

# **Zur Zulässigkeit der Werbeaussage „Deutschlands Nummer 1 für Werbeartikel“**

**Oberlandesgericht Frankfurt**

**Urteil vom 12.06.2014**

**Az.:6 U 64/13**

## **Tenor**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Januar 2013 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Urteil als Teilurteil bezeichnet wird und die Entscheidung über die erstinstanzlichen Kosten dem Schlussurteil vorbehalten bleibt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 170.000,- € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## **Entscheidungsgründe**

I.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt für Werbeartikel. Die Beklagte warb in einer Google-Anzeige mit dem Slogan

„Deutschlands Nummer 1 für Werbeartikel“

wie aus der folgenden Einblendung (untere Anzeige) ersichtlich (Anlage K3):

(Abbildung)

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Zu ergänzen ist, dass die Beklagte einen Tag vor der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 22.1.2013 eine Eventualwiderklage eingereicht hat für den Fall, dass die Klage ganz oder teilweise erfolgreich sein sollte. Sie hat den Antrag angekündigt, die Klägerin zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit den Angaben „80.000 Artikel online kalkulieren“ und/oder „80.000 TOP-Werbeartikel im Shop!“ zu werben (Bl. 250 d.A.). Das Landgericht hat im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 23.1.2013 beschlossen, die Widerklage abzutrennen und in einem getrennten Prozess zu verhandeln.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit der Aussage zu werben: „Deutschlands Nummer 1 für Werbeartikel“, wie geschehen in Anlage K3. Außerdem hat es die Beklagte zur Erstattung vorprozessualer Rechtsverfolgungskosten verurteilt.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie ist der Ansicht, die Abtrennung der Eventualwiderklage sei verfahrensfehlerhaft. Das Landgericht habe außerdem zu Unrecht eine Irreführung angenommen. Die Beklagte sei Marktführerin in der deutschen Werbeartikelbranche. Insbesondere habe sie einen Umsatzvorsprung vor den maßgeblichen Konkurrenzunternehmen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei das gesamte Sortiment der Beklagten zu den Werbeartikeln zu rechnen. Im Übrigen wiederholen und vertiefen die Parteien im Berufungsrechtszug ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.1.2013, Az- 3-08 0 171/12, aufzuheben und die Klage

abzuweisen.

2. die Sache unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.1.2013, Az- 3-08 0 171/12, an das Landgericht Frankfurt zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Das Urteil des Landgerichts ist nicht wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben.

a) Die vom Landgericht mit Beschluss vom 23.1.2013 vorgenommene Abtrennung des Verfahrens über die Hilfswiderklage wäre eigentlich unzulässig. Eine Widerklage kann – wie hier – zulässigerweise für den Fall erhoben werden, dass die Klage Erfolg hat; dies gilt auch, wenn die Entstehung des mit der Hilfswiderklage geltend gemachten Anspruchs nicht vom Nichtbestehen des Klageanspruchs abhängt (sog. „unechte“ Hilfswiderklage; vgl. BGHZ, 132, 390; juris-Tz. 23 m.w.N.). In einem solchen Fall ist die Abtrennung der Widerklage unzulässig (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl., Rdz. 8 zu § 145 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 71. Aufl., Rdz. 8 zu § 145). Dies folgt zwar nicht aus § 145 II ZPO; denn die mit Klage und Widerklage verfolgten Ansprüche stehen hier nicht in einem rechtlichen Zusammenhang im Sinne dieser Vorschrift. Die Unzulässigkeit der Abtrennung ergibt sich jedoch bereits aus dem besonderen prozessualen Zusammenhang, in dem die Hilfswiderklage mit der Klage steht. Die Hilfswiderklage ist als solche nur deshalb zulässig, weil die Entscheidung über sie von einer innerprozessualen Bedingung, nämlich dem Erfolg des Klagebegehrens, abhängig gemacht wird. Nach Abtrennung des

