

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 U 65/10
312 O 368/09
LG Hamburg

Verkündet am 12.07.2012
....., Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht, die Richterin am Oberlandesgericht und die Richterin am Oberlandesgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.07.2012 für Recht:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 30.03.2010, Zivilkammer 12, Az.: 312 O 368/09, abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der schuldhaften

Zu widerhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre)

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr die CD-Box „.....“ in einer Aufmachung anzubieten und zu vertreiben, wie sich das aus der mit diesem Urteil in Kopie verbundenen Anlage A ergibt, soweit sich darauf Titel befinden, die in den 60iger Jahren in den Hitlisten platziert waren, aber in der auf den CDs befindlichen Versionen seinerzeit nicht Platz 1 der Hitlisten erklommen haben, wenn das Online-Angebot der Beklagten im Internet wie aus der mit diesem Urteil ersichtlichen Anlage B ohne Hinweis darauf erfolgt, dass auf dem Tonträger auch Re-Recordings enthalten sind.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen den Parteien je zur Hälfte zur Last.

Der Wert der Berufung beträgt € 20.000,00.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Unterlassung des Angebots und Vertriebs einer von der Beklagten im Internet angebotenen und von ihr vertriebenen CD-Box, hilfsweise die Unterlassung des Angebots der CD-Box in einer konkreten in Bezug genommenen Weise.

Der Kläger ist ein 1953 gegründeter Verband zur Förderung gewerblicher Interessen. Zwischen

den Parteien ist die Aktivlegitimation des Klägers umstritten. Die Beklagte bietet als großer Onlinehandel u.a. Tonträger an.

Die in Luxemburg ansässige Beklagte bot am 11.02.2009 im Internet unter der Angabe „..... 40 Nr. 1 Songs [Doppel-CD]“ (Anlage K 1) eine CD-Box mit 2 CDs für einen Verkaufspreis von € 7,99 an. Die CD-Box selbst enthält 2 CDs und ist betitelt mit „.....“. Das Titelbild des CD Covers ist links neben der Artikelbeschreibung optisch gut erkennbar ausschließlich mit der Vorderseite abgebildet (Anlagen K 1 und K 3). Dort sind diverse Künstler abgebildet. Die Parteien streiten darüber, ob die Abbildungen aus den 60er Jahren stammen.

Im Mittelpunkt der abgebildeten CD-Box ist zentral und farblich von den Bildnissen der abgebildeten Künstler herausgestellt die Aufschrift „.....“ zu erkennen; darunter befindet sich ebenfalls optisch sichtbar in großen Buchstaben der Zusatz „.....“. Ebenfalls auf der Vorderseite der CD befindet sich ganz unten ein farblich herausgestellter Banner mit den Interpreten „Petula Clark / The Troggs/ Eric Burdon/ The Bee Gees / Donovan / Dave Dee, Dozy, Beaky, Mick & Tich / and many others“. Im Angebot der Beklagten fand sich eine Liste aller auf den beiden CD's enthaltenen 40 Titel (20 Titel je CD; Anlage K 3), jeweils ohne eine Angabe der Interpreten.

Die nicht im Internet-Angebot der Beklagten abgedruckte Rückseite der CD-Box weist die auf der Doppel-CD enthaltenen Titel nebst den Interpreten aus. Zudem findet sich dort ganz unten unter den Angaben u.a. des Produktionsjahres der in kleiner Schrift und in englischer Sprache verfasste allgemeine Hinweis „This compilation contains original recordings as well as new recordings by the original artists“.

Nachdem die Beklagte das streitgegenständliche Angebot der CD-Box aufgrund einer Abmahnung des Klägers, deren Ordnungsgemäßheit im Streit steht, nicht entfernt hatte, erwirkte der Kläger vor dem Landgericht Hamburg eine einstweilige Verfügung gegen die Beklagte (Az.: 312 O 149/09), die der Beklagten am 02.04.2009 zugestellt worden ist. Der Aufforderung des Klägers, die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung anzuerkennen oder eine Unterlassungserklärung entsprechend dem Verbotstenor der Verfügung nebst Vertragsstrafeversprechen abzugeben (Anlage K 4), kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger hat als Anlage K 7 eine selbst gebrannte CD eingereicht, auf der sich in Form einer Gegenüberstellung die Songs „Needles and Pins“, „Wild Thing“ und „Built me up Buttercup“ finden. Die Titel Nr. 1, 3 und 5 sind dort als „Original“ (O) und die Titel Nr. 2, 4 und 6 als

„Fälschung“ (F) bezeichnet.

