximal 100 Punkte), Webseiten und Gaming (maximal 100 Punkte) sowie Web TV (maximal 100 Punkte). Der Anbieter „A“ erhielt in der Kategorie Sprachtelefonie 173 Punkte, in der Kategorie Uploads und Downloads 91 Punkte, in der Kategorie Webseiten und Gaming 91 Punkte und in der Kategorie Web TV 94 Punkte und damit jeweils die höchste Punktzahl unter den getesteten Anbietern. In der Unterkategorie Download erreichte die „D“ die Maximalpunktzahl von 25 Punkten, während „A“ 24 Punkte erreichte. In der weiteren Unterkategorie Ping-Zeiten zu Gaming Servern liegt die Klägerin mit dem Anbieter „A“ gleichauf. Als Gesamturteil – aber nicht ausgewiesen für jede einzelne Kategorie – erzielte

der Anbieter „A“ mit 449 Punkten die Note „sehr gut“ und den Testsieg, „D“ war mit 417 Punkten und der Note „gut“ Testzweite.

Die Beklagte bewarb den Testsieg im TV, im Internet, in Printmedien und in Prospekten sinngemäß damit, bei A gebe es „das beste Netz“. 11

A bietet als Modem neben dem sog. „A Homeserver“ als kostengünstigere Basisvarianten auch ein „A Kabelmodem“ sowie ein „A WLAN-Modem“ an. Nur der „A Homeserver“, nicht aber die letztgenannten Geräte, wurden bei dem Test verwandt. Soweit in den Werbungen auf ein DSL-Angebot zum Preis von 9,99 €/Monat abgestellt wird, ist der „A Homeserver“ nicht enthalten. Dieser muss für einen monatlichen Aufpreis von 5 € hinzugebucht werden. 12

In dem C-Festnetztest erwies sich der von der Klägerin standardmäßig gelieferte Router E als leistungsschwächer im Vergleich zu dem „A Homeserver“. Zu der ISDN-Telefonschnittstelle der Klägerin ist im Test ausgeführt: 13

„Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz 1 gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen: (...). Hinzukommt, dass die Anbindung der zum Test verwendeten ISDN-Telefonschnittstelle an den Testanschlüssen über den neuen externen ISDN Adapter (ITA-ISDN-Tunnel Adapter) erfolgte, der im Testzeitraum noch mit Problemen zu kämpfen hatte. Eine neue, fehlerbereinigte FirmwareVersion konnte die D erst kurz vor Testende liefern.“ 14

Die Beklagten bewarben in Werbespots ihre Dienstleistungen im Rahmen einer fiktiven Preisverleihung. Die Spots waren dabei im TV zu sehen und im B-Kanal der Beklagten zu 2 im Internet eingestellt. Inhalt eines Spots war die Darstellung einer fiktiven Preisverleihung, bei der ein als D-Repräsentant erkennbarer Herr sich auf den Weg zum Podium vorbereitete, um den Preis für das beste Netz entgegen zu nehmen. Tatsächlich erhielt den Preis ein Repräsentant der Beklagten. Hinsichtlich der einzelnen Spots und der Unterschiede wird auf die einreichen und im Antrag in Bezug genommen Anlagen sowie die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. 15

Ferner nahmen die Beklagten den Testsieg zum Anlass, auch in Zeitungen wie der F Zeitung und Magazinen, wie etwa dem G, mit zweiseitigen Anzeigen zu werben. Auf Anlage K 29 wird Bezug genommen. Die ursprüngliche Werbung stellt durch die Farbe Magenta einen Bezug zu der Klägerin her; ferner war der obere Bereich der Seite mit magentafarbenen Dreiecken genauso gestaltet, wie die zuvor verbreitete Werbungen der Klägerin. Es wurde mit der Aussage „Zuhause im besten Netz“ geworben, die Bezug nahm auf das Produkt der Klägerin „Magenta Zuhause“. Die Worte „Zuhause im besten Netz“ waren unten „abgeschnitten“. Hiermit sollte dargestellt werden, dass es sich um eine Internetseite handelte, die nicht, nicht vollständig oder nicht zügig geladen werden konnte. Deshalb war der untere Bereich der Seite auch weiß. Es fand sich lediglich die Frage „Seite lädt nicht?“ sowie der Ratschlag: „Bitte umblättern“. Die zweite Seite bezog sich dann auf A. Blickfangmäßig hieß es dort: 16

„A hat das BESTE NETZ“ 17

Darunter befand sich unter anderem folgender Text: 18

„In Deutschlands härtestem Festnetztest mit rund 1,7 Millionen Messungen von Sprachqualität, Datenraten und vielem mehr überzeugt 19

A mit Bestnoten in allen Kategorien.“ 20

und 21

„A ist der führende alternative DSL-Anbieter und betreibt nach der Kn D das größte K Glasfasernetz.“	22
Diese Werbeanzeige wurde vom Landgericht Frankfurt am Main durch einstweilige Verfügung vom 10.08.2015 - 3-08 O 155/15 - untersagt, wobei das Verbot auf die konkrete Verletzungsform bezogen war.	23
Daraufhin gestalteten die Beklagten die Werbeanzeige um (Anlage K 30). Sie ersetzten die erste Seite durch ein konkretes Angebot zum Preis von 9,99 €/Monat. Auf der zweiten Seite strichen sie in der Aussage: „In Deutschlands härtestem Festnetztest mit rund 1,7 Millionen Messungen von Sprachqualität, Datenraten und viel mehr überzeugt A mit Bestnoten in allen Kategorien“ die Worte „in allen Kategorien“. Anstelle der Aussage „A hat das beste Netz“ warben die Beklagten nun mit der Aussage:	24
„Bei A gibt es das beste Netz“.	25
Eine weitere Werbeanzeige (Anlage K 54) enthielt die Aussage „Bei A gibt’s das beste Netz“. Daneben wurde ein konkretes Angebot („A DSL Internet und Telefon 9,99 €/Monat“) abgebildet. Darunter abgebildet wurde sodann der A Homeserver. Daneben befand sich das C-Testsieger-Logo.	26
Zwischenzeitlich strahlten die Beklagten auch einen kurzen TV-Spot aus. Dabei sieht man den Preisträger am Rednerpult. Auf dem Rednerpult befindet sich die Trophäe. Auf den Preisträger ist dabei ein Spot gerichtet. Dieser lässt den Preisträger in einem helleren Licht erscheinen. Auch erscheint das Wort „C“ in dem hellen Licht, wobei darunter der Schatten beginnt, weshalb man insbesondere die Inschrift „Festnetztest Heft 8/15“ nicht erkennen kann. Auf der Leinwand ist die Aussage „Das beste Netz“ sowie das Logo der Beklagten zu lesen. Dazu werden die Worte gesprochen:	27
„Bei A gibts nicht nur das beste Netz, sondern auch supergünstiges DSL zum endlosen Surfen und Telefonieren. Heute bestellt. Morgen da. A.de.“	28
Von diesem TV-Spot gab es zwei Varianten (Anlagen K 31-34). Hinsichtlich der Unterschiede wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	29
Diese Spots untersagte das OLG Hamburg mit Beschlussverfügung vom 14.12.2015 - 5 W 87/15.	30
Außerdem schalteten die Beklagten im Internet eine sogenannte „Bannerwerbung“ mit folgender Aussage:	31
„Bei A gibts das (...) beste Netz!“	32
Dabei wurde das Testsieger-Logo der Zeitschrift C eingebunden (Anlage K 37). Auch diese Werbung untersagte das OLG Hamburg mit Beschlussverfügung vom 14.12.2015 - 5 W 87/15.	33
Klickte eine interessierte Person bei der Internetwerbung der Beklagten in dem Werbebanner auf den gelben Button mit der Inschrift „Jetzt informieren“, so gelangte er auf eine nachgeschaltete Internetseite der Beklagten. Diese war überschrieben mit den Worten: „A DSL – Wechseln Sie ins beste Netz!“ Daneben war wiederum das Testsieger-Logo der Zeitschrift C abgebildet (Anlage K 39). Auch diese Werbung untersagte das OLG Hamburg mit der Beschlussverfügung vom 14.12.2015 - 5 W 87/15.	34

