

Volltext zu MIR Dok.: 217-2007
Veröffentlicht in: MIR 06/2007
Gericht: Hanseatisches OLG
Aktenzeichen: 5 U 204/05
Entscheidungsdatum: 24.01.2007
Vorinstanz(en): LG Hamburg, Az. 327 O 617/05

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1239

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT URTEIL IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **5. Zivilsenat**, durch

nach der am **17. Januar 2007** geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin und Widerbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 10.11.05 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 110.000.- abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Parteien sind Wettbewerber bei dem Vertrieb von Mobiltelefonen und Netzkartenverträgen. Die Klägerin bewarb am 29.07.05 ein Mobiltelefon Sony Ericsson K750i in Verbindung mit einem im Einzelnen beschriebenen Netzkartenvertrag unter der Angabe „Der beste Preis der Stadt“ wie folgt:



Diese Werbung beanstandet die Beklagte als unzulässige Alleinstellungsbehauptung. Sie ist der Auffassung, die aufgestellte Werbebehauptung sei inhaltlich unzutreffend. Bereits die zeitgleich in mehreren mobilcomshops vertriebenen entsprechenden Angebote des gleichen Handys mit Netzkartenvertrag seien günstiger gewesen.

Auf die Abmahnung vom 22.08.05 (Anlage JS1/B1), mit der die Beklagte neben Unterlassung auch Auskunftserteilung und Schadensersatz forderte, reagierte die Klägerin nicht. Die Klägerin wurde daraufhin auf Antrag der Beklagten mit Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 01.09.05 (406 O 152/05) im Wege der einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verurteilt. Noch bevor die Beklagte die Klägerin mit Abschlusschreiben vom 07.09.05 (Anlage B5) u.a. erneut zur Auskunftserteilung aufgefordert hatte, erhob die Klägerin am 05.09.05 im vorliegenden Rechtsstreit negative Feststellungsklage mit dem Antrag,

festzustellen, dass ein Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin, Auskunft darüber zu erteilen, „welche Anzahl von Handys verkauft bzw. Handy-Netzkartenverträge abgeschlossen und welcher Gewinn hierbei erzielt wurde“, wie dieser mit der mit diesem Urteil verbundenen „Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung“ (Anlage JS2) verlangt wurde, nicht besteht.

Die Beklagte ist der negativen Feststellungsklage zunächst entgegen getreten und hat nach einem Teilverzicht auf den geltend gemachten Auskunftsanspruch bei Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht im Wege der Widerklage beantragt,

1. der Klägerin es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000.-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, **zu verbieten**,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für ein Mobiltelefon der Marke Sony Ericsson, Modell K 750 i nebst Netzkartenvertrag mit „Der beste Preis der Stadt“ zu werben, sofern das fragliche Angebot nicht günstiger ist, als die Angebote der Wettbewerber in Hamburg, wie in der Anlage B1 geschehen;

2. die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Auskunft zu erteilen, wie viele Mobiltelefone der Marke Sony Ericsson, Modell K 750 i nebst Netzkartenvertrag gemäß Angebot Anlage B1 sie in welchem Zeitraum hat abschließen bzw. vermitteln können und wie viele der fraglichen Handynetzkartenverträge sie in einem der Werbung entsprechenden Zeitraum unmittelbar vor dem Werbezeitraum hat abschließen können;
3. die Klägerin zu verurteilen, die Beklagte von dem Zahlungsanspruch ihrer, der Beklagten Verfahrensbevollmächtigten REMÉ Rechtsanwälte, Ballindamm 26, 20095 in Höhe von € 950,15 freizuhalten.

In der Kammersitzung vor dem Landgericht am 20.10.05 haben die Parteien die negative Feststellungsklage im Hinblick auf die erhobene Widerklage übereinstimmend für erledigt erklärt.

