



## OBERLANDESGERICHT KÖLN

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

Entscheidung vom 18. Dezember 2009

Aktenzeichen: 6 U 68/09

In dem Rechtsstreit

....

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2009 durch die Richter ..., ... und ... für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 20.03.2009 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln ? 81 O 140/08 ? unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der persönlich haftenden Gesellschafterin, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für Telekommunikations- und/oder Internet-Dienstleistungen mit der Angabe

a) ?Computer Bild hat gemessen: Im Deutschland-Durchschnitt und über alle Anschluss-Geschwindigkeiten (DSL 2.000, 6.000 und 16.000) hinweg liegt Unitymedia vorn.?

und/oder

b) ?In unserem Test hatten die Kabelbetreiber neben den günstigsten Preisen auch die schnellsten Leitungen.?

und/oder

c) ?So sind die Reaktionszeiten (Ping) deutlich fixer, was Online-Gamern und Ebay-Nutzern Vorteile bringt.?

und/oder

?Die Bandbreite ist ebenfalls gesichert. Die versprochene Übertragungsgeschwindigkeit erhält

jeder Kunde ??

zu werben und/oder werben zu lassen,

wenn dies geschieht wie nachfolgend wiedergegeben:

2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin 1.785,60 ? nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basis-zinssatz seit dem 28.02.2008 zu zahlen.

3. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Klägerin 1/4 und die Beklagte 3/4 zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 150.000,00 ? abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beide Parteien können die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrag abweisen, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

I.

Die Parteien stehen miteinander als Anbieter von Internetzugangsdienstleistungen im Wettbewerb. Im Februar 2008 ließ die Beklagte ein Faltblatt verteilen, in dem sie ? wie aus der Urteilsformel ersichtlich ? mit in Computerzeitschriften publizierten Testergebnissen warb. Die Klägerin hat mehrere Werbeaussagen daraus ? in verbalisierter Form wie zu Nr. I 1 lit. a bis c der Urteilsformel ohne Einblendung der konkreten Verletzungsform ? als irreführend beanstandet und den Ersatz von 1.785,60 ? Abmahnkosten verlangt. Das Landgericht, auf dessen Urteil verwiesen wird, hat ihrem Unterlassungsantrag nur hinsichtlich der zweiten Teilaussage zu Nr. I 1 lit. c der vorstehenden Urteilsformel und ihrem Zahlungsantrag nur in Höhe von 297,60 ? entsprochen. Im Berufungsrechtszug verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihres Begehrens unter Ergänzung ihres Vorbringens (unter anderem im Hinblick auf bestimmte, nachfolgend näher zu behandelnde Testergebnisse) weiter. Die Beklagte, die nach der mündlichen Verhandlung erster Instanz den Test der Zeitschrift ?PC Pr@xis? (Anlage B 1) und mit der Berufungserwiderung die Untersuchung der Zeitschrift ?Computer Bild? (Anlage B 3) vorgelegt hat, verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg. Der Klägerin steht ? allerdings beschränkt auf die konkrete Verletzungsform ? über die erstinstanzliche Verurteilung der Beklagten hinaus auch hinsichtlich der Werbeaussagen zu Nr. I 1 lit. a und b sowie der ersten Teilaussage zu Nr. I 1 lit. c der Urteilsformel ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 1 UWG sowie ein hinsichtlich seiner Berechnungsgrundlagen nicht umstrittener weiterer Kostenerstattungsanspruch aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu, denn die in Rede stehenden Werbeaussagen sind irreführend, weil sie zur Täuschung des angesprochenen Publikums geeignete Angaben über die Ergebnisse und wesentlichen Bestandteile der angeführten Tests ihrer Dienstleistungen enthalten, was der Senat aus eigener Sachkunde beurteilen kann.

Zutreffend hat bereits das Landgericht betont, dass die Beklagte wie für eigene Werbetexte dafür einzustehen

hat, dass die aus Computerfachzeitschriften in ihre Werbung übernommenden Aussagen in isolierter Form und im neuen Kontext nicht irreführend wirken (vgl. Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rn. 2.167 f., 4.236 ff.). Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien im Berufungsrechtszug ist das jedoch der Fall:

1. Die (zu Nr. I 1 lit. angegriffene) Werbung mit dem in der konkreten Form gegebenen Bezug auf den Test der Zeitschrift ?Computer Bild? (in Heft Nr. 23/2007) erweist sich als irreführend, weil die Aussage ?Im Deutschland-Durchschnitt und über alle Anschluss-Geschwindigkeiten (DSL 2000, 6000 und 16.000) hinweg liegt Unitymedia vorn? dem Verbraucher entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten eine überregionale Verfügbarkeit des Angebots der Beklagten und einen Spitzenplatz gerade der Beklagten (nicht nur der ?Kabelanbieter?, wie es im Originaltext Anlage B 3 = Bl. 210 d.A. heißt) bei allen Anschlussgeschwindigkeiten suggeriert. Eines Rückgriffs auf die von der Berufung angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (GRUR 2004, 786 = WRP 2004, 1165 ? Größter Online-Dienst) und des Senats (GRUR-RR 2009, 181 = MD 2009, 487 ? Test mit Prestige-Cremes), die andere Fallgestaltungen betrafen, bedarf es dafür nicht.

