



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 200/17

Verkündet am:
24. Januar 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Das beste Netz

UWG § 4 Nr. 1 und 2, § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1, § 5a Abs. 2, § 6 Abs. 2 Nr. 1 bis 5, § 8 Abs. 4; ZPO § 547 Nr. 6

- a) Die Verfolgung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche wegen verschiedener Werbemaßnahmen vor verschiedenen Gerichten ist nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG, wenn aufgrund sukzessiver, auf wettbewerbsrechtliche Beanstandungen zurückzuführender Veränderungen der Werbemaßnahmen durch den Mitbewerber die Zusammenfassung des Angriffs auf sämtliche Verletzungsformen in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung wegen seiner Eilbedürftigkeit nicht möglich ist.
- b) Die gegen eine Werbemaßnahme gerichtete sukzessive Verfolgung lauterkeitsrechtlicher und markenrechtlicher Ansprüche in getrennten Verfahren der einstweiligen Verfügung stellt regelmäßig kein Indiz für rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, weil sie durch die erheblichen Unterschiede in der tatsächlichen Darlegung und rechtlichen Beurteilung der jeweiligen Verstöße sachlich begründet ist.
- c) Ein humorvoller Werbevergleich setzt einen Mitbewerber nicht schon deshalb im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter herab, weil die Ironie allein zu seinen Lasten eingesetzt wird.
- d) Die Werbung mit aktuellen Testergebnissen für Produkte, die den getesteten entsprechen und die auch nicht technisch überholt sind, ist grundsätzlich nicht irreführend, wenn die von einem Dritten vergebene Auszeichnung in einem seriösen Verfahren vergeben und nicht erschlichen worden ist. Eine solche Werbung kann ausnahmsweise irreführend sein, wenn dem Testsiegel aufgrund besonderer Umstände - etwa wegen des Fehlens von objektiven Kriterien für die Prüfung der untersuchten Dienstleistung - nur eine begrenzte Aussagekraft zukommt (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - I ZR 41/00, GRUR 2003, 800, 802 [juris Rn. 38] = WRP 2003, 1111 - Schachcomputerkatalog - und BGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - I ZR 253/02, GRUR 2005, 877, 879 f. [juris Rn. 35 ff.] = WRP 2005, 1242 - Werbung mit Testergebnis).
- e) Eine Werbung, mit der der Werbende den Inhalt des von einem Dritten in einem seriösen Verfahren vergebenen und nicht erschlichenen Testsiegel nicht in der wörtlich verliehenen Form nutzt, sondern mit eigenen Worten umschreibt, ist irreführend, wenn der Werbende die Aussage des Testergebnisses zu seinen Gunsten verändert. Gibt die angegriffene Werbung den Inhalt des Testsiegels hingegen zutreffend wieder, ist es lauterkeitsrechtlich unerheblich, ob Teile des Verkehrs dieser Wiedergabe des Testsiegels unzutreffende Vorstellungen über Gegenstand oder Ergebnis des Tests entnehmen.

BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 200/17 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 3. November 2017 unter Zurückweisung der Revision der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 16. Februar 2017 teilweise dahingehend abgeändert, dass der Klageantrag 1 a) aa), soweit auf die Werbespots gemäß Anlage K 25, K 26, K 27 und K 28 bezogen, und der Klageantrag 2 a) aa), soweit auf den Werbespot gemäß Anlage K 27 und K 28 bezogen, abgewiesen werden.

Die Kosten erster Instanz werden wie folgt verteilt: Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Klägerin 21%, die Beklagte zu 1 54% und die Beklagte zu 2 25% zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 hat die Klägerin 32%, von denen der Beklagten zu 2 37% zu tragen. Im Übrigen haben die Beklagten ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.

Die Kosten der Rechtsmittel hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien bieten Telekommunikationsdienstleistungen (Festnetztelefonie und Internetanschlüsse) an. Die Klägerin, die Telekom Deutschland GmbH, betreibt ein eigenes Festnetz. Die Beklagte zu 1, die 1&1 Telecom GmbH, verfügt nicht über ein flächendeckendes Festnetz, sondern kauft Netzkapazitäten bei anderen Anbietern, auch bei der Klägerin, ein und vermarktet diese unter eigenem Namen. Die Beklagte zu 2, die 1&1 Internet SE, betreibt einen YouTube-Kanal, in den auch Werbespots für das Angebot der Beklagten zu 1 eingestellt werden. Auf der Internetseite www.1und1.de, für die laut Impressum beide Beklagte verantwortlich sind, wird gleichfalls für die Dienstleistungen der Beklagten zu 1 geworben.

2 Bei dem im Jahr 2015 von der Zeitschrift "Connect" durchgeführten Festnetztest erhielt das Angebot der Beklagten zu 1 in den getesteten Kategorien "Sprachtelefonie", "Uploads und Downloads", "Webseiten und Gaming" sowie "Web TV" jeweils die höchste Punktzahl unter den getesteten Anbietern, erzielte mit insgesamt 449 Punkten die Note "sehr gut" und wurde zum "Testsieger" erklärt. Dabei wurde das folgende Siegel verliehen:



Die Verleihung des Prädikats "Das beste Netz" sah der Test nicht vor. Das Angebot der Klägerin erreichte mit insgesamt 417 Punkten den zweiten Platz.

4 Im Testbericht (Heft 08/2015) heißt es hierzu:

Die Gründe dafür, dass es diesmal nicht für Platz 1 gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen: Offenbar kann der von der Telekom standardmäßig gelieferte Router „Speedport W724V“ bei Vollast nicht ganz mit der stärkeren Fritzbox 7490 mithalten, die 1&1 in seiner eigenen Version einsetzt. Hinzukommt, dass die Anbindung der zum Test verwendeten ISDN-Telefonschnittstelle an den Testanschlüssen über den neuen externen ISDN Adapter (...) erfolgte, der im Testzeitraum noch mit Problemen zu kämpfen hatte. Eine neue, fehlerbereinigte Firmware-Version konnte die Telekom erst kurz vor Testende liefern.