Auf der Eingangsseite der Internetseite der Beklagten unter www.A.de stand ebenfalls: „Bei A gibts das beste Netz“. Daneben war wiederum das Testsieger-Logo der Zeitschrift C abgebildet (Anlage K 40). Auch diese Werbung untersagte das OLG Hamburg mit der Beschlussverfügung vom 14.12.2015 - 5 W 87/15.	35
Die Beklagte zu 1 brachte einen Flyer (Anlage K 55) in Umlauf, auf dessen äußerer Umschlagsseite mit der Angabe „Bei A gibt's das beste Netz“ geworben wurde. Darunter wurde ein konkretes Angebot („A DSL Internet und Telefon 9,99 €/Monat“) dargestellt und darunter wurde sodann der A Homeserver abgebildet. Daneben befand sich das C-Testsieger-Logo.	36
Die Beklagte zu 1 brachte noch einen weiteren Flyer (Anlage K 56) in Umlauf, auf dessen äußerer Umschlagsseite sich die Überschrift „Bei A gibt's das beste Netz“ befand. Darunter wurde wiederum ein konkretes Angebot („A DSL Internet und Telefon 9,99 €/Monat“) abgebildet und darunter war der A Homeserver zu sehen. Daneben wurde das C-Testsieger-Logo eingelichtet.	37
Die Klägerin erwirkte vor dem Landgericht Köln zu der Angabe „Bei A gibt's das beste Netz“ zu dem Aktenzeichen 81 O 15/16 eine einstweilige Verfügung.	38
Die Klägerin mahnte die Beklagten sowie die A Telecommunication SE mit Schreiben vom 11.8.2015 (Anlage K 53) ab zu den Verstößen gemäß 1 a ee bis hh und 2 a ee bis gg ab und forderte sie auf, Abmahnkosten in Höhe von 2.305,40 € zu zahlen. 2/3 dieser Kosten – der auf die Beklagten entfallende Anteil – in Höhe von 1.536,93 € fordert die Klägerin als Schadensersatz von den Beklagten.	39
Die Klägerin mahnte ferner die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 19.2.2016 (Anlage K 57) ab und forderte sie auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung wegen der Angabe: „Bei A gibt's das beste Netz“ und der auf Seite 11 der Klageerweiterung dargestellten Doppelseite abzugeben. Weiterhin forderte sie die Beklagte zu 1 dazu auf, die Abmahnkosten in Höhe von 1.531,90 € bis zum 02.03.2016 zu bezahlen.	40
Die Klägerin mahnte die Beklagte zu 1 nochmals am 15.03.2016 wegen des Flyers gemäß Anlage K 56 und eines Plakataufstellers gemäß Anlage K 60 ab und forderte sie auf, strafbewehrte Unterlassungserklärungen abzugeben und Abmahnkosten in Höhe von 1.973,90 € bis zum 16.04.2016 zu begleichen. Dem kam die Beklagte zu 1 nicht nach.	41
Die Klägerin ist der Auffassung gewesen, die Angabe „das beste Netz“ stelle eine unzutreffende Alleinstellungswerbung dar, die unlauter sei. Der Test habe keine Alleinstellung des Anbieters „A“ aufgezeigt. Es liege in der Werbung „das beste Netz“ eine unzulässige Testhinweiswerbung, weil das Prädikat „das beste Netz“ in dem Test nicht verliehen worden sei.	42
Es sei bereits zu berücksichtigen, dass A nicht über ein eigenes Netz verfüge. A täusche darüber hinweg, dass Vorleistungen gerade von der Klägerin zugekauft werden. Auch sei das Testergebnis maßgeblich durch den Router beeinflusst worden. Die Klägerin ist der Auffassung gewesen, die Leistungsstärke des Routers besage nichts über das (Fest-) Netz als solches. Insbesondere berechtige ein leistungsstärkerer Router nicht zur Behauptung, die Beklagten hätten ein besseres oder gar das beste Festnetz. Es sei außerdem noch nicht einmal sicher, dass der Kunde bei einer Bestellung beim Anbieter „A“ die getesteten Leistungen erhalte, weil sich dieser auch für andere Hardware entscheiden könne. Der A-Homeserver entspreche der „H“ des Ier Herstellers J und könne auch von solchen Kunden	43

eingesetzt werden, die ihre Internetdienstleistungen bei der Klägerin bezögen. Der Testsieg des Anbieters „A“ basiere daher auf Umständen, die außerhalb des Netzes lägen. So seien die Messungen nicht am Ende des „Netzes“ vorgenommen worden, sondern am Router.

Die Darstellung des D-Repräsentanten stelle eine Herabsetzung dar. Die Klägerin werde mit Schadenfreude, Häme und Spott bedacht. Dies gelte für das unangebrachte Verhalten anlässlich einer festlichen Preisverleihung, so das Aufsetzen einer magentafarbenen Kappe und das übertriebene Victory-Zeichen mit beiden Händen. 44

Auch weitere Teile der Werbung seien wettbewerbswidrig, was für das Berufungsverfahren nicht mehr von Bedeutung ist. 45

Der Klägerin stünden daher die geltend gemachten Unterlassungs-, Auskunft- und Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten zu. 46

Die geschäftsplanmäßige Zuständigkeit der erstinstanzlichen Kammer des Landgerichts sei begründet. Die Klägerin handele auch nicht rechtsmissbräuchlich, indem ein gesondertes Verfahren ihrer Muttergesellschaft K D AG (DTAG) betreffend markenrechtliche Ansprüche nicht zum Anlass genommen worden sei, auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche der Klägerin geltend zu machen. 47

Die Klägerin hat die Klage mit Schriftsatz vom 14.4.2016 um die Anträge zu 1 a) ii), jj), 1 b) ii), jj), 3 i) und j) sowie auf Zahlung weiterer Abmahnkosten erweitert. Die bis dahin mit der Sache befasste 4. Kammer für Handelssachen hat das Verfahren im Hinblick auf die Klageerweiterung wegen Sachzusammenhangs mit den Verfahren LG Köln 81 O 15/16 und 81 O 27/16 an die 1. Kammer für Handelssachen abgegeben. 48

Hinsichtlich des Klageantrages wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. 49

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. 50

Die Beklagten haben sich gegen die Abgabe der Sache von der 4. Kammer für Handelssachen an die 1. Kammer für Handelssachen unter dem Gesichtspunkt der geschäftsplanmäßigen Zuständigkeit und der Wahrung des gesetzlichen Richters gewandt. Jedenfalls handele die Klägerin rechtsmissbräuchlich. 51

Auch in der Sache sei die Klage nicht begründet. Im Kern besage der Testsieg bei dem Test der Zeitschrift „C“, dass A „das beste Netz“ habe. Der C-Festnetztest sei auch auf eine Gesamtbeurteilung des Netzes bezogen, so dass die Werbeaussage in der Sache zutreffe. Ziel sei nämlich die Ermittlung des besten Netzes. Dementsprechend habe A den Test nicht nur wegen einzelner Elemente, sondern wegen der Gesamtbeurteilung gewonnen. Der A-Homeserver sei auch nicht mit der H baugleich. 52

Es liege keine unzulässige Testhinweiswerbung vor, weil „das beste Netz“ im Kern das Testergebnis sei. Die Anforderungen an eine Testsiegerwerbung seien erfüllt. 53

Es sei den Beklagten nicht bekannt, dass das von der K DAG betriebene Festnetz auf die Klägerin übergegangen sei. Die Beklagte zu 1 sei führender alternativer DSLAnbieter. Die Beklagte zu 2 sei Rechtsnachfolgerin der früheren Muttergesellschaft der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 2 sei im Konzern mittlerweile anders positioniert, ihre Inanspruchnahme beruhe daher auf einem Missverständnis. Die Domain A.de betreffe nur die Anlagen K 39 und K 40. 54

Entgegen der Annahme der Klägerin betreibe die Beklagte das nach der Kn D größte Glasfasernetz.

Die von der Klägerin beanstandete vergleichende Werbung sei zulässig. Es handele sich nicht um herabsetzende Werbung. Vielmehr gehe es um einen zulässigen humorvollen und ironischen Werbevergleich.

Auch die weiteren Angriffe gegen die Werbung der Beklagten seien unbegründet.

Das Landgericht hat die Beklagten mit dem angefochtenen Urteil, auf das auch hinsichtlich des Tenors gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, in Teilen antragsgemäß verurteilt und die Klage teilweise abgewiesen. Insbesondere hat das Landgericht die Beklagten verurteilt, es zu unterlassen, mit – konkret zum Gegenstand des Antrages gemachten – Aussagen zu werben, aus denen hervorgeht, dass die Beklagten das beste Netz hätten. Soweit die Klägerin geltend gemacht hat, die Beklagten hätten es zu unterlassen, mit der Darstellung eines D-Repräsentanten zu werben, wenn dies geschieht, wie in den einzelnen zum Gegenstand der Werbung gemachten Werbespots, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung, insbesondere den Tenor und die Antragstellung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Die Klage sei zulässig. Insbesondere seien die örtliche Zuständigkeit und die geschäftsplanmäßige Zuständigkeit der entscheidenden Kammer gegeben. Die örtliche Zuständigkeit ergebe sich aus der Zuständigkeit als Gericht des Begehungsortes gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG.

Die geschäftsplanmäßige Zuständigkeit sei anzunehmen, weil die ursprüngliche Zuständigkeit der 4. Kammer für Handelssachen zugunsten der Abgabe nach Klageerweiterung aufgehoben worden sei. Es habe ein Sachzusammenhang der Klageerweiterung mit zwei einstweiligen Verfügungsverfahren der 1. Kammer für Handelssachen, nämlich den Verfahren 81 O 15/16 und 81 O 27/16 bestanden. Diese führe entsprechend dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Köln zu einer Zuständigkeit der 1. Kammer für Handelssachen auch für das vorliegende Verfahren.

Die Abgabeentscheidung sei auch nicht beschwerdefähig. Eine Vorabentscheidung gemäß § 303 ZPO sei zwar statthaft, aber nicht zwingend erforderlich.

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs der Beklagten greife nicht durch.

Die Klage sei weitgehend begründet. Die Klägerin sei als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert.

Die Passivlegitimation der Beklagten zu 2 sei anzunehmen, weil sich dem Impressum ihrer Internetseite eine nur eingeschränkte Verantwortlichkeit der Beklagten zu 2 für den Internetauftritt nicht entnehmen lasse, was die Kammer weiter ausführt.

Die Anträge zu 1a aa, 2a aa mit den Aussagen „Das beste Netz“ und/oder „Und nun zum besten Netz...“ und/oder „Das beste Netz gibt's bei A“ seien wie auch weitere Anträge in Bezug auf vergleichbare Aussagen in der angegriffenen konkreten Verletzungsform begründet.