a) Der Verbraucher wird der Aussage ?Im Deutschland-Durchschnitt ? liegt Unitymedia vorn? zwar nicht die Behauptung entnehmen, dass die Beklagte an jedem Ort der Bundesrepublik Deutschland einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern habe, denn dann ergäbe ? wie das Landgericht richtig ausgeführt hat ? das Abstellen auf den ?Durchschnitt? keinen Sinn. Zu Recht macht die Klägerin aber geltend, dass die Inanspruchnahme des Spitzenplatzes ?im Deutschland-Durchschnitt? durch die konkrete Werbung bei den angesprochenen Verbrauchern den tatsächlich unzutreffenden Eindruck erweckt, die Beklagte sei mit ihrem Angebot wenigstens in einem nach Größe und Struktur repräsentativen Teil des Bundesgebiets vertreten.

Wer sich als Telekommunikationsdienstleister mit seinem Angebot auf örtlich begrenzte Ballungsgebiete beschränkt, dem gebührt nach allgemeinem Verständnis selbst dann nicht der erste Platz ?im Deutschland-Durchschnitt?, wenn er in diesen Gebieten Spitzenergebnisse bei den Datenübertragungsgeschwindigkeiten erzielt und der daraus errechnete Mittelwert über dem Durchschnittsergebnis aller anderen Anbieter in Deutschland liegt. Dies folgt nicht allein daraus, dass von dem Ersten ?im Deutschland-Durchschnitt? eine Marktbedeutung in ganz Deutschland erwartet wird, sondern gilt vor allem deshalb, weil nach den Erhebungen von ?Computer Bild? (Bl. 211 d.A.) besonders regionale Unterschiede zu teils erheblich niedrigeren Datenübertragungsgeschwindigkeiten führen: In ländlichen Gebieten schwächen große Entfernungen zwischen Hausanschluss und DSL-Verteiler-stelle die Signale ab, so dass die Anschlüsse hier zum Teil um mehr als 50 % langsamer sind als in dichter besiedelten Gebieten.

Können also in Ballungsräumen höhere DSL-Übertragungs-ge-schwindig-keiten erreicht werden als in ländlichen Regionen, so ist es unabhängig von den im Test erzielten Einzelergebnissen irreführend, wenn die Beklagte, die den beschriebenen Schwierigkeiten entgeht, indem sie ihre Leistungen nur in bestimmten städtisch geprägten Gebieten Hessens ? und hier vor allem in der dicht besiedelten Rhein-Main-Region ? anbietet, für sich den Spitzenplatz ?im Deutschland-Durchschnitt? in Anspruch nimmt. Dies gilt auch, wenn ihre unter demselben Firmenschlagwort auftretende nordrhein-westfälische Schwestergesellschaft mitberücksichtigt wird, deren Angebot sich im Wesentlichen auf die großstädtischen Gebiete an Rhein und Ruhr beschränkt (Anlage K 6 = Bl. 25 des Anlagenheftes). Unstreitig konnten selbst in den 50 getesteten größten deutschen Städten nur jeweils 13 bis 19 Ergebnisse von ?Unitymedia? ermittelt werden. Mit einer so geringen Verbreitungsquote wird der von der konkreten Werbung angesprochene Verbraucher nicht rechnen.

b) Hinzu kommt, dass der von der Beklagten in der Werbung beanspruchte Vorsprung ?über alle Anschluss-Geschwindigkeiten hinweg? von den Ergebnissen des Tests der Zeitschrift ?Computer Bild? nicht gedeckt wird:

Auf die nicht in den Test einbezogenen ?schnelleren? Angebote der Klägerin für ?DSL 32.000? oder ?DSL 50.000? kommt es dafür allerdings nicht an. Wie das Landgericht mit überzeugender Begründung angenommen hat, ist der Ausdruck ?alle Anschluss-Geschwindigkeiten? durch den folgenden Klammerzusatz