Der Kläger hat vorgetragen, er sei gerichtsbekannt eine Vereinigung zur Förderung gewerblicher Belange im Sinne des § 8 III Nr. 2 UWG, zumindest lägen die Voraussetzungen des § 8 III Nr. 2 UWG vor. Ihm gehöre als Mitglied u.a. der Einzelhandelsverband Nord e.V. an. Diesem Dachverband gehörten wiederum Fachhandelsorganisationen praktisch sämtlicher Einzelhandelsbranchen aus den Ländern Hamburg, Mecklenburg Vorpommern und Schleswig Holstein an. Ferner sei die Handelskammer Hamburg Mitglied des Klägers. Darüber repräsentiere er alle in Hamburg ansässigen Anbieter von Tonträgern, wie etwa die in Hamburg ansässigen Media- und Saturn-Märkte, aber auch sämtliche in Hamburg ansässigen Hersteller von Tonträgern. Einzelmitglied beim Kläger sei der Warenhauskonzern Karstadt.

Der Kläger ist der Ansicht, das Angebot und der Vertrieb der Doppel-CD im Onlineangebot der Beklagten verstoße gegen § 5 UWG. Angesichts der Aufmachung der CD-Box müsse der Verkehr glauben, es mit der jeweiligen Originalversion des Nr. 1 Hits zu tun zu haben, worauf es dem Verkehr auch ankomme. Die Bagatellschwelle sei bereits dann überschritten, wenn sich auf einer CD mit mehreren Titeln nur eine Neuaufnahme finde. Die CD-Box zeige die ausübenden Künstler so, wie sie seinerzeit ausgesehen hätten; die Fotos stammten ersichtlich aus den 60er Jahren.

Tatsächlich fänden sich auf den CDs jedoch auch Neueinspielungen, sog. Re-Recordings. Besonders extreme Beispiele seien die in der Anlage K 7 gegenübergestellten Titel. Der auf der Rückseite der CD-Box erscheinende kleine Hinweis sei ungeeignet, der Irreführung entgegenzuwirken. Er sei auf Englisch gehalten und nicht dahin zu verstehen, dass auf der CD auch Re-Recordings enthalten seien. Der Verkehr erwarte einen solchen Hinweis auch nicht an jener Stelle. Der Hinweis sei zudem in der Sache falsch, da diverse Aufnahmen nicht einmal von den „original artists“ eingespielt worden seien.

Die Beklagte sei für den Vertrieb der aufgemachten CD verantwortlich. Ihr stünden genügend Informationsmöglichkeiten zur Seite, um sich eine entsprechende Kenntnis vom Inhalt der Tonträger zu verschaffen.

Der Kläger ist dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs entgegengetreten. Er gehe gegen große Einzelhändler vor, weil eine solche Maßnahme regelmäßig auf den Hersteller durchschlage. Zu einem Vorgehen gegen den vorliegend in England sitzenden Hersteller der CD-Box sei er nicht gezwungen. Er gehe zudem jeweils eigeninitiativ oder aufgrund von Hinweisen Dritter gegen

Vertreiber irreführend aufgemachter Oldie-CDs vor und involviere nur gelegentlich gegen Entgelt seinen in diesem Sektor erfahrenen Prozessbevollmächtigten.

Einen Herrn, den sein Prozessbevollmächtigter vertreten habe und dessen Handeln die Beklagte als rechtsmissbräuchlich vortrage, kenne er nicht.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall bis zu € 250.000,00, Ordnungshaft höchstens zwei Jahre) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr die CD-Box „.....“ in einer Aufmachung anzubieten und/oder zu vertreiben, wie sich das aus der mit diesem Urteil in Kopie verbundenen Anlage ergibt, soweit sich darauf Titel befinden, die in den 60er Jahren in den Hitlisten platziert waren, aber in der auf den CDs befindlichen Versionen seinerzeit nicht gespielt oder vertrieben worden sind.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat bestritten, dass der Kläger nach § 8 III Nr. 2 UWG anspruchsberechtigt sei; insbesondere seien die Interessen seiner Mitglieder nicht berührt. Darüber hinaus sei der Klageantrag zu weitgehend, unklar und zu unbestimmt.