Das Landgericht hat die Klägerin auf die Widerklage zur Unterlassung sowie zur Freihaltung in Höhe von € 850,05 verurteilt. Hinsichtlich des weitergehenden Teils des Zahlungsanspruchs sowie des Auskunftsanspruchs hat das Landgericht die Widerklage abgewiesen. Gegen ihre Verurteilung richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin/Widerbeklagten. Die Klägerin verfolgt in zweiter Instanz ihr Widerklagabweisungsbegehren unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags weiter. Die Beklagte verteidigt das verurteilende landgerichtliche Urteil auf der Grundlage der bereits erstinstanzlich gestellten Anträge.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sowie auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klägerin zu Recht und mit zutreffender Begründung zur Unterlassung sowie zur Freihaltung von Rechtsanwaltskosten in dem tenorierten Umfang verurteilt. Die aus der Anlage B1 ersichtliche Behauptung der Klägerin, die von ihr für das streitgegenständliche Handy mit Vertragsbindung angebotenen Konditionen seien "Der beste Preis der Stadt", stellt sich als unzutreffende und damit irreführende Spitzenstellungsbehauptung dar. Sie ist deshalb gem. § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG wettbewerbswidrig und begründet das von dem Landgericht ausgesprochene Verbot. Das Berufungsvorbringen der Klägerin rechtfertigt keine abweichende Entscheidung. Es gibt dem Senat Anlass zu folgenden ergänzenden Anmerkungen:

1. Zwischen den Parteien besteht zu Recht kein Streit darüber, dass sich die klägerische Spitzenstellungsberühmung nicht allein auf den Preis von € 1.- für das Handy, sondern auf die Kombination von Handy und Mobilfunkvertrag bezieht. Die Parteien gehen weiterhin zutreffend davon aus, dass es sich bei dem Ausspruch „Der beste Preis der Stadt“ für ein konkretes, in der Werbung abgebildetes und mit Leistungsmerkmalen detailliert beschriebenes Produkt um eine konkrete Sachaussage und nicht um eine inhaltsleere Anpreisung handelt. Denn es mag zwar subjektiven Empfindung unterliegen, welches „das beste Handy“ ist. Die Behauptung „der beste“ Preis ist hingegen selbst dann ohne Weiteres einer objektiven Überprüfung zugänglich, wenn – wie hier – verschiedene Tarifmodelle bestehen, die sich je nach Nutzergewohnheit unterschiedlich positiv auswirken.

2. Die Klägerin ist schon der ihr für die Richtigkeit der von ihr aufgestellten Behauptung obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht gerecht geworden. Zwar trägt in Fällen der vorliegenden Art in der Regel derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der ein Wettbewerbsverhalten eines Mitbewerbers als unzulässig beanstandet. Dies ist hier die Beklagte/Widerklägerin. Im Streitfall gelten hierzu jedoch abweichende Grundsätze. Denn die Klägerin hat sich nicht darauf beschränkt, die Qualität bzw. Preiswürdigkeit ihres Produktes isoliert anzupreisen. Sie hat sich vielmehr selbst in einen Vergleich zu allen bzw. zumindest allen wesentlichen Mitbewerbern "der Stadt" (Hamburg) begeben, ohne auch nur in Ansätzen irgendwelche Umstände zu offenbaren, auf Grund derer sie sich zu einer derart weitgehenden Behauptung für berechtigt hält.

a. Soweit in der Vergangenheit von dem BGH entschiedene Rechtsstreitigkeiten eine ebenfalls die geschäftlichen Verhältnisse von Mitbewerbern einbeziehende Spitzenstellungswerbung mit der Unternehmensgröße betrafen, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass derjenige, der die geschäftlichen Verhältnisse seiner Mitbewerber in der Weise in seine eigene Werbung einbezieht, dass er be-

hauptet, er sei das *größte Unternehmen* seiner Branche in einem bestimmten Gebiet, das auch darlegen und beweisen muss, wenn seine Werbung als unrichtig beanstandet wird und der Kläger entweder überhaupt nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten klären kann, wie groß die Mitbewerber nach Art und Umfang ihres Geschäftsbetriebes sind und ob die behauptete Alleinstellung der Wahrheit entspricht (BGH GRUR 85, 140 – Größtes Teppichhaus der Welt, BGH GRUR 78, 249, 251 – Kreditvermittlung).