5 Die Beklagten bewarben ihre Dienstleistungen in Werbespots im Fernsehen und im YouTube-Kanal der Beklagten zu 2 unter Hinweis auf das Testergebnis mit der Aussage, bei "1&1" gebe es "das beste Netz". Inhalt eines Werbespots war die Darstellung einer fiktiven Preisverleihung, bei der ein als Repräsentant der Telekom erkennbarer Herr sich auf den Weg zum Podium vorbereitet, um den Preis für "das beste Netz" entgegenzunehmen, der dann jedoch dem Anbieter "1&1" zuerkannt wird.

6 In der Ursprungsfassung des Films formte der Telekom-Repräsentant bereits vor Verkündung des Ergebnisses "Victory-Zeichen" (Anlagen K 10 bis K 13). In einer längeren Fassung dieses Werbefilms gratuliert der Vertreter von "1&1" nach seiner Dankesrede dem Repräsentanten der Telekom mit den Worten "Glückwunsch zu Platz 2" (Anlagen K 14 bis K 17). Gegen diesen Spot wirkte die Klägerin am 10. August 2015 beim Landgericht Frankfurt am Main (Az. 3/8 O 155/15) unter dem Gesichtspunkt der Irreführung eine Unterlassungsverfügung.

7 In einer weiteren Abwandlung des Films entfielen im Text der Laudatio die Wörter "in allen Kategorien"; außerdem wurde eine Fundstelle des Tests angegeben (Anlage K 19 bis K 22a). Diese Version wurde in weiteren Fassun-

gen - mit Gratulationsszene (Anlage K 23) sowie ohne die Victory-Zeichen des Telekom-Repräsentanten (Anlagen K 25 bis K 28) - veröffentlicht. Daraufhin erwirkte die Klägerin unter dem Gesichtspunkt eines herabsetzenden Werbevergleichs eine Unterlassungsverfügung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 14. August 2015 (Az. 3/6 O 68/15).

8 Auf Antrag der Klägerin verbot das Oberlandesgericht Hamburg am 14. Dezember 2014 (Az. 5 W 87/15) im Wege der einstweiligen Verfügung weitere Fassungen des Werbefilms (Anlagen K 31 bis K 34) sowie Internet-Werbung mit der Angabe "bestes Netz" (Anlagen K 37, K 39 und K 40).

9 Gegen die in Werbeprospekten (Anlage K 55 und K 56) enthaltene Aussage zum "besten Netz" erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln (Az. 81 O 15/16).

10 Die Muttergesellschaft der Klägerin beantragte bei dem Landgericht Düsseldorf (Az. 34 O 56/15) wegen des Werbefilms (Anlage K 12 und K 13) auf markenrechtlicher Grundlage ohne Erfolg eine Unterlassungsverfügung, nachdem die Klägerin zuvor erfolglos bei dem Landgericht Frankfurt am Main (Az. 3/6 O 70/15) auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage gegen diesen Film vorgegangen war.

11 Die Klägerin hält die Werbung mit der Angabe "bestes Netz" für irreführend und sieht in der Darstellung ihres Repräsentanten im Werbefilm eine Herabsetzung und Rufschädigung ihres Unternehmens.

12 Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. a) die Beklagte zu 1 unter Androhung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

aa) mit der Aussage "Das beste Netz" und/oder "Und nun zum besten Netz..." und/oder "Das beste Netz gibt es bei 1&1" zu werben und/oder werben zu lassen, jeweils wenn dies geschieht wie in dem Werbespot

der durch die als Anlage K 26 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K 25 beigefügten CD ROM gespeichert ist und/oder

der durch die als Anlage K 28 beigefügte Bildfolge gekennzeichnet wird und in der als Anlage K 27 beigefügten CD ROM gespeichert ist;

- bb) im Rahmen geschäftlicher Handlungen mit der Darstellung eines Telekom-Repräsentanten zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht wie

[es folgt die Bezugnahme auf eine Reihe von Werbespots, jeweils verkörpert durch als Anlagen vorliegende Bildfolgen und CD-ROMs]

13

Hinsichtlich der Beklagten zu 2 hat die Klägerin wegen der Aussagen "Das beste Netz", "Und nun zum besten Netz..." und "Das beste Netz gibt es bei 1&1" Unterlassung hinsichtlich des Werbespots gemäß der Anlagen (Bildfolge/CD ROM) K 28/K27 (Antrag 2 a] aa]) sowie wegen der Darstellung eines Telekom-Repräsentanten Unterlassung hinsichtlich der Werbespots gemäß weiterer Anlagen (Antrag 2 a] bb]) begehrt.

14

Das Landgericht hat der Klage mit den Anträgen zu 1 a) aa) sowie 2 a) aa) ("Das beste Netz") stattgegeben und sie mit den Anträgen 1 a) bb) und 2 a) bb) (Telekom-Repräsentant) abgewiesen. Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision von Bedeutung - die Berufungen der Parteien zurückgewiesen und die Revision zugelassen, soweit es das Urteil des Landgerichts bestätigt hat. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, ihre vom Landgericht abgewiesenen Unterlassungsanträge weiter. Die Beklagten erstreben mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

15

A. Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin gestellten Klageanträge 1 a) bb) und 2 a) bb) als unbegründet und die Klageanträge 1 a) aa) und 2 a) aa) als zulässig und begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

16 Die mit den Anträgen 1 a) bb) und 2 a) bb) angegriffenen Werbespots stellten eine zulässige vergleichende Werbung dar. Diese sei weder herabsetzend noch verunglimpfend. Der Werbevergleich beziehe sich auf den tatsächlich erfolgten Testsieg und somit auf objektive Eigenschaften der beworbenen Dienstleistung. Die Darstellung führe auch nicht zu einer unlauteren Ausnutzung oder Beeinträchtigung von Kennzeichen der Klägerin. Zwar stelle die Beklagte zu 1 ihre Leistungen gegenüber den Leistungen der Klägerin als besser dar. Dies sei jedoch allein Inhalt der im Grundsatz zulässigen vergleichenden Werbung. Die angegriffenen Werbespots seien auch nicht irreführend.