Der Kläger handele rechtsmissbräuchlich. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe in einer Vielzahl von Fällen für einen Herrn rechtsmissbräuchlich Angebote von Tonträgern mit sog. Re-Recordings abgemahnt (Urteil des LG Hamburg vom 6.12.07; Anlage B 1). Herr stecke offenbar auch hinter dem vorliegenden Verfahren. Der Kläger gehe zudem weder gegen das Label noch gegen den Hersteller der CD vor. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers tätige selbst Bestellungen bei der Beklagten, um Wettbewerbsverstöße zu ermitteln (vgl. Anlage K 1 – „freddie faust“) und trage de facto in jedem Verfahren gegen die Beklagte praktisch identisch vor. Die Beklagte hat bestritten, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers gegen Entgelt für diese tätig werde, sofern das Verfahren für diesen erfolglos verlaufe.

Sie hat weiter mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei den Stücken 1, 3 und 5 der Anlage K 7 um die damaligen Nummer 1-Hit-Versionen aus den 60er Jahren handelt und dass es sich bei den Stücken 2, 4 und 6 der Anlage K 7 um die Versionen handelt, die auf der streitgegenständlichen Doppel-CD enthalten seien. Auch hat sie bestritten, dass die auf der Anlage K 7 enthaltenen und als Re-Recordings bezeichneten Titel 2, 4 und 6 nicht in den 60er Jahren gespielt bzw. vertrieben worden seien und von den Aufnahmen abwichen, die damals in den Hitparaden gewesen seien. Sie, die Beklagte, habe die streitgegenständliche CD unter „..... 40 Nr. 1 Songs“ und nicht unter „.....“ angeboten. Der Verbraucher erwarte daher nur Lieder, die in den 60er Jahren einmal die „Nr. 1“ waren, nicht jedoch Originalversionen aus den 60er Jahren. Dies gelte insbesondere bei Samplern. Verbraucher, die eine bestimmte Version von Liedern erwarteten, verließen sich nicht auf den Titel, sondern überprüften den Inhalt der CD genauer. Auch seien die Verbraucher an Originalversionen ebenso gewöhnt wie an zahlreiche Re-Recordings, so dass ihnen der Originalsound der 60er Jahre ohnehin nicht mehr so präsent sei. Sie bestreite mit Nichtwissen, dass die auf dem CD-Cover abgebildeten Künstler seinerzeit so ausgesehen hätten. Ein Rückschluss darauf, dass sich auf der CD-Box gerade die Original-Version des Nr. 1 Hits befinde, ziehe der Verbraucher nicht. Durch den auf der Rückseite vorhandenen Hinweis werde der Verkehr zudem hinreichend aufgeklärt. Er erwarte ihn dort auch.

Sie habe dem Verkehr keine für seine Entscheidung wesentlichen Informationen vorenthalten. Eine relevante Irreführung setze voraus, dass nicht nur eine, sondern mehrere Aufnahmen qualitativ deutlich schlechter als die vermeintlichen Originalaufnahmen seien. Das sei im Streitfall nicht so. Im Streitfall stünden nur wenige Titel als vermeintliche Re-Recordings in Rede, weshalb ein etwaiger Wettbewerbsverstoß die Erheblichkeitsschwelle nicht überschreite. Eine etwaige Beeinträchtigung sei weder für die Verbraucher noch für die Interessen der Mitglieder des Klägers noch für sonstige Marktteilnehmer spürbar. Die auf der CD enthaltenen Songs seien den behaupteten Originalversionen zudem sehr ähnlich.

Im europäischen Ausland werde eine unterlassene Kennzeichnung von Re-Recordings auf einer CD nicht verfolgt. Eine davon abweichende Handhabung in Deutschland verstoße gegen das europäische Diskriminierungsverbot.