Verfahrens über die Widerklage wird der mit ihr verfolgte Anspruch jedoch Gegenstand eines selbständigen Prozesses (vgl. Baumbach/Lauterbach a.a.O., Rdz. 7 zu § 145) mit der weiteren Folge, dass die Entscheidung hierüber nicht mehr von der – nunmehr außerprozessualen – Bedingung abhängig gemacht werden kann, wie in einem anderen Prozess entschieden wird.

b) Soweit dem Akteninhalt zu entnehmen, hat das Landgericht allerdings keine – nach der Abtrennung an sich gebotenen – weiteren prozessleitenden Maßnahmen hinsichtlich des Gegenstandes der Widerklage getroffen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Landgericht im Hinblick auf den Hilfscharakter der Widerklage hierüber erst nach Abschluss des Berufungsverfahrens entscheiden will. Das hierzu prozessual gebotene und auch zulässige Mittel ist der Erlass eines Teilurteils über die Klage. Unter diesen Umständen muss angenommen werden, dass das Landgericht der Sache nach ein Teilurteil erlassen wollte und auch erlassen hat. Denn faktisch hat das Landgericht nur über die Klage entschieden, ohne das Verfahren über die Hilfswiderklage fortsetzen zu wollen. Es hat seine Maßnahme lediglich prozessual falsch bezeichnet. Darauf hat der Senat mit Verfügung vom 26.4.2013 hingewiesen.

c) Gegen die Zulässigkeit des Teilurteils bestehen im vorliegenden Fall keine Bedenken. Die Voraussetzungen des § 301 ZPO sind gegeben. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ein Teilurteil über die Klage in einem Rechtsstreit mit einer für den Fall der Klagestattgabe gestellten Eventualwiderklage nicht grundsätzlich unzulässig (vgl. Prütting-Gehrlein/Thole, ZPO, 5. Aufl., § 301 Rn. 16; a.A. ohne Begründung: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 301 Rn. 9). Anders liegt es nur, wenn Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen, so z.B. wenn gegenüber der Klage mit der durch Eventualwiderklage geltend gemachten Forderungen auch aufgerechnet wird (vgl. OLG Frankfurt 2005, 509). Die grundsätzliche Unzulässigkeit eines Teilurteils bei einer vom

Klageerfolg abhängigen Eventualwiderklage lässt sich auch nicht aus der von der Beklagten zitierten Entscheidung des BGH ableiten (BGH, Urt. v. 30.5.1956 – IV ZR 30/56, NJW 1956, 1478). Dort heißt es zwar, es erscheine regelmäßig nicht möglich, durch Teilurteil dahin zu erkennen, dass der Klage stattgegeben wird und die Entscheidung über die eventuelle Widerklage vorbehalten bleibt. Der Entscheidung lag jedoch der Fall zugrunde, dass der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nur begründet sein kann, sofern auch das Klagebegehren begründet ist. Solche Umstände liegen hier gerade nicht vor.

d) Im Streitfall birgt die getrennte Sachentscheidung über die Klage und die Hilfswiderklage entgegen der Ansicht der Beklagten nicht die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, auch nicht infolge eventuell abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht. Die Klage wendet sich gegen die Alleinstellungsbehauptung der Beklagten „Deutschlands Nr. 1 für Werbeartikel“. Die Widerklage wendet sich gegen die Werbebehauptung der Klägerin „80.000 Artikel online kalkulieren“ und/oder „80.000 Top-Werbeartikel im Shop“. Die Wahrheit oder Unwahrheit letzterer Aussagen hat nichts damit zu tun, ob die Beklagte „Nr. 1 für Werbeartikel“, also Marktführerin ist, oder nicht. Hierfür kommt es vorrangig auf den Umsatz an (vgl. unten 2.b,bb). Die Beklagte gesteht der Klägerin außerdem zu, 17.000 bzw. 10.000 verschiedene Artikel anzubieten (Bl. 172, 253 d.A.). Nach ihrem Vortrag bietet sie selbst „mehr als 10.000“ verschiedene Werbeartikel an (Bl. 169 d.A.). Sie übertrifft also hinsichtlich dieser Kennzahl die Position der Klägerin jedenfalls nicht wesentlich.

2. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Aussage „Deutschlands Nummer 1 für Werbeartikel“ aus §§ 3, 5 I Nr. 3, 8 I, III Nr. 1 UWG zusteht.

a) Das Landgericht hat zutreffend und von der Berufung

unbeanstandet angenommen, dass die angesprochenen Verkehrskreise, nämlich durchschnittlich informierte und verständige Unternehmer mit Interesse an Werbeartikeln sowie ihre für den Einkauf von Werbeartikeln zuständigen Mitarbeiter, die Aussage dahingehend verstehen, die Beklagte sei Marktführerin im Bereich Werbeartikel in Deutschland. Es handelt sich damit um eine dem Wahrheitsbeweis zugängliche „Angabe“ im Sinne des § 5 UWG. Die Aussage „Nummer 1“ wird nicht nur als reklamehafte Übertreibung oder Anpreisung ohne Tatsachengehalt aufgefasst. Sie wird mit der Marktführerschaft gleichgesetzt und beinhaltet damit eine Alleinstellung.

b) Die Aussage ist irreführend. Mit einer Allein- oder Spitzenstellungsbehauptung darf nur geworben werden, wenn sie wahr ist. Darüber hinaus muss der Werbende im Regelfall einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen haben und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bieten (vgl. zu einem Ausnahmefall: Senat, Urt. v. 16.01.2014 – 6 U 212/13, Rn. 6). Es kann nicht angenommen werden, dass die Beklagte Marktführerin für Werbeartikel in Deutschland ist. Schon gar nicht kann ein deutlicher und stetiger Vorsprung festgestellt werden.

aa) Grundsätzlich muss die Klägerin darlegen und beweisen, dass die angegriffene Aussage irreführend ist. Im Falle einer Alleinstellungswerbung trifft jedoch den Werbenden in der Regel eine prozessuale Aufklärungspflicht (BGH GRUR 2010, 352, Rn. 22 – Hier spiegelt sich Erfahrung). Er übernimmt die Verantwortung für die Richtigkeit seiner Werbebehauptung und muss daher die dafür sprechenden Umstände offenlegen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kläger auf die Beweiserleichterung nicht angewiesen ist, weil er selbst die Richtigkeit der beanstandeten Behauptung beurteilen kann (BGH, Beschl. v. 19.4.2012 – I ZR 173/11, Rn. 9 – Bester Preis der Stadt, juris). Im Streitfall kann die Klägerin die maßgeblichen Kennzahlen der Beklagten, die für oder gegen ihre Marktführerschaft sprechen, nicht selbst in Erfahrung bringen.

Es handelt sich um Unternehmensinterna. Sie kann nur ihre eigenen Zahlen und die aus allgemein zugänglichen Quellen verfügbaren Daten von Wettbewerbern vortragen. Dieser primären Darlegungslast ist die Klägerin nachgekommen (vgl. Klageschrift S. 3-7).

bb) Im Fall eines Handelsunternehmens bezieht der Verkehr die Marktführerschaft – anders als bei Produktionsunternehmen – weniger auf qualitative Kriterien, sondern in erster Linie auf den Marktanteil, der sich vorrangig anhand des Umsatzes ermitteln lässt (BGH GRUR 2012, 1053, Rn. 23 – Marktführer Sport). Die weiteren von den Parteien diskutierten Wirtschaftsfaktoren wie Mitarbeiterzahl, Größe des angebotenen Artikelsortiments und Kundenstamm können allenfalls zusätzlich von indizieller Bedeutung sein.