Der Klägerin stehe hinsichtlich der Aussage „das beste Netz“ bezogen auf die Leistung der Beklagten ein Anspruch aus §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 1 UWG zu. Das OLG Köln

habe in Bezug auf eine Entscheidung des OLG Hamburg ausgeführt, in der Aussage „das beste Netz“ liege zwar keine unzulässige Alleinstellungsbehauptung, soweit diese erkennbar auf den Sieg in dem „C“-Test bezogen werde. Allerdings sei diese Werbung irreführend, weil die Zeitschrift „C“ der Antragsgegnerin nicht das Prädikat „bestes Netz“ verliehen habe und sich das Testergebnis auch nicht zulässigerweise mit diesen Worten zusammenfassen lasse. Gegenstand des Tests sei nicht die Leistungsfähigkeit der Netze der Bewerber als solcher, sondern der Vergleich bestimmter Angebote, zu denen – unter anderem – auch jeweils unterschiedliche Hardwarekomponenten gehören würden, von denen auch nach den Erläuterungen zum Testergebnis der Erfolg der Antragsgegnerin teilweise abhängig gewesen sei.

An dieser Beurteilung habe das Oberlandesgericht Köln in dem Berufungsurteil vom 3.2.2017 – 6 U 115/16 - in dem Verfahren sowie in dem Urteil vom 3.2.2017 – 6 U 141/16 – betreffend die Sache 81 O 15/16 festgehalten. Dieser Auffassung schließe sich die Kammer auch unter Berücksichtigung der Argumente der Beklagten, die allerdings schon in dem Verfahren vor der oben wiedergegeben Entscheidung des OLG Köln vorgetragen waren, an. Die Beklagten beriefen sich neben der werblichen Vorprägung durch die Klägerin zu den Bewerbungen der Vorjahrestestsiege insbesondere auf ein umgangssprachliches Verständnis, der Testsieg in dem Festnetztest sei mit der Aussage „das beste Netz“ gleichzusetzen. Dieses Verständnis steht zwar im Einklang mit den Entscheidungen des Landgerichts Frankfurt a.M. (Beschluss vom 26.8.2015 – 306 O 70/15) und des OLG Frankfurt a.M. (Beschluss vom 3.9.2015 – 6 W 81/15), des Landgerichts Hamburg (Beschluss vom 31.8.2015 – 416 KHO 114/15 – abgeändert durch OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2015 – 5 W 87/15) und des Landgerichts Köln (Beschluss vom 27.11.2015 – 84 O 224/15 – abgeändert durch die o.a. Entscheidung des OLG Köln). Mit dieser Argumentation habe sich das Oberlandesgericht Köln in der zitierten Entscheidung im Einzelnen auseinandergesetzt. Damit seien die hier maßgeblichen Werbungen unlauter und die Klägerin könne deren Untersagung verlangen.

Die Beklagte zu 2 hafte im Umfang der Verurteilung für die Ausstrahlung der in den Anlagen bezeichneten Werbespots, weil diese entweder über die Internetseite A.de oder über den B-Kanal der Beklagten zu 2 abrufbar gewesen seien.

Der Antrag zu 1 a bb, 2 a bb – Darstellung des D Repräsentanten – sei unbegründet.

In der Version gemäß Anlage K 10 bilde der D-Repräsentant in Erwartung der Verkündung des Testsiegs das Victory-Zeichen. In der Version gemäß Anlage K 12 werde zum Schluss der gesprochene Text: „Jetzt ist es offiziell: Das beste Netz gibt’s bei A!“ zusätzlich eingeblendet. Die Version gemäß Anlage K 14 entspreche der Version gemäß Anlage K 10, wobei am Ende zusätzlich eine Glückwunschszenen angefügt ist, in der der A-Repräsentant dem D-Repräsentanten zum zweiten Platz gratuliere. Dem entspreche die Version gemäß Anlage K 16. Die Versionen gemäß Anlagen K 20, K 22 und K 23 entsprechend der Version gemäß Anlage K 10 mit der Maßgabe, dass zum Schluss eingeblendet ist: „Testsieger beim härtesten Festnetz-Test-C Heft 08/15.“

In der Version gemäß Anlage K 22a sei zusätzlich die Glückwunschszenen angefügt. Die Versionen gemäß Anlagen K 25 und K 27 entsprächen der Version gemäß Anlage K 20 mit dem Unterschied, dass die Szenen mit dem Victory-Zeichen fehle.

Die Darstellung des D-Repräsentanten – und damit der Klägerin – in diesem ersten A-Spot der von der Beklagten gedrehten Serie von drei Spots werde von der Klägerin als unangemessen und überheblich bezeichnet, während die Beklagten das Verhalten des D-Repräsentanten noch für sozial angemessen hielten.

Das OLG Frankfurt (Beschluss vom 3.9.2015 – 6 W 81/15) habe zu der Darstellung des D-Repräsentanten bezogen auf die Anlagen K 25, K 26 ausgeführt, dass der Vergleich nur abwertend sei, wenn zu dem im Grundsatz zulässigen Werbevergleich besondere Umstände hinzuträten, die ihn unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen ließen.	73
Bezogen auf den dritten – hier nicht streitgegenständlichen – Werbespot habe das OLG Köln in der Beschwerdeentscheidung 6 W 4/16 (dort S. 27 f.) ausgeführt, dass eine unsachliche Herabsetzung der Antragstellerin (§ 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG) mit dem Spot nicht verbunden sei, weil eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte zulässig sei.	74
Nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG dürften bei vergleichender Werbung der Mitbewerber und seine Dienstleistung nicht herabgesetzt oder verunglimpft werden. Auch wenn die Spots, die bezogen auf die Darstellung des D-Repräsentanten im Kern nur darin abwichen, dass in einzelnen Versionen die Szene mit dem Victory-Zeichen fehle und in einigen Spots die Glückwunschszenen angefügt sei, insgesamt humorvoll seien, machten sich die Beklagten auf Kosten der Klägerin in der Person ihres Repräsentanten lustig. Der D-Repräsentant verhalte sich – Aufsetzen einer Kappe, Victory-Zeichen, vorzeitiges Erheben, um zur Übergabe des Preises zu gehen, übertriebene Mimik - für den Anlass unangemessen.	75
Letztlich werde der D-Repräsentant zwar übertrieben und karikierend dargestellt, dies aber auf eine humorvolle Art und Weise, die im Kern auf die Erwartungshaltung und damit auf die bisherige Überlegenheit und die daraus folgende vermeintliche Überheblichkeit der Klägerin abstellt, wieder den Testsieg zu erringen und andererseits die überraschte Reaktion auf den Testsieg von A wiedergebe. Dass hierbei der D-Repräsentant in seinem Verhalten überzeichnet und karikierend dargestellt wird, führe noch nicht zu der Annahme, die Klägerin werde dem Spott und der Lächerlichkeit preisgegeben. Zwar repräsentiere der D-Repräsentant die Klägerin, auch werde dieser überheblich dargestellt. Dies beruhe jedoch auf der Tatsache, dass die Klägerin über mehrere Jahre Testsiegerin war und dies intensiv beworben habe. Damit beziehe sich die Handlung bezogen auf die Klägerin auf deren hohe Erwartungshaltung, die dank des Testsiegs von A deutlich enttäuscht worden sei. Darin liege noch kein nicht mehr hinnehmbarer, unsachlicher Werbevergleich.	76
Diese Beurteilung gelte auch für die Versionen unter Einschluss der Szene mit dem Victory-Zeichen. Diese Szene steigere zwar nochmals den Eindruck unangemessenen Verhaltens. Sie sei aber erkennbar karikierend und halte sich in dem Bedeutungskontext, nämlich der Erwartungshaltung, den Testsieg verliehen zu erhalten. Auch die in einigen Spots angefügte Glückwunschszenen halte sich in diesem Kontext und solle den Testsieg nochmals vor der Betonung des nur zweiten Platzes für die Klägerin hervorheben.	77
Auch in weiteren Punkten sei die Klage begründet. Soweit ein Verstoß vorliege, sei die Wiederholungsgefahr anzunehmen.	78
Gegen diese Entscheidung wenden sich die Klägerin und die Beklagten jeweils teilweise mit ihren Berufungen.	79
Die Klägerin macht geltend, das Landgericht habe den Unterlassungsanspruch zu Unrecht abgewiesen, soweit dieser im Zusammenhang mit der Darstellung des Repräsentanten der D stehe. Die Klägerin beschränkt ihre Berufung allein auf den insoweit geltend gemachten Unterlassungsanspruch.	80

Hinsichtlich der Handlung der angegriffenen Werbespots in den unterschiedlichen Versionen, auf die auch der Berufungsantrag Bezug nimmt, wird ergänzend auf die Berufungsbegründung S. 5 bis 18 (Bl. 1051 bis 1064 d.A.) Bezug genommen.	
Die versteckte Botschaft des Werbespots beinhalte die Aussage „Hochmut kommt vor dem Fall“. Die Werbeaussage sei aufgrund von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unzulässig, weil eine Herabsetzung im Sinne der Norm erfolge. Die Klägerin werde dem Spot oder der Lächerlichkeit preisgegeben.	82
Es werde nicht nur die Person des Repräsentanten, sondern auch die Klägerin selbst lächerlich gemacht und als großspurig und überheblich dargestellt. Der Spot transportiere die pure Schadenfreude und Häme, zumal der Humor allein auf Kosten der Klägerin erfolge. Es müsse auch berücksichtigt werden, dass der Repräsentant der Klägerin schlicht peinlich sei, was sich schon aus dem Aufsetzen der Schirmmütze ergebe. Insgesamt wirke der Repräsentant unsympathisch und sei ein schlechter Verlierer.	83
Soweit die Glückwunschszenen gezeigt werde, lägen keine ernsthaft gemeinten Glückwünsche vor. Insgesamt werde im Rahmen der Werbung – anders als in der Entscheidung des BGH im Rahmen einer Werbung für die Zeitung „L“ – auch nur der Repräsentant der Klägerin lächerlich gemacht.	84
Dass die Klägerin lächerlich gemacht werde, belegten auch Äußerungen im Internet, die diverse Betrachter dort hinterlegt hätten. Hinsichtlich der Äußerungen wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin Bl. 20 ff. (Bl. 1066 ff. d.A.) Bezug genommen.	85
Die Darstellung der Repräsentanten sei unsachlich und gebe die Klägerin der Lächerlichkeit preis.	86
Es liege auch ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG vor, weil eine markenrechtswidrige Rufschädigung erfolgte, zumal der Verkehr den Schluss ziehen könnte, dass die Produkte der Klägerin nicht (mehr) die angenommene Qualität hätten. Hieraus resultiere auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG. Der Werbespot verstoße auch gegen § 4 Nr. 1 UWG, weil die Klägerin herabgesetzt werde. Schließlich sei der Werbevergleich irreführend im Sinne von § 5 Abs. 3, § 6 UWG.	87
Auf die Modifikationen des Spots, die jeweils zum Gegenstand des Berufungsantrages gemacht worden sind, komme es nicht an. Dies habe der Senat im Rahmen des Beschlusses vom 12.01.2016 (6 W 4/16) angenommen. Diese Auffassung verträten auch das Landgericht Frankfurt am Main, das Landgericht Düsseldorf sowie das Oberlandesgerichts Frankfurt am Main.	88
Die Klägerin beantragt,	89
das an 16.02.2017 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 81 O 33/16 – teilweise abzuändern, soweit die Klage abgewiesen worden ist, und	90
1. die Beklagte zu 1 weiter zu verurteilen,	91
es 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 unterlassen,	92
im Rahmen geschäftlicher Handlungen	93