Vorliegend geht es mit der Behauptung „*Der beste Preis der Stadt*“ allerdings nicht – wie in den vom BGH entschiedenen Fällen - um geschäftliche Verhältnisse, die wie die Unternehmensgröße einen internen Bereich des Konkurrenzunternehmens betreffen und deshalb für Wettbewerber weitgehend unzugänglich sind. Vielmehr stellt sich die Klägerin werbend in einen pauschalen Vergleich zu Preisangaben ihrer Konkurrenten, die – wenngleich in einer Großstadt flächendeckend nur mit einem sehr erheblichem Aufwand – für Mitbewerber im Regelfall zumindest theoretisch auch ohne interne Kenntnisse des Unternehmens des Werbenden vollständig nachprüfbar sind. Dementsprechend kann eine derartige Situation nicht – wie die Werbung mit der Unternehmensgröße – eine vollständige Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast im Sinne einer Aufklärungspflicht des Werbenden rechtfertigen. Es bleibt vielmehr dabei, dass der angreifende Wettbewerber im Regelfall diejenigen Tatsachen darlegen und beweisen muss, aus denen sich die Unrichtigkeit der Werbebehauptung ergibt.

b. Gleichwohl entnimmt der Senat der zitierten BGH-Rechtsprechung, dass der Werbende, der sich bei einer Preiswerbung im Wege der Spitzenstellungsberühmung in einen Vergleich zu einer unbestimmten Vielzahl von Mitbewerbern setzt, auch in Fällen der vorliegenden Art nicht von jeglicher Darlegungsobliegenheit frei sein kann.

aa. Denn die Werbebehauptung der Klägerin wird von den angesprochenen Verkehrskreisen so verstanden, dass es in ganz Hamburg kein vergleichbares Angebot zu einem günstigeren Preis gibt. Behauptet ein Wettbewerber, er könne für ein bestimmtes Produkt „*Den besten Preis der Stadt*“ anbieten, so unterstellen die angesprochenen Verkehrskreise dem Anbieter zumindest für den Regelfall eines seriösen geschäftlichen Handelns nicht, dass er eine derartige Behauptung leichtfertig ohne tatsächliche Grundlage aufstellen wird. Sie gehen vielmehr davon aus, dass sich dieser Anbieter vor der Veröffentlichung der Werbung einen entsprechenden Marktüberblick in dem von ihm in Bezug genommenen Umfeld verschafft und hierdurch überhaupt erst die tatsächliche Grundlage für die Richtigkeit seiner Werbebehauptung ermittelt hat. Diese Feststellungen kann der Senat auf Grund der eigenen Sachkunde seiner Mitglieder treffen, denn diese gehören zu den angesprochenen Verkehrskreisen. Der Verkehr erwartet in jedem Fall, dass sich der Werbende zumindest über die Preisgestaltung des fraglichen Produkts bei seinen Hauptkonkurrenten sowie denjenigen Anbietern in dem relevanten Einzugsgebiet informiert hat, die in der Vergangenheit in der Regel die günstigsten Preise angeboten haben. Denn andernfalls könnte und dürfte ein Unternehmen eine derart umfassende Spitzenstellungsberühmung in lauterer Weise nicht für sich in Anspruch nehmen. Ist eine solche Marktbeobachtung nicht geschehen, so stellt sich die Werbebehauptung schon deshalb als unwahr und irreführend dar, weil sie "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist, von den angesprochenen Verkehrskreisen jedoch ernst genommen wird und ernst genommen werden soll.

bb. Vor diesem Hintergrund obliegt es auch einem Unternehmen, das für ein konkretes Produkt mit dem Attribut des "besten" Preises der Stadt wird, zumindest in groben Zügen darzulegen, auf welche konkreten Markterkenntnisse es seine Spitzenstellungsbehauptung gründet. Hierzu wird es im Regelfall zunächst zwar keiner detaillierten Darlegungen bedürfen. Erforderlich ist aber in jedem Fall, dass der Anbieter überhaupt irgendwelche Angaben dazu macht, auf Grund welcher konkreten Umstände er sich zumindest subjektiv für berechtigt hält, in der geschehenen Art und Weise mit einer Spitzenstellungsbehauptung zu werben. Dafür kann es – je nach den Umständen des Einzelfalls – ausreichen, dass er etwa (unter Umständen auch nur beispielhaft) diejenigen Hauptkonkurrenten bzw. „Billiganbieter“ konkret benennt, deren Preisgestaltung er vergleichend in seine Meinungsbildung mit einbezogen hat. Bereits dieses ist vorliegend noch nicht einmal in Ansätzen geschehen.