eindeutig definiert und auf die getesteten Bereiche ?DSL 2.000, 6.000 und 16.000? bezogen. Entgegen dem mit der Werbeaussage erweckten Eindruck trifft es jedoch nicht zu, dass die Beklagte bei allen drei getesteten Geschwindigkeiten den ersten Platz belegte. Tatsächlich war das nach den veröffentlichten Testergebnissen nämlich nur einmal (bei ?DSL 6000?) der Fall, während die Beklagte unter den ?Top 5 bundesweit? zweimal (bei ?DSL 2.000? und ?DSL 16.000?) nur den zweiten Platz hinter einem anderen Kabelanbieter einnahm. Lediglich wegen der höheren Zahl der Messungen in dem Geschwindigkeitsbereich, wo sie am besten abgeschnitten hatte, erreichte sie im Gesamtergebnis einen besseren Durchschnittswert als der andere Anbieter (Bl. 210, 214-216 d.A.), was eine relevante Irreführung insbesondere der an den Produkten ?DSL 2000? und ?DSL 16.000? interessierten Verbraucher aber nicht ausschließt.

2. Die Beklagte führt die Verbraucher mit der (zu Nr. I 1 lit. b angegriffenen) Aussage ?In unserem Test hatten die Kabelbetreiber neben den günstigsten Preisen auch die schnellsten Leitungen? in der konkreten Form als isoliertes Zitat neben der graphisch hervorgehobenen Darstellung des Testergebnisses ihres eigenen Produkts ?2play 6000? über das wahre Ergebnis des Tests im Heft Nr. 11/2007 der Zeitschrift ?PC Pr@xis? (Anlage B 1 = Bl. 55 ff. des Anlagenheftes) in die Irre.

Obwohl im Werbetext nur allgemein das Spitzenergebnis der ?Kabelbetreiber? angesprochen wird, versteht der aufmerksame Durchschnittsverbraucher die Aussage wegen des im Faltblatt hergestellten engen räumlichen Zusammenhangs mit dem getesteten Produkt der Beklagten nämlich so, als ob diese selbst zur Spitzengruppe der Anbieter mit den schnellsten Leitungen gehöre. Nach den mitgeteilten Testergebnissen (Bl. 59 f. des Anlagenheftes) ist das jedoch nicht der Fall: In der Rubrik ?Geschwindigkeit? erzielten beim Kriterium ?FTP? die Produkte der Anbieter ?Kabel Deutschland? und ?Kabel BW?, aber auch das Nicht-Kabel-Produkt ?skyDSL 4000? deutlich bessere (nämlich höhere) Werte als das der Beklagten (das insoweit nur geringfügig schneller war als das des nächstplazierten Wettbewerbers ?Flying-DSL?). Beim Kriterium ?Upload? belegte die Beklagte mit deutlichem Abstand hinter ?skyDSL? und ?Kabel BW? den dritten Platz. Beim Kriterium ?PING? schließlich waren die Werte von ?Flying-DSL?, ?Kabel BW? und ?Kabel Deutschland? signifikant besser (nämlich niedriger) als der Wert der Beklagten. Trotz eines mit ?sehr gut? bewerteten Preis- / Leistungsverhältnisses gehörte die Beklagte damit im Test unter keinem Gesichtspunkt zu den Anbietern mit den ?schnellsten Leitungen?, sondern bewegte sich in der Rubrik ?Geschwindigkeit? mit den Ergebnissen ihres Produkts eher im Mittelfeld der Anbieter von ?DSL-Alternativen?.

3. Irreführend ist schließlich der (mit dem ersten Teilantrag zu Nr. I 1 lit. c angegriffene) zweite Halbsatz der in der konkreten Form auf einen Testbericht der Zeitschrift ?Connect? (Heft Nr. 6/2007) zurückgeführten Aussage: ?Nicht nur preislich, auch technisch bietet Internet übers TV-Kabel einige Vorteile: So sind die Reaktionszeiten (Ping) deutlich fixer, was Online-Gamern und Ebay-Nutzern Vorteile bringt.?