Sie habe berufliche Sorgfaltspflichten nicht verletzt und sei wie ein Presseunternehmen ohnehin allenfalls Störerin. Vorliegend seien die Voraussetzungen der Störerhaftung allerdings nicht gegeben, da sie keine zumutbare Prüfungspflicht verletzt habe und auch keine Kenntnis von den vermeintlichen Re-Recordings gehabt habe. Sie vertreibe die CD lediglich und produziere sie

nicht. Die Daten der CD erhalte sie von ihrem Katalogdatenlieferanten, der Fa. Einen Hinweis auf Re-Recordings hätten diese Informationen nicht enthalten. Sie selbst wisse nicht, ob sich auf den streitgegenständlichen CDs die originären Hitversionen befänden, von wann die Aufnahmen stammten und welche Qualität sie haben. Vor Zugang der einstweiligen Verfügung habe sie keinen Anlass gehabt anzunehmen, dass sich auf der CD Re-Recordings befänden. Eine ordnungsgemäße Abmahnung habe es nicht gegeben. Die Abmahnung sei nicht an die Beklagte gerichtet gewesen. Sie könne allenfalls als Störerin haften, habe aber zumutbare Prüfungspflichten nicht verletzt. Ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell wäre gefährdet, wenn ihr weitergehende Prüfpflichten auferlegt würden.

Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte mit Urteil vom 30.03.2010, auf welches zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, antragsgemäß verurteilt.

Gegen dieses Urteil, wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und macht ergänzend geltend:

In formeller Hinsicht habe das Landgericht die Zulässigkeit der Klage nicht geprüft, insbesondere habe das Landgericht in seiner Entscheidung außer Acht gelassen, dass auf Klägerseite ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliege. Das Landgericht sei ferner rechtsirrig davon ausgegangen, dass der Kläger gerichtsbekannt aktivlegitimiert sei im Sinne des § 8 III Nr. 2 UWG. Die Beklagte habe Zweifel an der ausreichenden Verbandsausstattung des Klägers, an der erforderlichen Mitgliederstruktur sowie der Interessenberührung der Mitglieder geäußert, die ungeprüft geblieben seien, obwohl die Erfordernisse des § 8 III Nr. 2 UWG positiv festgestellt werden müssten. Feststellungen in älteren Urteilen seien als Beleg für die heutige Situation nicht ausreichend. Es dränge sich nicht auf, dass etwa zu Mitgliedern eines Einzelhandelsverbandes typischerweise auch Unternehmen zählten, die Tonträger über das Internet vertreiben. Die Firmen Media-Markt und Saturn hätten den Onlinehandel erst nach Klagerhebung aufgenommen und ihren Sitz nicht in Hamburg. Die Fa. Karstadt betreibe keinen Onlinehandel. Bei etwaigen Mitgliedsunternehmen des Klägers handele es sich jedenfalls nicht um eine erhebliche Anzahl im Sinne des § 8 III Nr. 2 UWG. Die Darlegungs- und Beweislast liege insoweit beim Kläger. Hinreichenden Vortrag habe dieser aber nicht gehalten. Sein Vortrag in zweiter Instanz sei wegen der Versäumung der ihm gesetzten Frist zur Berufungserwiderung verspätet und werde bestritten. Die als Anlage K 9 vorgelegte Satzung von 1992 sei veraltet. Die in der Anlage K 16 vorgelegte neue Satzung zeige, dass Einzelunternehmen dem Kläger allenfalls als fördernde

Mitglieder angehören könnten.

Zweifel an der hinreichenden finanziellen Ausstattung des Klägers ergäben sich schon aus dem Umstand, dass dieser neben dem Vorstand und dem Geschäftsführer über keine weiteren Mitarbeiter verfüge. Auffällig sei, dass einzige Angestellte des Klägers eine Rechtsanwaltsfachangestellte sei. Dessen Geschäftsführer betreibe unter der gleichen Adresse wie der Kläger eine Anwaltskanzlei.