17 Die Klageanträge 1 a) aa) und 2 a) aa) seien zulässig, insbesondere handele die Klägerin nicht rechtsmissbräuchlich. Die mit diesen Anträgen angegriffenen Angaben zum "besten Netz" seien irreführend, weil der angesprochene Verkehr die Werbung dahin verstehe, die Zeitschrift "Connect" habe ausgesprochen, die Beklagte zu 1 verfüge über das beste Netz. Das Prädikat "bestes Netz" sei im Test jedoch nicht verliehen worden. Das Testergebnis lasse sich mit den angegriffenen Angaben auch nicht in zulässiger Weise zusammenfassen.

18 Die angegriffenen Angaben seien auch deshalb irreführend, weil die angesprochenen Verkehrskreise sie dahin verstünden, die Beklagte zu 1 verfüge über das beste Netz. Gegenstand des Vergleichs sei jedoch nicht die Leistungsfähigkeit der Netze als solcher gewesen, sondern der Vergleich bestimmter Angebote, zu denen auch jeweils unterschiedliche Hardware-Komponenten gehörten, von denen das Testergebnis teilweise abhängig gewesen sei.

19

Die Beklagten hätten nicht dargelegt, dass die angegriffenen Angaben unabhängig von dem Testergebnis zutreffend und nach den Grundsätzen der Alleinstellungswerbung zulässig seien.

20 B. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg (dazu B I). Die Revision der Beklagten ist hingegen erfolgreich (dazu B II).

21 I. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Ihre Revision ist zwar zulässig (dazu B I 1). Die mit den Anträgen 1 a) bb) und 2 a) bb) geltend gemachten Ansprüche bestehen jedoch nicht (dazu B I 2).

22 1. Die Revision der Klägerin, mit der sie ihre im Berufungsrechtszug erfolglosen Klageanträge weiterverfolgt, ist zulässig, auch soweit sie die Anträge auf andere Anspruchsgrundlagen als § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG stützt.

23 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, soweit die jeweiligen Berufungen der Parteien zurückgewiesen worden sind. In der Begründung hat es ausgeführt, die Rechtssache habe, soweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen worden sei, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen einer vergleichenden herabsetzenden Werbung grundsätzliche Bedeutung. Eine Beschränkung der Revision auf Ansprüche nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist damit nicht erfolgt, so dass die Frage der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung dahinstehen kann. Dass das Berufungsgericht die Revision im vollen Umfang der Berufungszurückweisung zugelassen hat, ergibt sich klar aus der Tenorierung der Zulassungsentscheidung. In den Urteilsgründen ist, wie auch aus der Formulierung "insbesondere" folgt, lediglich einer von mehreren Gründen für die Zulassung der Revision genannt, ohne dass das Rechtsmittel weitergehend beschränkt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 Rn. 10 = WRP 2018, 2054 - Prozessfinanzierer, mwN).

2. Die mit den Anträgen 1 a) bb) und 2 a) bb) angegriffene Darstellung eines Repräsentanten des Unternehmens der Klägerin verstößt nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG (dazu B I 2 a), gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG (dazu B I 2 b), gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG (dazu B I 2 c), gegen § 4 Nr. 1 UWG (dazu B I 2 d), gegen § 4 Nr. 2 UWG (dazu B I 2 e) oder gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG (dazu B I 2 f).

25 a) Die von der Klägerin angegriffene Darstellung eines Repräsentanten ihres Unternehmens ist nicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter. Nach dieser Vorschrift ist eine vergleichende Werbung unlauter, wenn die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft werden.

26 aa) Die Revision wendet sich nicht dagegen, dass das Berufungsgericht die angegriffene Werbung als vergleichende Werbung angesehen hat. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

27 (1) Eine 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. Vergleichende Werbung im Sinne von § 6 UWG setzt neben dem Erkennbarmachen konkreter Wettbewerber einen Vergleich der von diesen angebotenen, hinreichend austauschbaren Produkte voraus (BGH, Urteil vom 19. Mai 2011 - I ZR 147/09, GRUR 2012, 74 Rn. 18 = WRP 2012, 77 - Coaching-Newsletter, mwN). Werbung im Sinne dieser Vorschrift 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 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung).

28 (2) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Die angegriffenen Filme dienen der Förderung des Absatzes der Beklagten, indem im Rahmen einer fiktiven Preisverleihung, an der als solche identifizierbare Vertreter des Unternehmens der Klägerin und der Beklagten teilnehmen, das Ergebnis eines Tests der Zeitschrift "Connect" vorgestellt wird, in dem die von den Parteien angebotenen Telekommunikationsdienstleistungen verglichen worden sind.

29 bb) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, bei der insoweit angegriffenen Werbung handele sich um einen herabsetzenden Werbevergleich.

30 (1) Für die Beurteilung des Tatbestands der Herabsetzung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist maßgeblich, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Produkte des Mitbewerbers oder seiner persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse 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, Urteil vom 20. September 2007 - I ZR 171/04, GRUR 2008, 443 Rn. 18 = WRP 2008, 666 - Saugeinlagen; Urteil vom 1. Oktober 2009 - I ZR 134/07, GRUR 2010, 166 Rn. 12 = WRP 2010, 252 - Gib mal Zeitung, mwN). Bei der Beurteilung ist auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Dieser Durchschnittsverbraucher ist zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung sowie daran gewöhnt, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird (BGH, GRUR 2010, 166 Rn. 20 - Gib mal Zeitung, mwN). Wo genau die Grenze zwischen leiser Ironie und nicht hinnehmbarer Herabsetzung verläuft, bedarf in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung. Ein humorvoller oder ironischer Werbevergleich kann 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 (BGH, GRUR 2010, 166 Rn. 20 - Gib mal Zeitung, mwN).

