



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 88/16

vom

8. Dezember 2016

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 24. März 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Klageantrags 4 a) und des Anspruchs auf Abmahnkostenerstattung zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten im Beschwerdeverfahren, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Der Streitwert für den zurückgewiesenen Teil des Beschwerdeverfahrens wird auf 35.000 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Die Parteien sind Mitbewerber im Telekommunikationssektor. Die Be-  
klagte hat für ihren Tarif "DSL StarS" unter Verwendung von Test-Emblemen  
geworben.

2 Die Klägerin hat die Werbung der Beklagten mit einem Emblem des Ver-  
gleichsportals "billig.tarife.de" als irreführend beanstandet, weil es mangels  
Lesbarkeit an der Angabe einer Fundstelle fehle. Eine vorgerichtliche Abmah-  
nung vom 21. Oktober 2013 hat nicht zur Streitbeilegung geführt.

3 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision von Bedeutung - die  
Beklagte auf den Klageantrag 4 a) unter Androhung näher bezeichneter Ord-  
nungsmittel verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr mit einem Testergebnis zu werben, ohne den ange-  
sprochenen Verkehrskreisen die Möglichkeit zu geben, den Test aufzufinden,  
wenn dies dadurch geschieht, dass die Fundstelle des Tests nicht angegeben  
und/oder die Werbung mit der Fundstelle des Tests nicht verlinkt ist.

4 Das Berufungsgericht hat der Klägerin ferner Abmahnkostenersatz in  
Höhe von 679,79 € zuzüglich 8,5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem  
29. Oktober 2013 zuerkannt.

5 Mit der zuzulassenden Revision möchte die Beklagte ihren Antrag auf  
Abweisung der Klage weiterverfolgen.

6 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat teilweise Erfolg. Sie führt gemäß  
§ 544 Abs. 7 ZPO zur teilweisen Aufhebung des angegriffenen Urteils, soweit  
hinsichtlich des Klageantrags 4 a) und des Anspruchs auf Abmahnkostenerstat-  
tung zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, und insoweit zur Zu-  
rückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

7           1. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung nach dem Klageantrag 4 a) wie folgt begründet: Es liege ein Verstoß gegen § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG vor. Bei einer Werbung mit Testergebnissen sei die Angabe der Fundstelle erforderlich, um dem Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung zu ermöglichen. Diese Angabe könne im Internet durch einen Link ersetzt werden. An beidem fehle es vorliegend. Die Klägerin habe mit der Berufungsbegründung vorgetragen, dass die Beklagte wie beanstandet geworben habe, ohne dass die Angabe bei Ansteuern mit dem Mouse-Cursor vergrößert worden sei ("Mouseover-Effekt") und ohne dass der Internetnutzer die Chance gehabt habe, durch Anklicken des Billig-Tarife-Emblems zu der Internetseite zu gelangen, auf der die Testergebnisse beschrieben waren. Dies habe die Beklagte zunächst in unzureichender Weise mit Nichtwissen bestritten, auf Hinweis des Berufungssenats habe sie jedoch ausgeführt, der Internetauftritt benötige keinen Mouseover-Effekt, weil das Siegel auf der Internetseite der Beklagten in ausreichender Größe abgebildet und lesbar sei. Damit, so das Berufungsgericht weiter, sei unstrittig, dass ein Mouseover-Effekt nicht installiert gewesen sei.

8           2. Das Berufungsurteil beruht teilweise auf einer Verletzung des Rechts der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Das Berufungsgericht hat den Klageantrag 4 a) unter Außerachtlassung von Vortrag der Beklagten zuerkannt.

9           a) Das Berufungsgericht hat auf die Abwesenheit eines Mouseover-Effekts abgestellt, obwohl die Beklagte unabhängig davon eine hinreichende Lesbarkeit der Fundstellenangabe geltend gemacht hat. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung nicht berücksichtigt, dass die Beklagte in ihrer Klageerwidernung die mangelnde Lesbarkeit der in den Emblemen enthaltenen Texte bestritten und darauf verwiesen hat, bei der von der Klägerin eingereichten Anlage handele es sich um eine verkleinerte, zudem verschwommene Abbildung der Internetseite der Beklagten. Der weitere Vortrag der Beklagten, jedenfalls

seien die Angaben infolge eines Mouseover-Effekts lesbar, ist - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - nicht so zu verstehen, dass die Beklagte ihre Rechtsverteidigung allein auf die Existenz eines Mouseover-Effekts gestützt hätte. Von diesem Vortrag ist die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht abgerückt.

10            b) Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hat keine - aufgrund der Einlassung der Beklagten erforderlichen - Feststellungen dazu getroffen, ob die Angaben auch ohne Mouseover-Effekt lesbar waren.

11            Im weiteren Verfahren wird zu berücksichtigen sein, dass der von der Klägerin bisher gestellte Antrag 4 a) nicht der Charakteristik des gerügten Rechtsverstößes entspricht, weil die mangelnde Lesbarkeit einer Testfundstelle nicht mit dem Fehlen jeglicher Testfundstellenangabe gleichzusetzen ist. Es wird ferner zu berücksichtigen sein, dass der Bundesgerichtshof im Bereich der Testsiegelwerbung nicht die Schaltung eines elektronischen Verweises (Links) zum Testergebnis verlangt, sondern die Angabe einer Internetseite ausreichen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 35 = WRP 2016, 1221- LGA tested).

12            3. Danach kann auch die Zuerkennung des Anspruchs auf Abmahnkostenerstattung nebst Zinsen keinen Bestand haben. Im weiteren Verfahren wird hinsichtlich der Höhe zu fordernder Zinsen zu berücksichtigen sein, dass - wie von der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz vom 3. März 2016 geltend gemacht - der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten keine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB darstellt.

13            III. Die weitergehende Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist zurückzuweisen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten gestützten Rügen nicht

durchgreifen und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch im Übrigen nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 14.08.2014 - 2-3 O 458/13 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 24.03.2016 - 6 U 182/14 -