Es bestünden auffällige Verflechtungen zwischen dem Kläger und seinen folgenden behaupteten Mitgliedern: Fachverband des Hamburger Einzelhandels e.V., Einzelhandelsverband Nord e.V. und Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V.. Der mutmaßlich mit nur einer Rechtsanwaltsfachangestellten als Rechtsanwalt tätige Geschäftsführer des Klägers sei gleichzeitig Geschäftsführer der Fachverbände des Hamburger Einzelhandels e.V. und des Landesverbandes des Hamburger Einzelhandels e.V. sowie Ansprechpartner für den Einzelhandelsverband Nord e.V.. Alle – einschließlich des Büros von Rechtsanwalt – seien unter der Adresse des Klägers auf der gleichen Etage ebenfalls ansässig. sei „ständiger Gast“ im Ausschuss für Handel der Handelskammer Hamburg und Geschäftsführer des unter der gleichen Adresse ansässigen Verbandes der Zeitschriftenverlage. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die Genannten jeweils eigene Büroräume unterhielten und über jeweils eigene Mittel und eigenes Personal verfügten. Schon diese vielfachen Tätigkeiten von Rechtsanwalt und der Umstand, dass der Kläger das gesamte Abmahngeschäft komplett an seinen Prozessbevollmächtigten abgegeben habe, zeige, dass er über keine hinreichende Ausstattung verfüge. Ein derartiges Geschäftsmodell spreche gegen die Aktivlegitimation des Klägers und sei zudem rechtsmissbräuchlich. Es bestehe der Verdacht, dass der Kläger nicht im Kollektivinteresse seiner Mitglieder tätig sei, sondern im Wesentlichen seinen Prozessbevollmächtigten nach Re-Recording-Fällen suchen und diese sodann abmahnen lasse.

Der Kläger habe die Beklagte seit Mitte 2008 mit 30 Abmahnungen wegen vermeintlicher Re-Recordings mit zahlreichen Verfügungs- und Hauptsacheverfahren überzogen, wobei einzelne Titel trotz entsprechender Kennzeichnung durch die Beklagte sogar doppelt abgemahnt worden seien (Anlagen B 3 und B 4). 15 dieser Abmahnungen seien erst nach der mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Sache erfolgt (Anlage B 3), wobei Einzelabmahnungen betreffend diverser unterschiedlicher CDs teilweise im Abstand von nur 1 bis 2 Tagen ausgesprochen worden seien. Es bestehe der Verdacht, dass der Klägervertreter das

Abmahngeschäft in gleicher Weise wie bereits für den von ihm vertretenen Mandanten selbst betreibe und der Kläger instrumentalisiert werde. Für eine solche Annahme spreche auch die jeweils gleichartige Anspruchsbegründung. Der Klägervertreter suche im Internet selbst gezielt nach Wettbewerbsverstößen, um diese dann abzumahnen. Der Geschäftsführer des Klägers könne und müsse die Abmahnungen als Jurist selbst aussprechen. Für die vorgenommene Verfahrensaufspaltung sei kein sachlicher Grund ersichtlich. Der Kläger behindere gezielt die Beklagte. Er gehe nicht gegen andere Onlinehändler oder den stationären Einzelhandel vor. Sein Vorgehen schlage entgegen seiner Darstellung auch nicht gegen den Hersteller durch. Dieser habe daher weiterhin die Möglichkeit, sein Produkt über die anderen zahlreichen, nicht abgemahnten Händler zu vertreiben.

In materieller Hinsicht habe das Landgericht zu Unrecht eine Irreführung nach §§ 3, 5 UWG bejaht. Das Landgericht habe seiner Prüfung ein falsches Angebot zugrunde gelegt, indem es davon ausgegangen sei, dass die Beklagte die CD-Box unter „.....“ angeboten habe. Diese Angabe auf der CD trete im Verhältnis zu den angebotenen „40 Nr. 1 Songs“ zurück und werde vom Verkehr nicht als maßgeblich erachtet.

Das Landgericht habe seiner Entscheidung ein unzutreffendes Verkehrsverständnis zugrunde gelegt. Die Verkehrskreise erwarteten nur, dass sich auf der CD Lieder befänden, die in den 60ern „Nummer 1“ waren, nicht hingegen auch exakt diejenigen Aufnahmen, die in den 60ern eingespielt worden seien. Es gebe eine Vielzahl von Musiktiteln, die nur wegen eines Kriteriums – insbesondere der Melodie – berühmt geworden seien. Maßgeblich sei auch nicht die spezielle Aufnahme in den 60ern, die in den Charts gespielt worden sei, sondern das Zusammenspiel von Melodie/Text und Interpret. Im Streitfall unterschieden sich die auf der Doppel-CD enthaltenen Titel nicht von denen, die der Kläger als „Originale“ bezeichne; zumindest die Stücke „Needles and Pins“ und „Wild Thing“ seien kaum voneinander zu unterscheiden (Gutachten Prof. Anlage B 8). Dem angegriffenen Angebot der Doppel-CD lasse sich zudem nicht entnehmen, dass sie ausschließlich Originalaufnahmen enthalte. Aus der konkreten Bebilderung des CD-Covers mit altmodisch frisierten und angezogenen Musikern schließe der Verkehr nicht auf den Zeitpunkt der Aufnahme. Er rechne vielmehr mit Re-Recordings. Dafür spreche auch, dass die Rechtsprechung in anderen EU-Ländern eine Kennzeichnung von Re-Recordings einhellig nicht fordere. Es sei nicht ersichtlich, warum die Kammer des Landgerichts repräsentativ zusammengesetzt sei, um aus eigener Sachkunde beurteilen zu können, ob ein erheblicher Prozentsatz der angesprochenen Verkehrskreise und somit aller Altersgruppen