31 (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Zuschauer werde in humorvoller und ironischer Weise vermittelt, dass die Beklagte zu 1 die Leistungen der Klägerin übertroffen habe. Dabei werde der Repräsentant der Klägerin deutlich überzeichnet dargestellt. Durch die Art der Darstellung werde hervorgehoben, dass bei diesem Test nicht - wie in den Vorjahren - die Klägerin den Sieg errungen habe. Damit knüpfe die Gestaltung an die tatsächlichen Gegebenheiten an. Das Verhalten des Repräsentanten der Klägerin möge zwar dem Anlass nicht angemessen sein, wenn er sich (in Abendgarderobe gekleidet) eine Baseballkappe aufsetze, um den vermeintlich ihm zustehenden Preis entgegenzunehmen. Erst durch die Kappe werde aber der Repräsentant der Klägerin als solcher erkennbar. Der Verbraucher erkenne die ironische Überzeichnung des Charakters dieser Person. Auch die dargestellte Überheblichkeit des sichtbar siegesgewissen Repräsentanten der Klägerin werde als parodistisch und überzeichnet wahrgenommen. Gleiches gelte für die Formung des Victory-Zeichens und die Glückwunschszenen. Diese Umstände machten dem angesprochenen Verkehr deutlich, dass die Darstellung überzogen sei und humorvoll wirken solle. Eine Übertragung der Eigenschaften des Repräsentanten der Klägerin auf diese oder ihre Produkte finde nicht statt. An dieser Beurteilung ändere der Umstand nichts, dass Humor und Ironie lediglich auf Kosten des Repräsentanten der Klägerin gingen. Dies gelte auch mit Blick auf vereinzelte Kommentare Dritter, die die Werbefilme als verunglimpfend aufgefasst hätten. Die in der Werbung liegende Meinungsäußerung der Beklagten sei auch unter Berücksichtigung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten nicht einzuschränken. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

32 (3) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Grenze des zulässigen Vergleichs sei überschritten, weil sich die eingesetzte Ironie nicht auf das vergleichene Produkt oder die Leistungen des Konkurrenten beziehe, sondern einen außerhalb des Vergleichs liegenden Vorwurf gegen den Mitbewerber betreffe.

Der Repräsentant der Klägerin werde als überheblich, großspurig, selbstgefällig und dümmlich dargestellt, so dass er peinlich und lächerlich wirke und der Schadenfreude und Häme ausgeliefert werde.

33 Mit dieser Rüge greift die Revision die im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellungen der Verkehrsauffassung durch das Berufungsgericht an, die in der Revisionsinstanz nur darauf nachprüfbar sind, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung einen falschen rechtlichen Maßstab angelegt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 37 = WRP 2016, 1221 - LGA tested; Urteil vom 27. April 2017 - I ZR 55/16, BGHZ 215, 12 Rn. 19 - Preisportal; Urteil vom 21. Juni 2018 - I ZR 157/16, GRUR 2018, 1263 Rn. 13 = WRP 2018, 1458 - Vollsynthetisches Motorenöl, jeweils mwN). Solche Fehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

34 Das Berufungsgericht hat die Umstände des Falles umfassend gewürdigt und hierbei unter Berücksichtigung der verschiedenen Versionen des Werbefilms festgestellt, dass die darin dargestellte Figur des Repräsentanten der Klägerin vom angesprochenen Verkehr in Anspielung auf frühere Testsiege der Klägerin als ironisch und parodistisch überzeichnet wahrgenommen werde, weshalb eine Übertragung negativer Eigenschaften auf die Klägerin oder ihre Produkte nicht erfolge. Das Berufungsgericht hat hierbei - entgegen der Ansicht der Revision - durchaus berücksichtigt, dass es sich um eine frei erfundene Spielszene handelt. Diese Feststellungen konnte das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde und ohne Einholung einer Verkehrsbefragung treffen. Gehören die entscheidenden Richter - wie im Streitfall - selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen, bedarf es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens, um das Verkehrsverständnis zu ermitteln (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - I ZR 113/10, GRUR 2012,

215 Rn. 14 = WRP 2012, 75 - Zertifizierter Testamentsvollstrecker, mwN). Das Berufungsgericht hat sein in dieser Hinsicht bestehendes Ermessen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rn. 43 - Biominalwasser mwN) pflichtgemäß ausgeübt. Insbesondere mussten sich ihm Zweifel an seiner Sichtweise nicht deshalb aufdrängen, weil nach dem Vortrag der Klägerin einzelne Betrachter die Werbefilme als herabsetzend oder verunglimpfend empfunden haben sollen.

35 Die Würdigung des Berufungsgerichts ist ferner nicht erfahrungswidrig. Sie überschreitet auch mit Blick auf die Einordnung der "Gratulationsszene", die nach dem Verständnis der Revision die Klägerin beschämen soll, sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hingegen lediglich ebenfalls in einer ironischen Überzeichnung erschöpft, nicht die Grenze zulässiger tatrichterlicher Würdigung. Soweit die Revision weiter geltend macht, erfahrungswidrig sei auch die Annahme des Berufungsgerichts, die nachteilige Darstellung des Repräsentanten der Klägerin werde nicht auf diese und deren Produkte übertragen, ersetzt sie lediglich die tatrichterliche Würdigung durch ihre eigene, ohne dabei einen Rechtsfehler aufzuzeigen.

36 (4) Die Revision der Klägerin rügt ebenfalls ohne Erfolg, das Berufungsgericht sei von einem falschen rechtlichen Maßstab ausgegangen, weil es dem Umstand keine Bedeutung beigemessen habe, dass Humor und Ironie im Streitfall allein auf Kosten einer Partei - der Klägerin - gingen.

37 Im Rahmen der anzustellenden Gesamtwürdigung sind zwar Art und Maß des Einsatzes humoristischer Mittel für die Ermittlung des Verkehrsverständnisses und die Prüfung des herabsetzenden Charakters eines Werbevergleichs von Bedeutung (vgl. BGH, GRUR 2010, 166 Rn. 22 - Gib mal Zeitung). Eine schematische Betrachtungsweise etwa danach, ob solche Mittel einseitige oder sonst ungleiche Verwendung finden, verbietet sich jedoch mit Blick auf die

insoweit stets erforderliche Einzelfallbetrachtung. Im Streitfall hat das Berufungsgericht einen zutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt.

38 (5) Die Revision der Klägerin macht weiterhin ohne Erfolg geltend, die ihrer Auffassung nach den Repräsentanten der Klägerin lächerlich machende Darstellung leiste keinerlei Beitrag zur sachlichen Information der Verbraucher und liege daher außerhalb des Schutzzwecks der Richtlinie 2006/114/EG.