mit der Darstellung eines D-Repräsentanten zu werben und/oder werben zu lassen,	94
wenn dies geschieht wie	95
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K11 beigefügt Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K10 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	96
und/oder	97
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K15 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K14 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	98
und/oder	99
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K20 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K19 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	100
und/oder	101
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K26 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K25 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	102
und/oder	103
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K13 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K12 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	104
und/oder	105
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K17 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K16 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	106
und/oder	107
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K22 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K21 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	108
und/oder	109
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K22a beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird	110
und/oder	111
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K23 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird	112
und/oder	113
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K28 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K27 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	114
2. die Beklagte zu 2 weiter zu verurteilen,	115
es 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 Vorständen – zu unterlassen,	116

im Rahmen geschäftlicher Handlungen	117
mit der Darstellung eines D-Repräsentanten zu werben und/oder werben zu lassen,	118
wenn dies geschieht wie	119
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K13 beigefügt Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K12 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	120
und/oder	121
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K17 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K16 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	122
und/oder	123
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K22 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K21 beigefügten CD-ROM gespeichert ist	124
und/oder	125
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K22a beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird	126
und/oder	127
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K23 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird	128
und/oder	129
in dem Werbespot, der durch die als Anlage K28 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K27 beigefügten CD-ROM gespeichert ist.	130
Die Beklagten beantragen,	131
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen;	132
unter teilweiser Aufhebung und Abänderung des Urteils des LG Köln vom 16.02.2017, Az. 81 O 33/16, werden (auch) abgewiesen	133
1. für die Beklagte zu 1:	134
der Klageantrag zu 1 a hinsichtlich der Anlagen K25, 26, 27 und 28.	135
2. für die Beklagte zu 2:	136
a) der Klageantrag zu 2 a hinsichtlich der Anlagen K27 und 28	137
b) der Klageantrag zu 2 a ee hinsichtlich der Anlage K37.	138
Die Klägerin beantragt,	139
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	140
Die Beklagte zu 1 wendet sich mit ihrer Berufung gegen den Unterlassungsantrag zu 1 a aa in Bezug auf die Gestaltungen gemäß Anlagen K 25, 26, 27 und 28. Die Beklagte zu 2	141

wendet sich gegen ihre Verurteilung gegen die Untersagung zu 2 a aa in Bezug auf die Anlagen K27 und K28 sowie ihre Verurteilung zur Unterlassung zu 2 a ee in Bezug auf die Gestaltung der Anlage K37.

Die Beklagten rügen zunächst die Zuständigkeit der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln. Durch den Eingang und die Zuweisung der Sache an die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln sei die Zuständigkeit begründet worden. Eine Abgabe an die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln habe nicht erfolgen dürfen. Der vom Landgericht Köln angenommene Sachzusammenhang bestehe nicht. Insbesondere könne eine nachträgliche Klageerweiterung, die allein geeignet gewesen sei, den Sachzusammenhang zu begründen, nicht zu einer Änderung der Zuständigkeit führen. 142

In der Sache sei die Entscheidung des Landgerichts Köln teilweise unzutreffend. Mit der Frage, ob die Werbung mit der Aussage „Das beste Netz“ irreführend sei, hätten sich schon zahlreiche Gerichte befasst. Diese seien der Auffassung gewesen, die Aussage sei aufgrund des Testsieges nicht zu beanstanden. Insbesondere aufgrund der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main müsse jedenfalls die Revision zugelassen werden, wenn der Senat an seiner Auffassung festhalten wolle, die er im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens geäußert habe. 143

Sollte die Revision nicht zugelassen werden, müsse der Senat das Verfahren aussetzen und dem EuGH vorlegen. 144

Hilfsweise rügten die Beklagten rechtsmissbräuchliches Verhalten. 145

Soweit sich die Beklagte gegen die Verurteilung hinsichtlich der Werbung im Rahmen eines auf der Internetseite www.G.de angezeigten Banners wendet, habe das Landgericht die fehlende Passivlegitimation der Beklagten zu 2 verkannt. Es handele sich um ein Banner der Beklagten zu 1, welches auch von dieser auf der Seite www.G.de geschaltet worden sei. Insoweit beruhe das Urteil des Landgerichts ersichtlich auf falschen Tatsachen. 146

Im Übrigen verteidigen die Parteien das angefochtene Urteil jeweils unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. 147

II. 148

Die zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten Berufungen beider Parteien haben im Wesentlichen keinen Erfolg. Lediglich soweit sich die Beklagte zu 2 gegen die Verurteilung hinsichtlich des Antrages zu 2 a ee in Bezug auf die Anlage K37 wendet, hat die Berufung Erfolg und führt zur teilweisen Aufhebung des Urteils und insoweit zur Abweisung des Klageantrages. Im Einzelnen: 149

1. Die Berufung der Klägerin ist zurückzuweisen, weil der im Rahmen des Berufungsverfahrens geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht. Zwar ist der Antrag zulässig (dazu II 1 a), aber unbegründet (dazu II 1 b). 150

a) Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist er hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 151

aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem 152

Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr. vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 02.03.2017 – I ZR 194/15, GRUR 2017, 537 – Konsumgetreide, mwN). Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (vgl. BGH, GRUR 2017, 537 – Konsumgetreide, mwN).

Nach diesen Grundsätzen kann der Klageantrag auf die konkrete Verletzungsform bezogen werden. Dann bildet im Grundsatz diese den Streitgegenstand, unabhängig davon, ob der Kläger sich auf einzelne Rechtsverletzungen gestützt hat. Dem Kläger ist es allerdings nicht verwehrt, in Fällen, in den er eine konkrete Werbeanzeige unter verschiedenen Aspekten jeweils gesondert angreifen möchte, eben diese verschiedenen Aspekte im Wege der kumulativen Klagehäufung zu jeweils getrennten Klagezielen zu machen. In diesem Fall muss er die einzelnen Beanstandungen in verschiedenen Klageanträgen umschreiben, wobei er zur Verdeutlichung jeweils auf die konkrete Verletzungsform Bezug nehmen kann („wie geschehen in ...“). In diesem Fall nötigt der Kläger das Gericht, die beanstandete Anzeige unter jedem der geltend gemachten Gesichtspunkte zu prüfen. Naturgemäß muss der Kläger einen Teil der Kosten tragen, wenn er nicht mit allen Klageanträgen Erfolg hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 – Biomineralwasser). 153

bb) Nach diesen Grundsätzen sind die Klageanträge – in der im Rahmen der Berufung genannten Form – hinreichend bestimmt gefasst. Die Klägerin macht einen Unterlassungsantrag geltend, bei dem mit der Darstellung eines D-Repräsentanten geworben wird, wie in den aus dem Antrag ersichtlichen und im Einzelnen aufgeführten Anlagen ersichtlich. Damit wird – entsprechend der genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – der Aspekt der Rechtswidrigkeit der Werbung mit dem D Repräsentanten zum Gegenstand des Unterlassungsanspruchs gemacht, so dass das Gericht zu prüfen hat, ob der Unterlassungsanspruch aus diesem Gesichtspunkt besteht. Durch die Antragstellung insbesondere im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens wird deutlich, dass die Klägerin bewusst die jeweilige Werbung kumulativ unter den jeweils genannten Aspekten zum Gegenstand des Verfahrens gemacht hat. So haben auch die Beklagten und das Landgericht die Anträge verstanden. 154

Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Klägerin die Werbung mit einem Repräsentanten der D unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten angreift. Die Klägerin macht geltend, die Werbung mit einem Repräsentanten der D sei wegen ihrer herabsetzenden Art und Weise unzulässig (§ 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG), müsse aber auch aufgrund der markenrechtswidrigen Rufschädigung (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) untersagt werden. Die Darstellung des D Repräsentanten führe auch zu einer Irreführung (§ 4 Nr. 2 UWG) und setze die Klägerin gemäß § 4 Nr. 1 UWG herab. Der Antrag der Klägerin kann – unter Berücksichtigung der Klage- und Berufungsbegründung – daher nur dahingehend verstanden werden, dass die Klägerin sich gegen die Darstellung ihres Repräsentanten in der vergleichenden Werbung richtet und sie diese Darstellung aus unterschiedlichen rechtlichen Aspekten angreift, die jeweils im Zusammenhang mit der Darstellung des D Repräsentanten in den konkreten Werbespots erfolgt. Der Streitgegenstand ändert sich hierdurch nicht. 155

b) Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werden. Im Hinblick auf die Berufungsbegründung ist folgendes zu ergänzen:	
aa) Entgegen der Ansicht der Klägerin besteht ein Unterlassungsanspruch aufgrund einer Herabsetzung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG nicht.	157
Zwar handelt es sich – wie auch das Landgericht mit Recht angenommen hat – um eine vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG. Entgegen der Ansicht der Klägerin setzt der Vergleich die von der Klägerin vertriebenen Produkte oder die Klägerin selbst jedoch nicht im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG herab.	158
Bei den angegriffenen Werbespots handelt es sich um vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG.	159
Zu der Frage, ob vergleichende Werbung vorliegt, hat der Bundesgerichtshof folgendes ausgeführt (Urteil vom 01.10.2009 – I ZR 134/04, GRUR 2010, 161, Rn. 10 ff. – Gib mal Zeitung):	160
„... Die Regelung des § 6 UWG dient der Umsetzung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17), die durch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21) kodifiziert worden ist, und ist daher in Übereinstimmung mit der Richtlinie und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen.	161
Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern (Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG). Der Werbespot zielt darauf ab, den Absatz der von der Beklagten verlegten L zu fördern und ist damit Werbung im Sinne dieser Bestimmung.	162
Vergleichende Werbung ist nach § 6 Abs. 1 UWG jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht (Art. 2 Nr. 2a der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. c der Richtlinie 2006/114/EG). Der Begriff der vergleichenden Werbung ist in einem weiten Sinn zu verstehen, da er alle Arten der vergleichenden Werbung abdecken soll. Vergleichende Werbung liegt daher schon dann vor, wenn eine Äußerung - auch nur mittelbar - auf einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen Bezug nimmt (st. Rspr.; vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2009 - C-487/07 = GRUR 2009, 756 Tz. 52 = WRP 2009, 930 - L'Oréal/Bellure, m.w.N.; BGHZ 158, 26, 32 - Genealogie der Düfte; BGH, Beschl. v. 2.12.2004 - I ZR 273/01, GRUR 2005, 348 - Bestellnummernübernahme; Urt. v. 6.12.2007 - I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Tz. 20 = WRP 2008, 930 - Imitationswerbung). Mitbewerber sind Unternehmen, die substituierbare Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt anbieten; von einem gewissen Grad der Substitution kann ausgegangen werden, wenn Waren in gewisser Weise gleichen Bedürfnissen dienen können (EuGH, Urt. v. 19.4.2007 - C-381/05, Slg. 2007, I-3115 = GRUR 2007, 511 Tz. 28, 30 und 47 - De Landtsheer/Comité Interprofessionnel). ...“	163
Nach diesen Grundsätzen liegt eine vergleichende Werbung vor. Denn die Parteien bieten jeweils Internet- und Telefonanschlüsse an Endkunden an und sind daher Mitbewerber. Die	164

Parteien richten sich dabei auch an die gleichen Verbraucherkreise. Darüber hinaus nimmt der Werbespot in allen angegriffenen Versionen auf die Klägerin Bezug, insbesondere indem ein Repräsentant der Klägerin dadurch erkennbar gemacht wird, dass er sich eine Baseballkappe mit dem Logo der Klägerin aufsetzt.

Die vergleichende Werbung ist – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft (Art. 3a Abs. 1 lit. e der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 4 lit. d der Richtlinie 2006/114/EG). 165

Ein Vergleich im Sinne dieser Regelung liegt vor, wenn der Werbende einen für den Verkehr erkennbaren Bezug zwischen (mindestens) zwei Wettbewerbern, zwischen deren Waren oder Dienstleistungen bzw. ihren Tätigkeiten oder sonstigen Verhältnissen herstellt (vgl. BGH, GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung, mwN). Die jeweiligen Werbespots stellen die Leistungen der Klägerin und der Beklagten unmittelbar gegenüber, indem das Ergebnis eines Tests dargestellt wird. Dabei wird auch deutlich, dass die Klägerin – anders als in den Vorjahren, in denen ein ähnlicher Test von der gleichen Zeitschrift durchgeführt wurde – lediglich den zweiten Platz belegt. Er vermittelt dem Zuschauer die Werbebotschaft, dass die Beklagte zu 1 mit ihren Leistungen im Bereich der Festnetztelefonie sowie des Internetanschlusses die Beklagte im Rahmen des dargestellten Tests übertroffen hat. Der Werbespot vergleicht damit unmittelbar die Leistungen der Parteien miteinander. 166

Dieser Vergleich setzt die Klägerin entgegen ihrer Ansicht nicht im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG in unlauterer Weise herab. Zu der Frage, wann eine Herabsetzung im Rahmen einer vergleichenden Werbung erfolgt, hat der Bundesgerichtshof folgendes ausgeführt (vgl. BGH, GRUR 2010, 161 Rn. 16 ff – Gib mal Zeitung): 167

Eine Herabsetzung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG setzt mehr voraus als die einem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte. Maßgeblich ist, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt. Herabsetzend im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist ein Vergleich daher nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen (BGH, Urt. v. 12.7.2001 - I ZR 89/99, GRUR 2002, 72, 73 = WRP 2001, 1441 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; Urt. v. 17.1.2002 - I ZR 161/99, GRUR 2002, 633, 635 = WRP 2002, 828 - Hormonersatztherapie; Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 171/04, GRUR 2008, 443 Tz. 18 = WRP 2008, 666 - Saugeinlagen; zur wettbewerbswidrigen pauschalen Herabsetzung ungenannter Mitbewerber vgl. BGH GRUR 2002, 828, 830 - Lottoschein; BGH, Urt. v. 25.4.2002 - I ZR 272/99, GRUR 2002, 982, 984 f. = WRP 2002, 1138 - DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!). 168

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird. Wo genau die Grenze zwischen leiser Ironie und nicht hinnehmbarer Herabsetzung verläuft, bedarf stets in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung. Solange der Werbende mit ironischen Anklängen lediglich Aufmerksamkeit und Schmunzeln erzielt, mit ihnen aber - weil der Verkehr die Aussage nicht wörtlich und damit ernst nimmt - keine Abwertung des Mitbewerbers oder des konkurrierenden Angebots verbunden ist, liegt darin noch keine unzulässige Herabsetzung (BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; GRUR 2002, 828, 830 - Lottoschein).“ 169

Das Landgericht hat mit Recht angenommen, die Beklagten hätten nach diesen Maßstäben die Grenze zur nicht hinnehmbaren Herabsetzung nicht überschritten.

Dabei ist im Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Werbevergleichs auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Dieser Durchschnittsverbraucher ist zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung gewöhnt und empfindet sie als Ausdruck lebhaften Wettbewerbs. Ein humorvoller oder ironischer Werbevergleich kann daher auch dann zulässig sein, wenn er sich nicht auf feinen Humor und leise Ironie beschränkt. Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte in einem Werbevergleich stellt vielmehr erst dann eine unzulässige Herabsetzung dar, wenn sie den Mitbewerber dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgibt oder von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher als Abwertung verstanden wird (vgl. BGH, GRUR 2010, 161 Rn. 20 – Gib mal Zeitung, mwN). 171

Nach diesen Grundsätzen ist die Werbung der Beklagten zu 1 nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Klägerin wird diese nicht dem Spot oder der Lächerlichkeit preisgegeben. Vielmehr erfolgt eine ironische Darstellung im Rahmen der vergleichenden Werbung. Dabei ist zunächst im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass die Beklagte zu 1 damit wirbt, dass sie den Testsieg im Rahmen des „C Festnetztests“ errungen hat. Dieser Testsieg wird als Faktum aufgegriffen und im Rahmen der Werbung in humorvoller und ironischer Art und Weise dargestellt. Dabei wird der Repräsentant der Klägerin deutlich überzeichnet dargestellt. Durch die Art der Darstellung wird hervorgehoben, dass die Beklagte zu 1 und nicht die Klägerin den Testsieg errungen hat, wie dies in der Vergangenheit regelmäßig der Fall war. Damit erfolgt eine Anknüpfung der Darstellung an die tatsächlichen Gegebenheiten und den Vergleich, der im Ausgangspunkt ohne weiteres zulässig ist. Das Verhalten des Repräsentanten mag zwar dem Anlass nicht angemessen sein, wenn er sich (in Abendgarderobe gekleidet) eine Baseballkappe aufsetzt, um sodann den Preis entgegen zu nehmen, der ihm vermeintlich zusteht. Allerdings wird der Repräsentant der Klägerin erst durch diese Kappe als solcher erkennbar. Hier wird folglich spielerisch die Erkennbarkeit auch im Rahmen der Handlung des Werbespots deutlich gemacht. Dies erkennt auch der angesprochene Verbraucher, weil für jeden sofort die ironische Überzeichnung des Charakters des Repräsentanten der Klägerin deutlich wird. 172

Aus dem gleichen Grund ist wird auch die dargestellte Überheblichkeit des Repräsentanten der Klägerin (dieser ist sichtbar siegesgewiss) als parodistisch und überzeichnet wahrgenommen. 173

Diese Beurteilung ändert sich nicht dadurch, dass der Repräsentant in einigen Werbespots, die ebenfalls Gegenstand des Unterlassungsantrages sind, vor der Verkündung des Siegers das „Victory“ Zeichen mit den Händen formt. Denn auch dieses wird – wie auch die Darstellung der Glückwunschszenen, die Gegenstand von verschiedenen angegriffenen Versionen des Werbespots ist – ironisch überzeichnet. Gerade dieses Verhalten macht für den angesprochenen Verkehr deutlich, dass die Darstellung „überzogen“ ist und ironisch humorvoll wirken soll. 174

Letztlich findet somit eine Übertragung der Eigenschaften des Repräsentanten der Klägerin auf die Klägerin und ihre Produkte nicht statt. 175

Soweit die Klägerin anführt, ein wesentlicher Unterschied zu der Entscheidung „Gib mal Zeitung“ des Bundesgerichtshofs (GRUR 2010, 161) liege darin, dass in dem dortigen Verfahren die als typischer Bildleser dargestellte Person letztlich selbst über Ironie und einen 176

feinen Humor verfüge, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Zwar werden im vorliegenden Verfahren der Humor und die Ironie lediglich auf Kosten des Repräsentanten der Klägerin dargestellt. Dies ist jedoch nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, dass die Werbung letztlich noch einen sachlichen Bezug aufweist, der – wie dargelegt – anzunehmen ist.