irreführt werde. In Wirklichkeit habe die 15 Jahre alte Verkehrsauffassung des HansOLG und damit die Verbrauchererwartung der Hamburger Richterschaft bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung Pate gestanden. Die Verkehrsauffassung habe sich aber erheblich verändert. CD's würden immer weniger von Verbrauchern deshalb gekauft, weil sie Erinnerungen an die darauf enthaltenen Musiktitel hätten. Das Landgericht hätte durch ein Sachverständigengutachten ermitteln müssen, wie die angesprochenen Verkehrskreise das streitbefangene Angebot tatsächlich verstünden.

Eine etwaige Irreführung des Verkehrs sei nicht relevant. Ein wesentliches Merkmal der Ware sei nicht betroffen. Es gehe nach dem Vortrag des Klägers allenfalls um 3 von 40 Titeln. Keinesfalls werde die erforderliche Irreführungsquote von mehr als 1/3 des angesprochenen Verkehrs erreicht. Schon wegen des geringen Preises von € 7,99 sei die Verbrauchererwartung entsprechend niedrig und die Tragweite der geschäftlichen Entscheidung sehr gering.

Die gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung und Rechtswidrigkeitsprüfung ergebe, dass es der Beklagten unzumutbar sei, bei ca. 1,3 Millionen Tonträgern festzustellen, welche Titel Re-Recordings enthielten. Sie könne die Haftungsprivilegien des Art. 14 der Richtlinie 2000/13/EG für sich in Anspruch nehmen. Die ihr übermittelten Daten enthielten keinen Hinweis auf Re-Recordings. Der Hinweis auf der Rückseite der CD sei ihr nicht bekannt geworden, da sie die CD nie in Händen gehalten habe. Die CD werde vom Lieferanten zu ihrer Tochterfirma geliefert und von dort direkt an den Kunden ausgeliefert. Sie habe den Anforderungen an die „fachliche Sorgfalt“ genügt, deren Verstoß aber erst die Unzulässigkeit ihrer Handlungen hätte begründen können. Nach Kenntnis von der einstweiligen Verfügung habe sie das Angebot sofort entfernt. Aus Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) ergebe sich zwingend, dass ein Verstoß gegen die „berufliche Sorgfalt“ im Rahmen der Prüfung der §§ 3 und 5 UWG Tatbestandsmerkmal sei. Gegen die berufliche Sorgfalt habe sie aber nicht verstoßen.

Der Urteilstenor sei zu weitgehend und zu unbestimmt. Die Beklagte habe keinen Einfluss auf die Gestaltung der CD-Box, zudem werde durch das Verbot der Vertrieb per se und nicht nur im Internet untersagt. Die im Tenor in Bezug genommene Anlage sei falsch.

Mit Blick auf die versäumte Berufungserwiderungsfrist sei der Vortrag des Klägers verspätet.

Soweit der Kläger nunmehr ein angebliches „Ultra-Original“ des Titels „Needles and Pins“ vorgelegt habe, zeige sich daran, dass das angebliche „Original“ aus der Anlage K 7 offenbar doch nicht die maßgebliche Version sei, sondern die auf der Anlage K 13 enthaltene Version, was