39 Zwar trifft es zu, dass eine Herabsetzung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG umso eher anzunehmen sein kann, je weniger eine für den Mitbewerber nachteilige Aussage den Zielen der Verbraucherinformation und Markttransparenz dient (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 6 Rn. 181; Koos in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 6 Rn. 247). Im Streitfall besteht jedoch nach den von der Revision vergeblich angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ein hinreichender sachlicher Zusammenhang zwischen der gewählten Darstellungsform und dem in Gestalt des Testergebnisses kommunizierten Vergleich, weil die ironisch übersteigerte voreilige Siegesgewissheit des Repräsentanten der Klägerin auf den besonderen tatsächlichen Umstand hinweist, dass - anders als in früheren Jahren, in denen stets die Klägerin Testsiegerin geworden war - dieses Mal das Angebot der Beklagten zu 1 den Testsieg errungen hat. Hierbei handelt es sich um einen tatsächlichen Umstand, der für die Qualität der Dienstleistungen der Parteien von Bedeutung ist und dessen werbliche Hervorhebung durchaus der Verbraucherinformation und Markttransparenz dient.

40 (6) Ohne Erfolg macht die Revision der Klägerin geltend, das Berufungsgericht habe zugunsten der Beklagten das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit berücksichtigt, ohne auch die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin zu würdigen, deren Ansehen durch die angegriffene Werbung geschädigt werde.

41 Diese Rüge übergeht wiederum die revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts und bringt eine hiervon abweichende tatsächliche Würdigung der Werbung zur Geltung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist von einer Übertragung der im Werbefilm gezeigten negativen Eigenschaften des Repräsentanten der Klägerin auf diese aufgrund ironischer Überzeichnung nicht auszugehen, so dass eine nennenswerte Schädigung des Ansehens der Klägerin nicht gegeben ist. Auf dieser Grundlage ist auch die grundrechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Der Sache nach wird in der Werbung allein der zutreffende, deshalb von der Klägerin hinzunehmende tatsächliche Umstand kommuniziert, dass die siegesverwöhnte Klägerin bei dem Vergleichstest des Jahres 2015 lediglich den zweiten Platz erreicht hat.

42 b) Die Revision der Klägerin wendet sich vergeblich gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die angegriffene Werbung verstoße nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG. Nach dieser Vorschrift ist ein werblicher Vergleich unlauter, wenn er den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

43 aa) Eine wirksame vergleichende Werbung kann es erfordern, die Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird (vgl. Erwägungsgründe 8 und 14 f. der Richtlinie 2006/114/EG). Eine solche Bezugnahme verletzt das fremde Kennzeichenrecht nicht, wenn sie unter Beachtung der in der Richtlinie aufgestellten Bedingungen erfolgt und das fremde Zeichen verwendet wird, um auf den Bestimmungszweck des angebotenen Produkts hinzuweisen. Der Vorwurf einer unlauteren Ausnutzung oder Beeinträchtigung des Rufs ist daher nur dann begründet, wenn über die Nennung des Kennzeichens hinaus zusätzliche Umstände hinzukommen (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009 - C-487/07, Slg. 2009, I-5185 = GRUR 2009,

756 Rn. 44 bis 50 - L'Oréal/Bellure; BGH, Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 48/10, GRUR 2011, 1158 Rn. 22 = WRP 2011, 1599 - Teddybär; Urteil vom 2. April 2015 - I ZR 167/13, GRUR 2015, 1136 Rn. 17 f. = WRP 2015, 1336 - Staubsaugerbeutel im Internet).

44 Die Feststellung, ob die Benutzung eines Zeichens dessen Wertschätzung in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt, erfordert eine umfassende Beurteilung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, wobei insbesondere das Ausmaß der Bekanntheit und des Grades der Unterscheidungskraft des Zeichens, der Grad der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen, die Art der betroffenen Produkte und der Grad ihrer Nähe sowie die möglicherweise bestehende Gefahr der Verwässerung oder Verunglimpfung des Zeichens zu berücksichtigen sind (EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 44 f. - L'Oréal/Bellure). Die Feststellung einer solchen Unlauterkeit erfordert daher die Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden, des betroffenen Mitbewerbers und der Verbraucher, bei der die legitime Funktion der vergleichenden Werbung, die Verbraucher objektiv zu informieren, und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind (BGH, GRUR 2011, 1158 Rn. 23 - Teddybär).

45 bb) Die Revision der Klägerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG seien nicht erfüllt, weil die Beklagte zu 1 ihre Leistungen zwar gegenüber den Leistungen der Klägerin als besser darstelle, dies jedoch allein Inhalt der im Grundsatz zulässigen vergleichenden Werbung sei.

46 (1) Die Revision der Klägerin rügt vergeblich, das Berufungsurteil sei im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO unvollständig begründet, weil es sich allein mit der Rufausnutzung unter dem Gesichtspunkt des Imagetransfers befasse, nicht jedoch mit dem Tatbestand der Rufbeeinträchtigung.

47 Der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO liegt vor, wenn Entscheidungsgründe entweder völlig fehlen oder sie unverständlich, verworren oder nichtssagend sind oder Ausführungen enthalten, die wegen ihrer Dürftigkeit und Unvollständigkeit den Urteilsausspruch nicht tragen und deshalb in Wirklichkeit nicht erkennen lassen, welche Überlegungen maßgebend waren; sind die Entscheidungsgründe hingegen lediglich fehlerhaft oder knapp, weil zum Beispiel Parteivorbringen nicht ausreichend gewürdigt wird, so fehlt es nicht im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO an der Begründung (MünchKomm.ZPO/Krüger, 3. Aufl., § 547 Rn. 15 f.). Im Streitfall genügen die Urteilsgründe mit Blick auf Ansprüche nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG diesem Maßstab. Das Berufungsgericht hat solche Ansprüche knapp, aber umfassend abgelehnt und dies damit begründet, dass weder eine Rufausbeutung erfolge noch eine Herabsetzung vorliege.