cc. Die Klägerin hat keinerlei Informationen dazu offenbart, wie sie zu der Annahme gekommen ist, sie nehme mit ihrem Preis eine Spitzenstellung in Hamburg ein. Diese Darstellung ist nach Auffassung des Senats indes unverzichtbar. Erst dann wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, die Unrichtigkeit dieser Behauptung konkret darzulegen und zu beweisen.

aaa. Denn auch bei diesen Fallgruppen ist die Beklagte erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten ausgesetzt, die von der Klägerin aufgestellte Behauptung zu überprüfen. Zwar lässt sich die Preisgestaltung der Konkurrenz insbesondere für solche Mitbewerber feststellen, die aus derselben Branche stammen. Allerdings gibt es allein in Hamburg eine unüberschaubare Vielzahl von (großen und kleinen) Unternehmen, die – zum Teil als erstrangiger Geschäftsgegenstand, zum Teil als allgemeiner Sortimentsbestandteil – Handys mit Mobilfunkverträgen anbieten. Für die Beklagten ist es deshalb letztlich nicht zumutbar, ohne irgendwelche Anhaltspunkte zu der Tatsachengrundlage der klägerischen Werbebehauptung zunächst selbst eine

allumfassende Marktanalyse vorzunehmen, bevor sie sich wettbewerbsrechtlich gegen die irreführende Behauptung der Klägerin wenden kann. Zudem hat die Beklagte keine Kenntnis davon, ob die Klägerin alle Anbieter oder nur relevante Mitbewerber in ihren Vergleich einbezogen hat.

bbb. Bestünden noch nicht einmal die von dem Senat für erforderlich gehaltene – eher rudimentäre – Darlegungsobliegenheit derjenigen Partei, die sich einer Spitzenstellung gegenüber Wettbewerbern berührt, so wäre diese in die Lage versetzt, sich allein auf Grund der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast erhebliche und ungerechtfertigte Vorteile gegenüber ihren rechtstreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Sie könnte jedweden wettbewerbsrechtlichen Schutz faktisch leer laufen lassen. Denn in diesem Fall wäre es für einen Wettbewerber praktisch risikolos, überaus werbewirksame – aber unzutreffende bzw. ungeprüfte – Spitzenstellungsbehauptungen aufzustellen, wenn er hierzu selbst im Rechtsstreit zunächst keinerlei Sachangaben machen müsste. Dem Anreiz, vollmundige Angaben ohne tatsächliche Grundlage „ins Blaue hinein“ aufzustellen, wäre hierdurch Tür und Tor geöffnet. Dies umso mehr, als die nach deutschem Wettbewerbsrecht vorausgesetzte Selbstkontrolle des Marktes vor unlauterem Handeln durch Mitbewerber in einer Vielzahl von Fällen aus der Natur der Sache scheitern müsste. Denn für einen Wettbewerber ist es häufig weder möglich noch (finanziell bzw. nach Zeitaufwand) wirtschaftlich realisierbar, in einem durch zahllose Produktalternativen unübersichtlichen und sich zudem rasch verändernden Markt wie z.B. demjenigen der Handys mit Netzkartenverträgen das Wettbewerbsverhalten eines Konkurrenten im Hinblick auf eine Spitzenstellungsberühmung rechtlich anzugreifen, wenn er zunächst vor der Abmahnung bzw. Einleitung gerichtlicher Schritte ohne tatsächliche Grundlage notfalls durch eine umfassende Marktanalyse klären muss, ob bzw. in welchem Umfang die aufgestellte Behauptung zutrifft oder nicht. Insbesondere dann, wenn die Behauptung nur weit genug gefasst ist („Der beste Preis Norddeutschlands“, „Der beste Preis Deutschlands“ bzw. „Der weltweit beste Preis“), könnte sich der verletzte Wettbewerber einer lauterkeitsrechtlichen Verfolgung praktisch vollständig entziehen, weil kein Mitbewerber in der Lage ist, derartige Behauptungen zu überprüfen bzw. zu widerlegen, wenn er nicht zumindest in Ansätzen Kenntnis von den Umständen erhält, auf Grund derer der Werbende sich zum Aufstellen dieser Behauptungen für berechtigt gehalten hat.