ebenso bestritten werde wie die Identität jener Version mit der auf der CD gemäß der Anlage K 14 enthaltenen Version. Keinesfalls sei „Needles and Pins“ von der angegriffenen CD „hörbar elektronisch untermalt“. Der Vortrag sei ebenfalls verspätet, bestätige indes die Vermutung, dass der Prozess in Wahrheit vom Prozessbevollmächtigten des Klägers betrieben werde. Der neue Vortrag beweise auch, dass es offenbar eine einzige Originalversion, die der Verkehr erwarte, nicht gebe und auch ein angeblicher Kenner der Musik der 60er Jahre, wie der Klägervertreter, nicht in der Lage sei, die Originalversion zu erinnern und zu erkennen. Eine Aufnahme mit einer Qualität wie der auf der Anlage K 14 hörbaren, akzeptiere der Verkehr heute nicht mehr. Das Schallplattenknistern wolle heute niemand mehr hören. Dass es sich bei jener Aufnahme um eine Kopie der als Anlage K 13 eingereichten Vinylschallplatte (Single) handele, bestreite sie. Vermutlich sei das Platten-Knistern mit Plug-Ins im Studio künstlich erzeugt worden; das Aufsetzen der Nadel klinge unnatürlich

Die Beklagte beantragt,

das am 30.03.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Hamburg, Geschäfts – Nr. 312 O 368/09 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nachdem die dem Kläger gesetzte Frist zur Erwidern auf die ihm zugestellte Berufungsbegründung der Beklagten auf zwei rechtzeitig gestellte Fristverlängerungsanträge hin zuletzt bis zum 28. März 2011 verlängert worden war, hat der Kläger mit am 20.4.2011 beim Gericht eingegangenen Fristverlängerungsantrag vom gleichen Tage im versicherten Einverständnis mit dem Einverständnis der Beklagten um eine weitere Fristverlängerung bis zum 30.5.2011 gebeten. Der Senatsvorsitzende hat den Kläger mit Verfügung vom 26.4.2011 darauf hingewiesen, dass die Frist mit Blick auf den erst nach Fristablauf eingegangenen Verlängerungsantrag nicht verlängert werden könne. Mit am 3. Juni 2011 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tage hat der Kläger auf die Berufung erwidert.

Er verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung der bereits angedrohten Ordnungsmittel

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr die CD-Box „.....“ in einer Aufmachung anzubieten und/oder zu vertreiben, wie sich das aus der mit diesem Urteil in Kopie verbundenen Anlage A ergibt, soweit sich darauf Titel befinden, die in den 60iger Jahren in den Hitlisten platziert waren, aber in der auf den CDs befindlichen Versionen seinerzeit nicht gespielt oder vertrieben worden sind, wenn dies wie aus der mit diesem Urteil ersichtlichen Anlage B im Internet im Online-Angebot der Beklagten ohne Hinweis auf mögliche Re-Recordings geschieht.

Der Kläger hat darauf hingewiesen, dass Anlage A die aus dem angegriffenen Urteil ersichtliche Verbindungsanlage und Anlage B die Anlage K 1 sein soll. Auch hat er deutlich gemacht, dass er beanstande, dass die auf der angegriffenen Doppel-CD enthaltenen Re-Recordings nicht mit den Hitversionen aus den 60er Jahren übereinstimmen. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag unter Hinweis darauf, dass er bundesweit mehrerer tausend Handelsbetriebe repräsentiere, auch über die Einzelhandelsverbände. Er legt dazu Kopien des Vereinsregisterauszuges (Anlage K 8), seiner Satzung, Stand Mai 1992 (Anlage K 9) und Stand März 2012 (Anlage K 16), und eines über seine Tätigkeit erstellten Exposés aus dem Werk „ABC der Wettbewerbshüter“ (Stand 1/2004; Anlage K 10) sowie eine Liste seiner Verbandsmitglieder (Anlage K 17) vor. Er verteidigt das angegriffene Urteil und wendet sich erneut gegen den Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Handelns. In der Zeit seiner Tätigkeit habe er die in der Berufungserwiderung vom 3.6.2011 im Einzelnen angeführten zahlreichen höchstrichterlichen Urteile in wettbewerbsrechtlichen Grundsatzfragen erstritten. Er unterhalte eine personell und sachlich ausreichend ausgestattete Geschäftsstelle, greife wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhalte aus eigener Initiative auf und aufgrund von Hinweisen aus Mitgliedskreisen, Wirtschaftsverbänden sowie Gewerbetreibenden aller Art auf. Er überwache abgegebene Unterlassungserklärungen und mache Ordnungsmittelverfahren oder Vertragsstrafklagen anhängig. Er betreibe eine umfangreiche Pressearbeit, gebe Informationsschriften heraus und betreibe im Internet eine Informations- und Nachrichtenforum (Beweis: Zeugnis). Sein Vorstand übe die Tätigkeit ehrenamtlich aus. Das Tagesgeschäft obliege seinem Geschäftsführer, dem ein mit einer Rechtsanwaltsfachangestellten besetztes Vereins-Sekretariat zur Verfügung stehe (Beweis: wie vor). Dass weitere Verbände unter der gleichen Adresse angesiedelt seien, sei nicht zu beanstanden. Es sei aus Gründen der Kostenersparnis eine ganze Etage angemietet worden. Er verfüge über eine eigene Geschäftsstelle; Sitzungsräume und die Küche nutze man gemeinsam. Er habe mehrere hundert Male im Jahr Anlass, Unternehmen wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens abzumahnern; von 2009 – 2011 991 mal