48 (2) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, es liege keine Herabsetzung vor, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

49 Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts enthält die Werbung der Beklagten die ironisch gestaltete Mitteilung eines Vergleichstests, bei dem die Dienstleistungen der Beklagten diejenigen der Klägerin übertroffen haben. Eine unlautere Herabsetzung der Klägerin ist mit dieser Werbung nicht verbunden (dazu Rn. 29 ff.). Die Verwendung des Kennzeichens der Klägerin auf dem von ihrem Repräsentanten aufgesetzten Baseball-Cap dient im Rahmen der vergleichenden Werbung ihrer Identifizierung als Mitbewerber. Hat die Werbung als solche keine die Klägerin unlauter herabsetzende Aussage, kommt auch der Verwendung ihres Zeichens keine solche Wirkung zu. Die Mitteilung der Platzierung ihrer Dienstleistungen im Vergleichstest muss die Klägerin vielmehr auch mit Blick auf die Verwendung ihres Kennzeichens hinnehmen.

c) Die Revision der Klägerin hat auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts wendet, die angegriffene Werbung verstoße nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, weil sich die Darstellung auf den tatsächlich errungenen Testsieg beziehe.

51 aa) Nach dieser Vorschrift ist ein werblicher Vergleich unlauter, wenn er nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis der Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Die Frage, ob sich die Werbung auf eine Eigenschaft bezieht, die für die Waren oder Dienstleistungen die genannten, kumulativ zu fordernden Qualifikationen aufweist, ist aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs zu beurteilen (BGH, Urteil vom 30. September 2004 - I ZR 14/02, GRUR 2005, 172, 174 [juris Rn. 22] = WRP 2005, 207 - Stresstest; BGH, GRUR 2010, 166 Rn. 26 - Gib mal Zeitung).

52 bb) Im Streitfall erkennt der angesprochene Verkehr in dem in Rede stehenden Werbespot einen Vergleich der Qualität der von den Parteien angebotenen Telekommunikationsdienstleistungen (dazu bereits Rn. 26 ff.). Der Vergleich ist damit objektiv auf eine wesentliche, relevante, nachprüfbare Eigenschaft der Produkte der Parteien bezogen. An der Sachbezogenheit des Vergleichs fehlt es auch nicht, soweit durch die ironische Darstellung der voreiligen Siegesgewissheit des Repräsentanten der Klägerin und der "Gratulationsszene" der Umstand betont wird, dass die Klägerin dieses Mal lediglich den zweiten Platz erreicht hat. Dass die Beklagte zu 1 erstmals die Klägerin - die Siegerin der Vorjahre - übertroffen hat, ist ein mit der Qualität ihrer Dienstleistung unmittelbar im Zusammenhang stehender tatsächlicher Umstand, dessen werbliche Kommunikation nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG zulässig ist.

53 d) Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin sind die Klageanträge nicht nach § 4 Nr. 1 UWG (§ 4 Nr. 7 UWG aF) begründet.

- 54 Nach dieser Vorschrift handelt unlauter, wer die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

- 55 Soweit - wie im Streitfall - die unionsrechtlich determinierten Spezialvorschriften des § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 5 UWG anwendbar sind, verdrängen sie § 4 Nr. 1 UWG und § 4 Nr. 7 UWG aF (BGH, GRUR 2012, 74 Rn. 17 - Coaching-Newsletter; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - I ZR 219/13, GRUR-RR 2016, 410 Rn. 18; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 4 Rn. 1.7).
- 56 e) Die Revision der Klägerin hat ferner keinen Erfolg, soweit sie die Klageanträge als nach § 4 Nr. 2 Halbsatz 1 UWG (§ 4 Nr. 8 Halbsatz 1 UWG aF) begründet ansieht.
- 57 Nach dieser Vorschrift handelt unlauter, wer über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind.
- 58 Der Umstand, dass das Berufungsgericht sich mit Ansprüchen nach dieser Vorschrift in seinen Urteilsgründen nicht befasst hat, verhilft der Revision nicht zum Erfolg. Ein etwaiger Begründungsmangel im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO ist nur dann ein entscheidungserheblicher Revisionsgrund, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts auf diesem Mangel beruht, weil das übergangene Angriffs- oder Verteidigungsmittel Erfolg hätte haben müssen (vgl. RGZ 156, 113, 119; BGH, Urteil vom 28. September 1978 - III ZR 203/74, VersR 1979, 348, 349 [juris Rn. 22]; MünchKomm.ZPO/Krüger aaO § 547 Rn. 22). Daran fehlt es im Streitfall, weil die Voraussetzungen von Ansprüchen nach § 4 Nr. 2 UWG nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift ist die Behauptung oder Verbreitung nicht erweislich wahrer Tatsachen unlauter, sofern diese zur Schädigung des Kredits eines Unternehmens geeignet sind. Bei dem von der Revision als kreditschädigend angesehenen Umstand, dass nach dem Testergebnis die Qualität der Dienstleistungen der Klägerin hinter der Qualität der Dienstleistungen

gen der Beklagten zurücksteht, handelt es sich um eine erweislich wahre Tatsache.

59 f) Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klageanträge seien ebensowenig nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG begründet, wendet sich die Revision der Klägerin nicht. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

60 II. Die zulässige Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist zwar nicht wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig (dazu B II 1). Die mit den Klageanträgen 1 a) aa) und 2 a) aa) verfolgten Ansprüche sind jedoch nicht begründet (dazu B II 2).

61 1. Die Klageanträge sind zulässig. Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, die Rechtsverfolgung der Klägerin sei nach § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG rechtsmissbräuchlich.

62 a) Nach dieser Vorschrift ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung wegen einer nach § 3 oder § 7 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs führt im Erfolgsfalle zur Unzulässigkeit der Klage und ist daher auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 174/10, GRUR 2012, 730 Rn. 47 = WRP 2012, 930 - Bauheizgerät; Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 248/16, GRUR 2019, 199 Rn. 20 = WRP 2019, 180 - Abmahnaktion II; Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 Rn. 37 = WRP 2018, 2054 - Prozessfinanzierer [zu § 242 BGB]). Die Verfolgung kerngleicher oder auch ähnlich gelagerter Wettbewerbsverstöße zwischen denselben Parteien in getrennten Verfahren kann ein Indiz für Rechtsmissbrauch dar-

stellen, sofern es an berechtigten Gründen für eine solche Aufspaltung fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 14/07, GRUR 2009, 1180 Rn. 20 = WRP 2009, 1510 - 0,00 Grundgebühr). Hierbei stellt es einen sachlichen Grund dar, wenn die getrennte Anspruchsverfolgung aufgrund von möglichen Unterschieden in der rechtlichen Beurteilung oder Beweisbarkeit des jeweiligen Verstoßes als der prozessual sicherste Weg zur Durchsetzung des Rechtsschutzbegehrens erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2009 - I ZR 58/07, GRUR 2010, 454 Rn. 21 = WRP 2010, 640 - Klassenlotterie; Urteil vom 19. Juli 2012 - I ZR 199/10, GRUR 2013, 307 Rn. 20 = WRP 2013, 329 - Unbedenkliche Mehrfachabmahnung; Beschluss vom 26. Februar 2014 - I ZR 119/09, juris Rn. 10).