c. Dementsprechend hält es der Senat für erforderlich, auch dem mit einer Spitzenstellungsbehauptung unter Bezugnahme auf sein geschäftliches Umfeld Werbenden in diesen Fällen zumindest gewisse Darlegungen abzuverlangen, bevor die volle Darlegungs- und Beweislast nach den allgemeinen Regeln auf den Prozessgegner übergeht. Der Senat entnimmt der Rechtsprechung des BGH insoweit auch keine notwendige Beschränkung auf Spitzenstellungsbehauptungen, die sich auf die Unternehmensgröße beziehen, sondern einen Rechtsgrundsatz, der auch auf andere Fallgruppen – wie die vorliegende – entsprechend anzuwenden ist. Der BGH hat in der Entscheidung „Größtes Teppichhaus der Welt“ (GRUR 85, 141, 142 - Größtes Teppichhaus der Welt) insoweit in allgemeiner Weise ausgeführt:

„Denn wer eine Alleinstellungsbehauptung aufstellen will, muss sich vorher über die geschäftlichen Verhältnisse seiner Mitbewerber unterrichten [...] und kann deshalb über diese – jedenfalls bei pflichtgemäßem Handeln – ebenso unschwer nähere Angaben machen, wie über innerbetriebliche Vorgänge, um deren Offenlegung durch die beklagte Partei zur Beweiserleichterung für den Kläger es in der vorangegangenen Rechtsprechung [...] gegangen war.“

Diesem Erfordernis hat die Klägerin nicht entsprochen. Sie hat sich ausschließlich mit ihrem eigenen Angebot und demjenigen der Beklagten beschäftigt. Die Klägerin ist in der angefochtenen Entscheidung von dem Landgericht ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass ihr eine entsprechende Darlegungspflicht obliegt. Sie hat hierzu auch in der Berufungsbegründung keine ergänzenden Angaben gemacht, sodass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

3. Selbst wenn man aber – unabhängig von den vorstehenden Ausführungen – die von der Klägerin beworbenen Konditionen ausschließlich mit dem Angebot der Beklagten vergleichen wollte, stellte sich die angegriffene Werbung ohne Weiteres als unzulässige, weil irreführende Spitzenstellungsberühmung dar. Denn die Klägerin vermag auch unabhängig von Fragen der Darlegungs- und Beweislast die allgemeinen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit derartiger Werbemethoden nicht zu erfüllen.

a. Die Zulässigkeit einer Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung setzt wegen der andernfalls bestehenden Gefahr einer Irreführung des Publikums voraus, dass die Werbebehauptung nicht nur wahr ist, sondern der Werbende einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern in allen in Betracht kommenden Beziehungen vorzuweisen hat und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet (BGH GRUR 03, 800, 802 – Schachcomputerkatalog; BGH WRP 02, 74, 77 – Das Beste jeden Morgen; BGH WRP 91, 717 – Spielzeug-Autorennbahn; BGH WRP 96, 729 – Der meistverkaufte Europas; BGH WRP 98, 861 – Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung; BGH GRUR 85, 140, 141 – Größtes Teppichhaus der Welt).