cc) Der Jahresumsatz der Beklagten beträgt nach ihrer Behauptung konstant über 80 Mio. €. Die Klägerin bestreitet dies. Die Beklagte hat es versäumt, ihre Behauptung unter Beweis zu stellen. Selbst wenn man die Richtigkeit der Behauptung unterstellt, reicht sie im Streitfall nicht aus, um eine Marktführerschaft zu belegen. Die angegriffene Werbebehauptung bezieht sich allein auf den Markt für Werbeartikel. Die Beklagte erzielt ihre Umsätze jedoch nicht allein mit Werbeartikeln. Entgegen der Ansicht der Beklagten rechnen dazu nicht sämtliche Waren, die theoretisch zu Werbezwecken verwendet bzw. verschenkt werden können. Würde man dies annehmen, stünde die Beklagte mit sämtlichen Handelsunternehmen im Wettbewerb, die Konsumgüter vertreiben. Vielmehr können aus Sicht des angesprochenen Verkehrs nur diejenigen Güter dem Bereich „Werbeartikel“ zugeordnet werden, die schon bestimmungsgemäß als solche angeboten werden. Dies betrifft vor allem solche Artikel, bei denen eine Möglichkeit vorgesehen ist, sie mit einer Werbebotschaft bzw. einem Firmenlogo zu bedrucken. Die Beklagte führt auf ihrer Homepage verschiedene Produktkategorien auf (zB Werbeartikel; Dekoration; Wohnen; Fashion, Haushalt & Gastro; Bad &

Wellness; Spiel & Spaß; vgl. Anlage K21, Bl. 150 d.A.). Sie unterscheidet also selbst zwischen Werbeartikeln und sonstigen Produkten. Unter den sonstigen Produktkategorien befinden sich u.a. Möbelstücke, Matratzen, und Geschirrservice (Anlage B2 zur Berufungserwiderung). Sie sind ersichtlich nicht als Werbeartikel geeignet. Bezeichnenderweise trägt die Beklagte selbst vor, dass ihr Kundenkreis nicht auf den B2B-Bereich beschränkt ist. An Endverbraucher vertreibt sie jedoch keine Werbeartikel. Die Beklagte hat nicht mitgeteilt, welcher Anteil ihres Umsatzes auf den Bereich Werbeartikel entfällt. Das gleiche gilt für die übrigen von ihr angeführten Kennzahlen wie Mitarbeiterzahl, Anzahl der geführten Artikel, etc.

dd) Die unter bb) und cc) wiedergegebenen Feststellungen zur Verkehrsauffassung konnte der Senat selbst treffen, auch wenn seine Mitglieder nicht zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören; denn die gewerblichen Abnehmer von Werbeartikeln setzen für die Beurteilung der angegriffenen Werbeaussage keine besonderen Kenntnisse oder Erfahrungen ein, die der erkennende Senat nicht selbst nachvollziehen könnte (vgl. BGH GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft).

ee) Bei der dargestellten Sachlage kann ein größerer Marktanteil der Beklagten gegenüber den von der Klägerin angeführten Konkurrenzunternehmen nicht festgestellt werden. Die Mitbewerberin Fa. A GmbH erzielt einen Jahresumsatz von 180 bis 190 Mio. €. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, das Unternehmen sei nicht hauptsächlich in der Werbeartikelbranche tätig, sondern vertreibe auch Büroeinrichtungen. Dies trifft zwar zu. Damit kann die Beklagte jedoch nicht gehört werden, weil sie auch für ihr eigenes Unternehmen nur den Gesamtumsatz angegeben hat, ohne eine Aufteilung auf die speziell als Werbeartikel angebotenen Produkte vorzunehmen. Entgegen der Ansicht der Beklagten können in den Vergleich auch nicht nur solche Unternehmen einbezogen werden, die „hauptsächlich“ mit Werbeartikeln

handeln. Denn eine solche Beschränkung ist der angegriffenen Werbeaussage nicht zu entnehmen. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte schließlich darauf, es sei ihr nicht möglich, empfindliche Daten wie etwa solche zur konkreten Umsatzverteilung ihrer Konkurrenzunternehmen zu beschaffen. Mit der werblichen Behauptung der Marktführerschaft übernimmt sie die Verantwortung für die Richtigkeit dieser Angabe.

Sie kann deshalb nicht damit gehört werden, es sei ihr nicht möglich, die Angabe zu verifizieren. In diesem Fall darf sie nicht mit der Marktführerschaft werben.

3. Der Klägerin hat nach § 12 I S. 2 UWG außerdem Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Abmahnkosten. Insoweit kann auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werden.

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

5. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht erfüllt.