63 b) Im Streitfall hat das Berufungsgericht die Rechtsverfolgung durch die Klägerin zu Recht nicht für rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG gehalten.

64 Die Revision der Beklagten verweist ohne Erfolg auf den Umstand, dass die Klägerin im Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen verschiedene Werbemaßnahmen der Beklagten vor verschiedenen Gerichten vorgegangen ist. Ein Rechtsmissbrauch kommt nicht in Betracht, wenn aufgrund sukzessiver, auf wettbewerbsrechtliche Beanstandungen zurückzuführender Veränderungen der Werbemaßnahmen durch den Mitbewerber die Zusammenfassung des Angriffs auf sämtliche Verletzungsformen in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung wegen seiner Eilbedürftigkeit nicht möglich ist. Die Revision macht nicht geltend, dass die Klägerin etwa die verschiedenen Versionen der Werbung in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung hätte angreifen können.

65 Die Revision der Beklagten dringt aber auch mit ihrem Hinweis auf das von der Konzernmutter der Klägerin wegen des Werbefilms auf markenrechtlicher Grundlage gesondert geführte Eilverfahren nicht durch. Die von ihr beanstandete Einleitung des markenrechtlichen Verletzungsverfahrens nach dem

erfolglosen Versuch der Erlangung eines wettbewerbsrechtlichen Verbots ist schon durch die erheblichen Unterschiede in der tatsächlichen Darlegung und rechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverstößen einerseits und markenrechtlichen Verstößen andererseits sachlich begründet und stellt kein Indiz für rechtsmissbräuchliches Verhalten dar.

66 2. Die Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht die mit den Anträgen 1 a) aa) und 2 a) aa) verfolgten Anträge nach §§ 8, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG zuerkannt hat.

67 a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine irreführende geschäftliche Handlung unlauter, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei kommt es auf die Vorstellung des verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers an. Erforderlich ist, dass die Werbung geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen über marktrelevante Umstände hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. April 2016 - I ZR 23/15, GRUR 2016, 1073 Rn. 27 = WRP 2016, 1228 - Geo-Targeting, mwN).

68 Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie zur Täuschung geeignete Angaben über die wesentlichen Merkmale der Waren oder Dienstleistungen wie die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen enthält. Die Werbung mit aktuellen Testergebnissen für Produkte, die den getesteten entsprechen und die auch nicht technisch überholt sind (vgl. dazu BGH, Urteil vom 2. Mai 1985 - I ZR 200/83 - Veralteter Test; Beschluss vom 15. August 2013 - I ZR 197/12, WRP 2014, 67 Rn. 8), ist grundsätzlich nicht irreführend, wenn die von einem Dritten vergebene Auszeichnung in einem seriösen Verfahren vergeben und nicht erschlichen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - I ZR

41/00, GRUR 2003, 800, 802 [juris Rn. 38] = WRP 2003, 1111 - Schachcomputerkatalog). Der Werbende darf sich in diesen Fällen mit der Auszeichnung schmücken und braucht keinen eigenen Qualitätsnachweis zu führen; insbesondere unterliegt er nicht den Zulässigkeitsanforderungen der Alleinstellungs- oder Spitzengruppenwerbung (BGH, GRUR 2003, 800, 802 [juris Rn. 38] - Schachcomputerkatalog). Die Werbung mit einem Testsiegel darf allerdings auch über den Rang des beworbenen Produkts im Kreise der getesteten Produkte nicht irreführen (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1982 - I ZR 71/80, GRUR 1982, 437, 438 [juris Rn. 15 f.] = WRP 1982, 414 - Test Gut).

69 Eine Werbung, mit der der Werbende das Testergebnis nicht in der wörtlich verliehenen Form nutzt, sondern mit eigenen Worten umschreibt, ist (nur) irreführend, wenn der Werbende die Aussage des Testergebnisses zu seinen Gunsten verändert (Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5 Rn. 2.281; Peifer/Obergfell in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 5 Rn. 323; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 5 Rn. 420; Weidert in Har- te/Henning, UWG, 4. Aufl., § 5 Rn. 268; vgl. auch OLG Hamburg, GRUR-RR 2013, 437, 438).

70 Ausnahmsweise kann die Werbung mit einem Testsiegel irreführend sein, wenn dem Testsiegel aufgrund besonderer Umstände - etwa wegen des Fehlens von objektiven Kriterien für die Prüfung der untersuchten Dienstleistung - nur eine begrenzte Aussagekraft zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - I ZR 253/02, GRUR 2005, 877, 879 f. [juris Rn. 35 ff.] = WRP 2005, 1242 - Werbung mit Testergebnis).

71 Unberührt bleibt ferner die aus § 5a Abs. 2 UWG folgende Pflicht des Werbenden, bei der Werbung mit einem Testsiegel wesentliche Informationen - etwa die Testfundstelle oder Hinweise auf Prüfkriterien - mitzuteilen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2009 - I ZR 50/07, GRUR 2010, 248 Rn. 28 ff. = WRP 2010,

370 - Kamera Kauf im Internet; Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 17 ff. = WRP 2016, 1221 - LGA tested).

72 b) Die angegriffenen Angaben zum "besten Netz" verstoßen nicht gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG.