Zu Gunsten der Klägerin ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass der Werbespot der Beklagten zu 1 eine vom Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK geschützte Meinungsäußerung enthält und nach den vorstehend dargelegten Erwägungen kein Grund ersichtlich ist, diese in dem fraglichen Punkt einzuschränken. 177

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Werbespot in seinen unterschiedlichen Versionen von Dritten in Kommentaren im Internet aufgegriffen wurde und diese den Spot teilweise als verunglimpfend empfunden haben mögen. Denn die vereinzelt im Internet und in Zeitschriften können allenfalls ein Indiz für ein bestimmtes Verkehrsverständnis darstellen, was der Senat auch unter dessen Berücksichtigung jedoch nicht festzustellen vermag. 178

bb) Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG liegt vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht vor. Vielmehr bezieht sich die Darstellung auf den Testsieg, der objektiv erfolgt ist. 179

cc) Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt auch ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG nicht vor. 180

Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Hierzu hat der Bundesgerichtshof folgende Grundsätze aufgestellt (BGH, GRUR 2010, 161 Rn. 32 – Gib mal Zeitung), denen sich der erkennende Senat anschließt: 181

„Der Hinweis auf die Marke der in den Vergleich einbezogenen Produkte ist für eine Unterscheidung der verglichenen Erzeugnisse und einen wirksamen Wettbewerb auf dem in Rede stehenden Markt erforderlich und begründet für sich genommen keine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung des guten Rufs der fremden Markenartikel (EuGH, Urt. v. 23.2.2006 - C-59/05, Slg. 2006, I-2147 = GRUR 2006, 345 Tz. 15 - Siemens/VIPA; BGH, Urt. v. 2.10.2002 - I ZR 90/00, GRUR 2003, 444, 445 = WRP 2003, 637 - Ersetzt). Vielmehr müssen über die bloße Nennung der Marke hinausreichende Umstände hinzutreten, um den Vorwurf wettbewerbswidriger Rufausnutzung oder Rufbeeinträchtigung zu begründen (BGHZ 158, 26, 32 - Genealogie der Düfte; BGH, Urt. v. 21.3.2007 - I ZR 184/03, GRUR 2007, 896 Tz. 24 = WRP 2007, 1181 - Eigenpreisvergleich). Der Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist jedoch stets begründet, wenn die Voraussetzungen einer markenrechtswidrigen Rufausbeutung oder Rufausnutzung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vorliegen (vgl. EuGH, Urt. v. 12.6.2008 - C-533/06, Slg. 2008, I-4231 = GRUR 2008, 698 Tz. 46 und 51 - O2 Holdings/Hutchinson zur einheitlichen Auslegung des Begriffs der Verwechslung in Art. 5 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/104 [§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG] und Art. 3a Abs. 1 lit. d der Richtlinie 84/450 [§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG]). 182

Der Ruf eines Kennzeichens wird in unlauterer Weise ausgenutzt, wenn dessen Verwendung im Rahmen einer vergleichenden Werbung bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Assoziation zwischen dem Werbenden und dem Mitbewerber in der Weise hervorruft, dass diese den Ruf der Erzeugnisse des Mitbewerbers auf die Erzeugnisse des Werbenden 183

übertragen (vgl. EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-112/99, Slg. 2001, I-7945 = GRUR 2002, 354 Tz. 57 = WRP 2001, 1432 - Toshiba/Katun; BGHZ 158, 26, 32 - Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 348, 349 - Bestellnummernübernahme).“

Nach diesen Grundsätzen liegt eine Rufübernahme nicht vor. Zwar stellt die Beklagte zu 1 ihre Leistungen gegenüber den Leistungen der Klägerin als besser dar. Dies ist jedoch allein der Inhalt der im Grundsatz zulässigen vergleichenden Werbung und daher nicht zu beanstanden, so dass keine Rufausbeutung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG erfolgt, zumal auch eine Herabsetzung nach den vorstehend dargelegten Erwägungen nicht vorliegt. 184

dd) Ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG scheidet nach den vorstehenden Darlegungen ebenfalls aus. Auch eine Irreführung gemäß § 5 Abs. 3, § 6 UWG durch die Darstellung des D Repräsentanten (nur diese ist insoweit streitgegenständlich) scheidet aus. 185

2. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 hat ebenfalls keinen Erfolg, soweit sich die Beklagten gegen die Verurteilung zur Unterlassung hinsichtlich der Klageanträge 1 a aa in Bezug auf die Anlagen K 25, 26, 27 und 28 (bezogen auf die Beklagte zu 1) bzw. der Klageanträge zu 2 a aa in Bezug auf die Gestaltung gemäß Anlage K27 und K28 (bezogen auf die Beklagte zu 2) wenden. 186

Die Berufung kann keinen Erfolg haben, soweit die Beklagten rügen, die angefochtene Entscheidung des Landgerichts sei durch die nicht zuständige 1. Kammer für Handelssachen getroffen worden (dazu II 2 a). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die angegriffene Aussage irreführend und ein Rechtsmissbrauch liegt nicht vor (dazu II 2 b). Im Einzelnen: 187

a) Ohne Erfolg machen die Beklagten geltend, die Zuständigkeit der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln sei nicht anzunehmen gewesen, so dass durch deren Entscheidung ein Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters erfolgt wäre. 188

Gemäß § 513 Abs. 2 ZPO kann die Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Von § 513 Abs. 2 ZPO wird auch die Zuständigkeit nach dem Geschäftsverteilungsplan erfasst (vgl. KG, Urteil vom 29.10.2013 – 26a U 88/13, NJOZ 2014, 414; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.07.2012 – 9 U 204/11, NJW-RR 2013, 437; Rimmelspacher in MünchKomm/ZPO, 5. Aufl., § 513 Rn. 15 Heßler in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 513 Rn. 7). Eine Grenze besteht allerdings dann, wenn das Gericht seine Zuständigkeit willkürlich angenommen hat und damit den Fall dem gesetzlichen Richter entzogen hat (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Eine Willkür in diesem Sinn liegt vor, wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 2013, 437; Rimmelspacher in MünchKomm/ZPO aaO, § 513 Rn. 19). 189

Nach diesen Grundsätzen kann die Berufung mit der Begründung, die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln sei nicht zuständig gewesen, keinen Erfolg haben. Denn das Landgericht hat mit nachvollziehbarer Begründung, die aus dem angefochtenen Urteil im Einzelnen hervorgeht und auf die Bezug genommen wird, seine geschäftsplanmäßige Zuständigkeit bejaht. Dass diese Entscheidung willkürlich erfolgt sein könnte, machen auch die Beklagten nicht geltend. Sie rügen vielmehr, dass die Zuständigkeit sich nach dem Geschäftsverteilungsplan nicht durch eine nachträgliche Klageerweiterung ändern könne. (Zunächst war die Zuständigkeit der 4. Kammer für Handelssachen anzunehmen. Diese hat die Sache erst nach eines aufgrund einer Klageerweiterung angenommenen Sachzusammenhangs an die 1. Kammer für Handelssachen abgegeben.) 190

Eine Willkür ist jedoch im Rahmen dieser Entscheidung nicht zu erkennen, weil die Auslegung des Geschäftsverteilungsplans durch das Landgericht jedenfalls vertretbar erscheint.