Der genaue Inhalt des zitierten Testberichts ist von den Parteien nicht vorgetragen, insbesondere nicht (wie die Testberichte der Zeitschriften ?Computer Bild? und ?PC Pr@xis?) von der Beklagten in Kopie zu den Akten gereicht worden. Der Senat kann offen lassen, ob entsprechendes substantiiertes Vorbringen der für eine Irreführungseignung darlegungs- und beweislasteten Klägerin obliegen hätte oder ob es um die Aufklärung von Tatsachen geht, die in den Verantwortungsbereich der ? unter Bezug auf ein Zeitschriftenheft aus dem Jahr vor der Klageerhebung mit einem für sie günstigen Testergebnis werbenden ? Beklagten fallen, die deshalb nach dem Gebot redlicher Prozessführung eine prozessuale Erklärungspflicht trifft (vgl. BGH, GRUR 1997, 229 [230] = WRP 1997, 183 ? Beratungskompetenz; GRUR 2003, 800 [803] = WRP 2003, 1111 ? Schachcomputerkatalog; GRUR 2007, 251 [Rn. 31] = WRP 2007, 308 ? Regenwald-Projekt II; vgl. auch Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 5 UWG Rdnr. 3.23 ff.; Götting / Nordemann, UWG, § 5 Rn. 11.8 ff.). Denn selbst wenn davon ausgegangen wird, dass das Ergebnis des ?Connect?-Tests in der Werbung der Beklagten richtig wiedergegeben und für sich genommen durch den Test im Heft Nr. 11/2007 der Zeitschrift ?PC Pr@xis? nicht überholt ist (vgl. zu diesem Problemkreis Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 5 UWG Rdnr. 4.238 m.w.N.), stellt sich die in der konkreten Form ? zumindest auch ? auf das Dienstleistungsangebot der Beklagten bezogene Behauptung, dass ?die Reaktionszeiten (Ping) deutlich fixer? seien, schon deshalb als irreführend dar, weil der damit ausgelobte Vorteil bei einer für die angesprochenen Nutzer von Online-Spielen und Handelsplattformen unstreitig besonders wichtigen Kenngröße durch den im gleichen Faltblatt kurz zuvor angeführten Test der Zeitschrift ?PC Pr@xis? nicht

bestätigt, sondern in Frage gestellt wird, ohne dass in der Werbung darauf hingewiesen würde (vgl. zur Darstellung von unterschiedlich begründeten Testergebnissen verschiedener Jahrgänge derselben Zeitschrift OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2007 ? 4 U 165/06, veröffentlicht in NRWE).

Wie (oben zu Nr. 2) erwähnt, hatten sowohl die Produkte von ?Kabel BW? und ?Kabel Deutschland? als auch das auf der ?WiMAX?-Technik (?Worldwide Interoperability for Microwave Access?, Bezeichnung für einen Standard regionaler Funknetze) beruhende Produkt des Anbieters ?Flying-DSL? in diesem Test erkennbar bessere ?PING?-Werte erzielt als die Beklagte mit ihrem Produkt ?2play 6000?. Trotz fehlenden Superlativs (?am fixesten?) erweckt die konkrete Werbung durch den verwendeten Komparativ (die Vergleichsform) aber zumindest bei einem relevanten Teil der durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen verständigen Verbraucher den Eindruck, das Produkt der ?Internet übers TV-Kabel? anbietenden Beklagten sei ?fixer? als die Produkte aller Wettbewerber, zumindest aller Nicht-TV-Kabel-Anbieter, zu denen auch ?Flying-DSL? gehört. Für die nach alledem zu bejahende Irreführung unter diesem von der Klägerin auch geltend gemachten Aspekt kommt es nicht darauf an, dass ein Vergleich der ?PING?-Werte nur unter im Übrigen gleichen Testbedingungen zu einigermaßen verlässlichen Ergebnissen führt, während die Schnelligkeit der Verbindung in der täglichen Anwendung auch von der Gegenstelle im Internet abhängt und insoweit von keinem Anbieter ?absolut? garantiert werden kann.

4. Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass die Klägerin von der Beklagten zwar die Unterlassung der angegriffenen Werbeaussagen in der konkreten Verletzungsform verlangen kann, dass von einem abstrakten Verbot der Aussagen außerhalb des mit dem Faltblatt ? gemäß der Einblendung in die Urteilsformel ? gegebenen Kontextes aber auch wettbewerbsrechtlich zulässige Verhaltensweisen erfasst würden, bei denen keine Irreführung der Verbraucher durch die in einen anderen Zusammenhang gestellten Zeitschriften-Zitate droht. Der Urteilsausspruch war deshalb ? wie von der Klägerin mit ihrer fortlaufenden Bezugnahme auf das gegnerische Faltblatt quasi hilfsweise beantragt ? auf die konkrete Verletzungsform zu beschränken. Nachdem die Klägerin unter dem 01.12.2009 das außergerichtliche Angebot der Beklagten zur Abgabe einer Unterlassungserklärung als unzureichend zurückgewiesen und zu erkennen gegeben hat, dass es ihr in diesem Rechtsstreit auch um eine von der konkreten Verletzungsform losgelöste weitergehende Unterlassungsverpflichtung der Beklagten geht, kann die gegenüber dem Klageantrag einschränkte Fassung des Urteilstenors allerdings nicht nur als redaktionelle Bearbeitung ihres Begehrens angesehen werden; vielmehr war die Abweisung ihrer weitergehenden Klage und die Zurückweisung ihrer insoweit eingelegten Berufung auszusprechen (soweit mit der Berufung ohne Begründung höhere als die vom Landgericht zuerkannten Zinsen beantragt worden sind, dürfte dagegen ein Versehen vorliegen).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der maßgeblich auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Sache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof, so dass gemäß § 543 Abs. 2 ZPO kein Anlass bestand, die Revision zuzulassen.

Unterschriften