73 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Angaben zum "besten Netz" seien aus zwei Gründen irreführend. Zum einen vermittelten sie dem Verbraucher den unzutreffenden Eindruck, die Zeitschrift "Connect" habe der Beklagten zu 1 die Auszeichnung "Das beste Netz" verliehen. Dieses Prädikat sei im Test jedoch nicht vergeben worden. Das Testergebnis lasse sich hierdurch auch nicht in zulässiger Weise zusammenfassen. Zum anderen erweckten die Angaben bei den angesprochenen Verkehrskreisen den unzutreffenden Eindruck, die Beklagte zu 1 verfüge über das beste Netz. Im Testbericht werde darauf hingewiesen, dass das schlechtere Ergebnis für die Klägerin mit dem von ihr eingesetzten Router und einem Softwareproblem der Klägerin zusammenhänge. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

74 bb) Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass der Verkehr die angegriffene Werbung als Wiedergabe des Testergebnisses versteht und dass der Titel "Das beste Netz" durch den Test der Zeitschrift "Connect" nicht verliehen wurde. Die Revision der Beklagten wendet sich aber mit Erfolg gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die angegriffenen Angaben zum "besten Netz" gäben das Testergebnis nicht zutreffend wieder.

75 (1) Tatrichterliche Feststellungen zum Verkehrsverständnis unterliegen zwar nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle dahingehend, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung einen falschen rechtlichen Maßstab angelegt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (dazu oben Rn. 33). Den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt jedoch ein falscher rechtlicher Maßstab zugrunde.

76 Bei der Prüfung, ob die Beklagten die von der Zeitschrift "Connect" vergebene Auszeichnung inhaltlich zutreffend wiedergegeben haben, ist nicht auf den Inhalt des der Auszeichnung vorangegangenen Prüfverfahrens oder den ihr zugrundeliegenden Ergebnisbericht, sondern ausschließlich darauf abzustellen, ob die verliehene Auszeichnung selbst zutreffend wiedergegeben worden ist. Es ist weder festgestellt noch von der Klägerin geltend gemacht worden, dass das Testsiegel aufgrund besonderer Umstände nur eine begrenzte Aussagekraft hat; insbesondere fehlt es nicht an objektiven Standards und Kriterien für die Prüfung der getesteten Telekommunikationsdienstleistungen. Der Streitfall betrifft auch keine zeitlich oder technisch überholte Testwerbung oder eine durch das Testsiegel ausgelöste Irreführung über den Rang des beworbenen Produkts im Kreis der getesteten Produkte.

77 (2) Die angegriffenen Angaben sind mithin allein an der Aussage des von der Zeitschrift "Connect" verliehenen Testsiegels zu messen. Das Berufungsgerecht hat hierzu keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Der erkennende Senat kann diese Feststellungen aufgrund des unstreitigen Sachverhalts selbst vornehmen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 21. September 2017 - I ZR 53/16, GRUR 2018, 320 Rn. 21 = WRP 2018, 328 - Festzins Plus, mwN).

78 Die Angaben zum "besten Netz" umschreiben das Testergebnis "Testsieger - Festnetztest", ohne die Aussage des Testergebnisses zugunsten der Beklagten zu verändern. Das Ergebnis des von der Zeitschrift "Connect" durchgeführten Tests wird durch das von ihr verliehene Testsiegel zum Ausdruck gebracht. Dieses Testsiegel besagt wörtlich, dass "1&1" der "Testsieger" im "Festnetztest Heft 8/2015" ist. Dieses im Testsiegel zum Ausdruck gebrachte Testergebnis wird durch die von den Beklagten in der Werbung verwendete Angabe, nach dem Ergebnis des "Festnetztests" verfügten sie über "Das beste Netz", mit eigenen Worten umschrieben, ohne die Aussage des Testergebnisses zu ihren Gunsten zu verändern. Die Werbung ist auch nicht wegen eines

unzutreffenden Produktbezugs irreführend, weil sie sich in der zutreffenden Angabe erschöpft, dass die Beklagten im "Festnetztest Heft 8/2015" den Sieg errungen haben.

79 Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass das Testsiegel nicht in einem seriösen Verfahren vergeben oder erschlichen worden ist. Die Revision der Klägerin hat auch nicht geltend gemacht, dass das Berufungsgericht Vortrag der Klägerin hierzu übergangen hat. Es handelt sich mithin um eine inhaltlich zutreffende Werbung mit dem Inhalt des vergebenen Testsiegels.

80 cc) Mit Erfolg beanstandet die Revision der Beklagten weiter die Annahmen des Berufungsgerichts, der angesprochene Verkehr entnehme den angegriffenen Angaben, der Titel "Das beste Netz" sei der Beklagten zu 1 tatsächlich verliehen worden oder die Beklagten verfügten über das beste Netz.

81 Die erstgenannte Annahme wird von den durch das Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht getragen. Diese beziehen sich auf die Gestaltung eines in der Revision nicht mehr streitgegenständlichen Werbeflugblatts, nicht aber auf den Inhalt der hier zu beurteilenden Werbefilme. Insoweit fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts.

82 Auf die vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Fehlvorstellungen kommt es allerdings aus Rechtsgründen nicht an. Gibt die angegriffene Werbung den Inhalt des von einem Dritten in einem seriösen Verfahren vergebenen und nicht erschlichenen Testsiegels zutreffend wieder (dazu oben Rn. 74 ff.), so ist es lauterkeitsrechtlich unerheblich, ob Teile des Verkehrs dieser Wiedergabe des Testsiegels unzutreffende Vorstellungen über Gegenstand oder Ergebnis des Tests entnehmen. Deshalb erweist sich das angegriffene Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig, weil die Wiedergabe des Testsiegels - wie die Klägerin geltend macht - von Teilen des Verkehrs unzutreffend dahingehend

verstanden wird, die Beklagte zu 1 verfüge über ein eigenes flächendeckendes Netz.

83 3. Die Klageanträge sind auch nicht nach § 5a Abs. 2 UWG begründet. Die Beklagten haben bei der Wiedergabe des Testsiegels keine wesentlichen Informationen vorenthalten.

84 C. Danach ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Auf die Revision der Beklagten ist das angegriffene Urteil, soweit darin zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, aufzuheben und die Klage hinsichtlich des Antrags 1 a) aa), bezogen auf die Werbespots gemäß Anlagen K 25, K 26, K 27 und K 28, sowie des Antrags 2 a) aa), bezogen auf den Werbespot gemäß Anlage K 27 und K 28, abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 16.02.2017 - 81 O 33/16 -

OLG Köln, Entscheidung vom 03.11.2017 - 6 U 41/17 -