Selbst wenn allerdings angenommen würde, es habe nicht der gesetzliche Richter entschieden, wäre der Senat als gesetzlicher Richter zur Entscheidung berufen und müsste die Sache auch nicht aufgrund eines Verfahrensfehlers zurückverweisen (§ 538 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Denn bei der zweiten Instanz handelt es sich um eine zweite Tatsacheninstanz, so dass letztlich nicht entschieden werden braucht, ob die geschäftsplanmäßige Zuständigkeit anzunehmen gewesen ist (vgl. zur Frage, ob ein Befangenheitsantrag in erster Instanz berechtigt war: BGH, Urteil vom 17.03.2008 – II ZR 313/06, NJW 2008, 1672). 191

b) Die Berufung der Beklagten kann auch keinen Erfolg haben, soweit sich die Beklagten gegen die Verurteilung zur Unterlassung der Äußerung „Das beste Netz“ jeweils in der konkret angegriffenen Verletzungsform wenden. Insoweit hat der Senat im Rahmen des Urteils vom 03.02.2017, Az. 6 U 141/16, das einen vergleichbaren Sachverhalt betraf, folgendes ausgeführt: 192

„1. Der Senat hat in der Sache 6 W 4/16 zur Frage der Zulässigkeit einer Werbung der Antragsgegnerin mit dem Hinweis „Das beste Netz“ Stellung genommen. In dem Beschluss vom 12.01.2016 hat der Senat zu der hier betreffenden Frage der Irreführung folgendes ausgeführt: 193

„Der Antragstellerin steht 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. 194

Das OLG Hamburg hat in der bereits zitierten Entscheidung ausgeführt, in der Aussage „das beste Netz“ liege zwar keine unzulässige Alleinstellungsbehauptung, soweit diese erkennbar auf den Sieg in dem „C“-Test bezogen werde (S. 7 ff.). Allerdings sei diese Werbung irreführend, da die Zeitschrift „C“ der Antragsgegnerin nicht das Prädikat „bestes Netz“ verliehen habe und sich das Testergebnis auch nicht zulässigerweise mit diesen Worten zusammenfassen lasse. Gegenstand des Tests sei nicht die Leistungsfähigkeit der Netze der Bewerber als solcher, sondern der Vergleich bestimmter Angebote, zu denen – unter anderem – auch jeweils unterschiedliche Hardwarekomponenten gehören würden, von denen auch nach den Erläuterungen zum Testergebnis der Erfolg der Antragsgegnerin teilweise abhängig gewesen sei (a. a. O. S. 15 ff.). 195

Aus Sicht des Senats ist es dabei jedoch nur von untergeordneter Bedeutung, ob die Antragsgegnerin mit ihrer Werbung direkt die (unzutreffende) Behauptung aufstellt, ihr Angebot nehme eine Spitzenstellung ein, oder (unzutreffend) damit wirbt, der Test der Zeitschrift „C“ habe eben dieses Ergebnis erbracht. In beiden Fällen nimmt die Antragsgegnerin letztlich für sich in Anspruch, „das beste Netz“ – und damit eine Spitzenleistung – anzubieten. Diese Aussage ist jedoch unzutreffend; sie lässt sich insbesondere nicht – wie das OLG Hamburg zutreffend ausgeführt hat – aus dem Sieg in dem „C“-Festnetztest ableiten. 196

Insbesondere teilt der Senat nicht die von der Antragsgegnerin vertretene Ansicht, aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise – zu denen auch die Mitglieder des Senats gehören – wäre ein Sieg in dem „C“-Test gleichbedeutend mit der Aussage, „das beste Netz“ zu haben. Unerheblich ist dabei in diesem Zusammenhang, ob und wie die Antragstellerin ihrerseits mit früheren Ergebnissen der „C“-Tests geworben hat. Die Antragstellerin hat ihre Werbung mit der Aussage, „das beste Netz“ anzubieten, nicht ausschließlich mit dem „C“-Test 197

untermauert, sondern sich dabei zumindest teilweise auch auf andere Testergebnisse gestützt (Senat, Urt. v. 1. 3. 2013 – 6 U 191/12 – juris Tz. 21 – „Das beste Netz“). Sollte die Antragstellerin ihrerseits irreführend mit der Aussage „das beste Netz“ geworben haben, würde dies nicht zur Zulässigkeit einer entsprechenden Irreführung durch die Antragsgegnerin führen. Dem Wettbewerbsrecht ist, schon unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, der „unclean hands“ (oder „tu quoque“) -Einwand fremd. Irreführende Werbemaßnahmen eines Wettbewerbers sind grundsätzlich nicht geeignet, die Irreführung der Verbraucher durch andere Wettbewerber zu rechtfertigen.

Bei einer Spitzenstellungsbehauptung erwartet der Verkehr, dass der Werbende gegenüber seinen Mitbewerbern in der betreffenden Hinsicht einen deutlichen Vorsprung vorzuweisen hat und dieser Vorsprung Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet (BGH, GRUR 2003, 800, 802 – Schachcomputerkatalog; GRUR 2004, 786, 788 – Größter Online-Dienst; Senat, a. a. O.). Diese Voraussetzungen, unter denen die Werbung mit dem „besten Netz“ zulässig wäre, lassen sich dem Ergebnis des „C“-Festnetztestes 8/2015 in Bezug auf die Antragsgegnerin nicht entnehmen. Vielmehr war der Erfolg der Antragsgegnerin nach den Ausführungen in dem entsprechenden Artikel durch zwei Faktoren, den Einsatz eines ohne weiteres austauschbaren Routers und zeitweilige Schwierigkeiten beim Einsatz eines neuen ISDN-Adapters durch die Antragstellerin, bestimmt, die sich mit nur geringem Aufwand ändern lassen. Die Erwartung einer gewissen Stetigkeit der Position der Antragsgegnerin lässt sich mit diesem Testbericht nicht begründen.

...

Die weiteren, von der Antragstellerin hervorgehobenen Gesichtspunkte, wie die Frage, ob der Router Bestandteil des Festnetzes sei, und ob es aus Sicht der angesprochenen Verbraucher auf die Eigentumsverhältnisse an der Netzinfrastruktur ankomme, bedürfen daher keiner Entscheidung.“

2. Hieran ist auch unter Berücksichtigung des weiteren Vortrages der Parteien, insbesondere der Berufungsbegründung der Antragsgegnerin festzuhalten.

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

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

b) Erfolglos wendet sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts, die Anzeigen für Telekommunikationsleistungen der Antragsgegnerin in der konkret angegriffenen Form sei nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG irreführend, weil sie dem Verbraucher den unzutreffenden Eindruck vermitteln, die Zeitschrift „C“ habe das Netz der Antragsgegnerin die Auszeichnung „das beste Netz“ verliehen.

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).

- 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). 206
- 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). 207
- 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 „C“ habe sich dahin geäußert, die Antragsgegnerin verfüge über das beste Netz. 208
- Gegenstand der Bewerbung durch die Antragsgegnerin ist unter anderem der Satz: „Bei A gibt’s das beste Netz. Diese Auszeichnung beim härtesten Festnetz-Test Deutschlands macht uns sehr stolz!“ 209
- Diese Formulierung wird vom angesprochenen Verkehrskreis, der die Entscheidung über den Wechsel des Telekommunikationsanbieters nicht leichtfertig treffen wird, dahin verstehen, dass die Zeitschrift „C“ tatsächlich eine entsprechende Auszeichnung verliehen hat. Hierfür spricht schon der eindeutige Wortlaut der angegriffenen Werbung. Die Darstellung der konkreten Testergebnisse auf dem angegriffenen Werbeflyer stützt dieses Ergebnis. Denn gerade die detaillierte Darstellung der Testergebnisse legt es für den angesprochenen Verbraucher nahe, dass die Antragsgegnerin nicht lediglich „Testsieger“ geworden ist, sondern darüber hinaus auch das entsprechende Prädikat verliehen wurde. 210
- Tatsächlich hat die Zeitschrift „C“ diese Auszeichnung unstreitig aber nicht verliehen, wie die Antragstellerin in der Berufungserwiderung hervorhebt. Vielmehr hat die Zeitschrift „C“ darauf hingewiesen, dass die Testergebnisse auf dem von der Antragsgegnerin eingesetzten Router, der bei dem Test verwandt wurde, und einem Softwareproblem der Antragstellerin beruhte, das noch vor Ende des Tests behoben wurde. Die Auszeichnung mit der Formulierung „Das beste Netz“ verlieh die Zeitschrift „C“ vor diesem Hintergrund nicht. 211
- Dass die Werbung mit Testergebnissen oder mit von dritter Seite vergebenen Prädikaten und Auszeichnungen eine Qualitätsberühmung enthält und der Werbende dennoch keinen eigenen Qualitätsnachweis zu führen braucht, sondern sich – wenn das Prädikat wie vorliegend nicht erschlichen und wenn es in einem seriösen Verfahren vergeben worden ist – mit der Auszeichnung schmücken darf, führt zu keinem anderen Ergebnis. 212
- Soweit das Landgericht Hamburg im Urteil vom 23.06.2016 eine andere Auffassung vertritt, kann dieser nicht beigetreten werden. Wie das Landgericht Hamburg mit Recht annimmt, ist der Werbende zwar bei der Werbung mit einem Testsieg nicht verpflichtet, die einzelnen Prüfungsschritte darzustellen, um das Ergebnis des Testsieges zu begründen. Wird aber – 213

wie hier (s.o.) – nicht das eigentliche Ergebnis des Tests dargestellt, sondern dieses in eigene Worte gefasst, so muss diese möglicherweise zusammenfassende Darstellung zutreffend sein.

dd) Bereits vor diesem Hintergrund kann die Berufung der Antragsgegnerin keinen Erfolg haben. Denn wenn – wie hier – die konkrete Verletzungshandlung angegriffen wird, so umfasst der Streitgegenstand alle Rechtsverletzungen, die in der konkreten Verletzungsform verwirklicht sind, auch wenn die verschiedenen Verletzungen jeweils einen unterschiedlichen Tatsachenvortrag erfordern. Die konkrete Verletzungshandlung ist daher bereits dann zu untersagen, wenn von mehreren gerügten Wettbewerbsverstößen einer begründet ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 – Biomineralwasser). 214

c) Die konkret angegriffene Werbung ist aber auch aus einem weiteren Grund irreführend. Denn die angesprochenen Verkehrskreise werden die Aussage „das beste Netz“ dahin verstehen, dass die Antragsgegnerin über das beste Netz verfüge (vgl. OLG Hamburg, 5 W 87/16). 215

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 „C“ nicht. Die Zeitschrift „C“ hebt vielmehr ausdrücklich folgendes hervor: 216

„Mehrere Gründe für Platz 2 217

Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz eins gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen. Offenbar kann der von der D standardmäßig gelieferte Router „E bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren H mithalten, die A 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 D erst kurz vor Testende liefern.“ 218

Dass das Logo des Testergebnisses eingeblendet ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar wird der Test als solches dargestellt, so dass der angesprochene Verbraucher die Testergebnisse im Einzelnen nachvollziehen kann. Nicht deutlich wird aber, dass die Leistungen nach den Angaben des Tests der Zeitschrift „C“ 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. 219

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 „C“ 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 „C“ in Bezug auf das Testergebnis Einschränkungen aufgrund der genutzten Router oder eines Softwareproblems gemacht hätte. 220

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. Soweit die Antragsgegnerin im Rahmen der angegriffenen Werbung ausführt, dass der Testsieg aufgrund der schnellen DSL-Anschlüsse, hochwertiger Router und Dienste wie IP-Telefonie und Web-TV erzielt worden sei, ergibt sich nichts anderes. Denn der angesprochene Verkehr wird die Aussage als Anpreisung der Gesamtleistungen der Antragsgegnerin wahrnehmen, so dass weiterhin das Netz als solches durch die Formulierung „das beste Netz“ hervorgehoben wird.