b. Auch an diesen Voraussetzungen fehlt es hier, und zwar bereits im Verhältnis zu der Beklagten. Dafür, dass der von der Klägerin in Anspruch genommene Vorsprung selbst unter Beachtung der Besonderheiten des relevanten – in stetem Wandel begriffenen – Marktes für Handys und Mobilfunkkartenverträge das Angebot der Beklagten mit der Aussicht auf eine "gewisse Stetigkeit" überragt, ist nichts von der Klägerin vorgetragen oder sonst wie ersichtlich. Schon gar nicht besteht nach den eigenen Angaben der Klägerin zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Beklagten in sachlich-objektiver Hinsicht ein "deutlicher Vorsprung" bzw. ein "offenbarer Abstand". Die Parteien haben in erster Instanz über die Vorzugswürdigkeit einzelner Leistungsmerkmale und Tarifgestaltungen der konkurrierenden Angebote für einzelne Personengruppen gestritten. Selbst wenn man – was nach Auffassung des Senats aber unter keinem Gesichtspunkt der Fall ist – zu dem Ergebnis kommen wollte, das Angebot der Klägerin weise irgendeinen Vorsprung gegenüber dem Angebot der Beklagten auf, so ist dieser Vorsprung weit davon entfernt, "deutlich" bzw. „offenbar“ zu sein. Schon deshalb stellt sich die Spitzenstellungsberühmung der Klägerin selbst nach ihrem eigenen Vortrag als irreführend und wettbewerbswidrig dar. Auf die Angaben des Herrn O.K. in der von ihr vorgelegten Anlage JS5 kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Mit der Behauptung, den besten Preis der Stadt zu bieten, berührt sich die Klägerin auch nicht nur der Zugehörigkeit zu einer Spitzengruppe, bei der ein derart relevanter Abstand zu den anderen Mitbewerbern innerhalb dieser Gruppe ausnahmsweise nicht erforderlich ist (vgl. Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, 25. Aufl., § 5 Rdn. 2.154), sondern macht unmissverständlich eine von Mitbewerbern nicht erreichte Allein- bzw. Spitzenstellung geltend.

c. Bei dieser Beurteilung hat der Senat in seine Betrachtung mit einbezogen, dass gerade der Handy-Markt durch eine große Vielfalt unterschiedlicher Leistungsangebote, Tarifmodelle, Laufzeitbindungen usw. geprägt ist, die unterschiedlichen Nutzergewohnheiten entgegen kommen sollen. Zudem ist der Mobilfunkmarkt nicht nur in Bezug auf die Handymodelle, sondern auch auf die Vertragsangebote, die Tarife und Leistungsmerkmale einem stetigen Wechsel unterworfen. Dementsprechend ist es bei diesen Rahmenbedingungen naturgemäß schwer, für einen bestimmten Zeitpunkt einen „deutlichen Vorsprung“ zu ermitteln bzw. in einem Markt, der nicht „statisch“ ist, den Anspruch auf „eine gewisse Stetigkeit“ zu erheben. Diese tatsächlichen Schwierigkeiten können nach Auffassung des Senats indes nicht dazu führen, dass für diese Produkte von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Allein- bzw. Spitzenstellungsberühmungen abzuweichen ist. Vielmehr hat es der Werbende selbst in der Hand, dass bzw. ob er seine Behauptung durch ergänzende Angaben in einer Weise konkretisiert, aus denen z.B. deutlich wird, für welche konkrete Nutzergruppe (z.B. „Der beste Preis der Stadt für Vieltelefonierer“) bzw. für welchen Zeitraum er einen Vorrang für sich in Anspruch nimmt. Tut er dies nicht, hat er sich an den allgemeinen Voraussetzungen messen zu lassen und muss die genannten Kriterien erfüllen, ohne sich auf die Vielfalt bzw. Veränderung des Marktes berufen zu können.

4. Soweit das Landgericht die Klägerin auf die Widerklage verurteilt hat, die Beklagte von dem Kostenersatzanspruch ihrer Prozessbevollmächtigten freizustellen, hat die Klägerin mit der Berufungsbegründung keine substantiierten Einwendungen erhoben. Der Senat hat dementsprechend keine Veranlassung, hierauf näher einzugehen.

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

Der Rechtsstreit bietet dem Senat keine Veranlassung, gem. § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, sondern beschränkt sich auf die Anwendung feststehender Rechtsgrundsätze auf den konkreten Einzelfall. Denn die Alleinstellungsbehauptung wäre bereits mangels eines hinreichenden Abstandes und der Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit wettbewerbswidrig. Einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf es deshalb auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.