Vor diesem Hintergrund wäre die Aussage, die Antragsgegnerin verfüge über das beste Netz, 222 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.

Denn die Grundsätze der Alleinstellungs- oder Spitzenstellungswerbung sind nur dann nicht 223 anwendbar, wenn ein Produkt objektiv zutreffend als Testsieger beworben wird.

Allein- oder Spitzenstellungsbehauptungen sind wegen der andernfalls bestehenden Gefahr 224 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.

d) Wie die Antragsgegnerin annimmt, ist die Werbung auch irreführend, weil die 225 Antragsgegnerin darauf hinweist, das Testergebnis sei „herausragend“ gewesen. Denn die Formulierung „herausragend“ wird der angesprochene Verkehr dahin verstehen, dass ein erheblicher und Abstand von dem Zweitplatzierten besteht, der – entsprechend der Spitzenstellungswerbung – von gewisser Dauer sein wird. Denn ein „herausragender“ Abstand ist so erheblich, dass er nicht ohne weiteres wieder eingeholt werden kann. Tatsächlich weist aber der Testbericht selbst darauf hin, worauf das Ergebnis beruht und dass die bei der Antragstellerin bestehenden Probleme teilweise behoben sind.

Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht darauf an, dass die Rechtsprechung mit Recht 226 annimmt, die Werbung als Testsieger sei zulässig, wenn keine Alleinstellung vorliege, sondern die beste Note auch von weiteren Mitbewerbern erreicht wurde. Die Antragsgegnerin stellt im Rahmen der Werbung selbst heraus, dass ihr Produkt eben nicht nur Testsieger, sondern den Produkten der Mitbewerber überlegen ist.“

An dieser Auffassung hält der Senat auch nach nochmaliger Prüfung der Sach- und 227 Rechtlage fest. Insbesondere ergibt sich aus der konkret angegriffenen Werbung, die zum Gegenstand des Antrages gemacht worden ist, nichts anderes. Denn die Aussage „Das beste Netz“ wird in einem vergleichbaren Zusammenhang wiedergegeben, der kein anderes Verkehrsverständnis rechtfertigt (vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 21.09.2017 – 5 U 148/16).

Soweit die Beklagten sodann rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin einwenden (§ 8 228 Abs. 4 UWG, § 242 BGB) führt dies ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Der Senat hat im Rahmen seines Beschlusses vom 12.01.2016 (Az. 6 U 4/16) zur Frage des

- „Der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) greift nicht durch. Die Antragsgegnerin stützt sich insoweit allein auf die Vielzahl der Verfahren, die die Antragstellerin an unterschiedlichen Gerichtsstandorten eingeleitet hat. Zwar kann die Aufteilung von sachlich zusammengehörenden Ansprüchen auf verschiedene Verfahren ein Indiz für rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellen. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn es für diese Aufteilung keinen sachlichen Grund gibt. Ein sachlicher Grund für die Einleitung gesonderter Verfahren kann bereits dann vorliegen, wenn die rechtliche Beurteilung oder die Beweisbarkeit des jeweiligen Wettbewerbsverstoßes unterschiedlich sein kann. Er kann sich insbesondere daraus ergeben, dass sich die Rechtsdurchsetzung in der einen Hinsicht anders – und insbesondere zeitaufwendiger – gestalten kann als in der anderen Hinsicht und daher bei Einleitung eines einheitlichen Verfahrens die Gefahr besteht, dass ein an sich ohne viel Aufwand durchsetzbarer Anspruch zunächst nicht zugesprochen wird (BGH, PharmR 2014, 257 = NJOZ 2014, 1522 Tz. 10; Büscher, GRUR 2015, 5, 17). Ebenso ist es grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, sondern entspricht dem berechtigten Interesse an einer erfolgreichen Rechtsdurchsetzung, wenn der Anspruchsteller aus prozesstaktischen Erwägungen einen Gerichtsstand wählt, an dem nach Einschätzung seines Prozessbevollmächtigten für sein konkretes Begehren voraussichtlich die besten Erfolgsaussichten bestehen (BGH, GRUR 2014, 607 Tz. 11 – Klageerhebung am dritten Ort). Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin Ansprüche wegen der verschiedenen Werbespots in gesonderten Verfahren vor unterschiedlichen Gerichten anhängig gemacht hat.“ 229
- Auch hieran ist nach nochmaliger Prüfung und unter Berücksichtigung des in diesem Verfahrens vorgetragenen Sachverhalts festzuhalten. Wesentliche Argumente gegen diese Auffassung nennen die Beklagten nicht. 230
3. Die Berufung der Beklagten zu 2 hat im Übrigen (Antrag Ziffer 2 a ee) Erfolg. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass die Beklagte zu 2 für den Inhalt des Werbebanners auf der Seite www.G.de (Anlage K 37) verantwortlich ist. Insbesondere ergibt sich die Verantwortung nicht aus der Veröffentlichung eines Werbespots auf den Internetseiten der Beklagten zu 1 und 2, weil dieses Werbebanner dort zu keinem Zeitpunkt veröffentlicht worden ist. Auch die Verantwortlichkeit für die Einstellung von Videos auf der Plattform B führt zu keinem anderen Ergebnis, weil das dem Streit zugrunde liegende Banner dort nicht veröffentlicht wurde. Im Einzelnen: 231
- Die Haftung der Beklagten zu 2 als Täterin oder Teilnehmerin einer Wettbewerbsverletzung (eine Störerhaftung kommt im Wettbewerbsrecht nicht in Betracht) setzt voraus, dass die Beklagte zu 2 als Täter oder Teilnehmer für das Werbebanner verantwortlich war. 232
- Als Täter oder Mittäter haftet, wer allein oder in bewusstem oder gewollten Zusammenwirken eine Verletzungshandlung entweder selbst oder mit Gehilfenvorsatz verwirklicht hat (vgl. Büch in Teplitzky, Wettbewerbliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 14 Rn. 2 mwN). 233
- Eine eigene Handlung der Beklagten zu 2 ist hier nicht vorgetragen oder sonst erkennbar, so dass die Beklagte zu 2 den Wettbewerbsverstoß nicht selbst zu verantworten hat. Allein der Verweis auf die Internetseite, die von den Beklagten zu 1 und 2 gemeinsam genutzt wird, reicht für die Annahme einer Haftung der Beklagten zu 2 nicht aus, weil die Klägerin nicht hinreichend dargelegt hat, dass die Beklagte zu 2 diese Werbung selbst geschaltet hätte. Soweit das Impressum der Internetseite ein Indiz darstellen mag, führt dies zu keinem anderen Ergebnis, weil auf eine Unterseite verwiesen wird, für die ausdrücklich die Beklagte 234

zu 1 verantwortlich zeichnet. Es kommt hinzu, dass die Beklagte zu 1 für die Vermarktung der beworbenen Leistungen zuständig ist, was gegen eine Werbemaßnahme der Beklagten zu 2 spricht.

Der für eine Gehilfenhaftung erforderliche Vorsatz ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. 235

Auch eine Haftung nach § 8 Abs. 2 UWG kommt nicht in Betracht. Die Beklagte zu 2 hat bestritten, (noch) der Mutterkonzern der Beklagten zu 1 gewesen zu sein. Die Klägerin hat dies auch nicht substantiiert vorgetragen, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Zuwiderhandlung von einem Mitarbeiter oder Beauftragen der Beklagten zu 2 begangen wurde. 236

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 237

Die Revision war für die Klägerin und die Beklagte zuzulassen, soweit die jeweiligen Berufungen zurückgewiesen worden sind. Insoweit liegen die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO vor. 238

Soweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen worden ist, hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, weil insbesondere die Rechtsfrage, unter welchen Umständen im Rahmen einer vergleichenden Werbung eine Herabsetzung erfolgt ist, nicht hinreichend geklärt erscheint. Soweit die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist, hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, weil die Frage, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen im Rahmen einer Testsiegerwerbung abweichend von dem vom Testenden ausdrücklich vergebenen Testurteil abgewichen werden kann, oder unter welchen Voraussetzungen eine Abweichung irreführend ist, rechtlich nicht hinreichend geklärt erscheint, zumal das OLG Frankfurt am Main (Beschluss vom 3.9.2015 – 6 W 81/15) insoweit zu einem anderen Ergebnis gekommen ist als der erkennende Senat. Soweit die Berufung der Beklagten zu 2 Erfolg hat, beruht dies allein auf der fehlenden tatsächlichen Feststellung der Verantwortung für die aus dem Antrag ersichtliche Werbung, so dass eine Zulassung der Revision nicht in Betracht kommt. 239

Streitwert für das Berufungsverfahren: 90.000 € (75.000 € für die Berufung der Klägerin und 15.000 € für die Berufung der Beklagten, wobei 5.000 € auf die Berufung der Beklagten zu 2 hinsichtlich des Antrages Ziffer 2 ee entfallen). 240