(Anlagen K 18 – K 21). Verstöße mahne er, der Kläger, selbst ab. Soweit er hierzu aufgrund jeweils von Einzelaufträgen den Prozessbevollmächtigten beauftrage, zahle er auch dessen Kosten, da es eine anderweitige Vereinbarung nicht gebe. Der Kläger sei nicht gehalten, Abmahnungen selbst auszusprechen. Er dürfe sich dafür eines Rechtsanwalts bedienen. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers sei nicht eigeninitiativ tätig, um Wettbewerbsverstöße aufzudecken. Dieser werde vom Kläger beauftragt, ergänzend zu den sonstigen Maßnahmen zur Überwachung der Einhaltung von Unterlassungserklärungen bzw. Verbotstiteln tätig zu werden und erhalte dafür eine gesonderte Vergütung. Sein Prozessbevollmächtigter sei in nicht unerheblichem Ausmaß auch privat Kunde bei der Beklagten. Im Zuge privaten als auch gezielten und vom Kläger bezahlten Durchforstens der Angebote der Beklagten stoße der Prozessbevollmächtigte bisweilen auf CDs, die keine Originale seien. Es liege keine unzulässige Verfahrensspaltung vor. Jeder konkret geltend gemachte Verstoß sei einzeln zu prüfen, weshalb es zu zeitlichen Differenzen bei der Kenntnis und Abmahnung der Verstöße komme. 30 gegenüber der Beklagten ausgesprochene Abmahnungen verteilten sich über 4 Jahre. Der Kläger müsse den Hersteller nicht vorrangig in Anspruch nehmen, insbesondere nicht den – wie vorliegend – ausländischen Hersteller. Wer der Großhändler sei, erschließe sich nicht aus dem Cover der CD-Box. Der Kläger beschränke sich dennoch nicht nur auf ein Vorgehen gegen die Beklagte, sondern gehe auch gegen andere große Unternehmen der Tonträgerbranche vor.

Die nach dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten als neu eingespielte Versionen dargestellten Titel, die möglicherweise auch ohne Synthesizer eingespielt wurden, seien nicht die Originalversionen der Nr. 1 Hits. Es gehe dem Verkehr, der die erfolgreiche Version hören wolle, nicht darum, eine qualitativ vergleichbare oder tontechnisch verbesserte Version zu erhalten, sondern um die ihm vertraute Version des erfolgreichen Musiktitels.

Es sei seinem Prozessbevollmächtigten gelungen, in dessen privater Sammlung das „Ultra-Original“ von „Needles and Pins“ aufzufinden (Anlage K 13). Der Vergleich mit der auf der streitgegenständlichen CD vorhandenen Version dieses Titels mache auf für Laien bereits „auf den ersten Lausch“ die Unterschiede zwischen der Originalversion und der in den 80er Jahren vorgenommenen Neueinspielung deutlich. Eines Sachverständigengutachtens bedürfe es nicht. Dass es sich bei der erfolgreichen Originalversion des Titels ihrerseits um eine Coverversion handele, sei unerheblich, da darauf abzustellen sei, welche Version ein „Hit“ geworden sei.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil sowie auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Dem klagebefugten (unten Ziff. 2.) Kläger steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch allein wegen des konkreten, aus der Anlage K 1 ersichtlichen Internetangebotes des dort abgebildeten Tonträgers zu, weil dieses den angesprochenen Verkehr in die Irre führt (§§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG – unten Ziff. 4.). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers kann nicht festgestellt werden (unten Ziff. 3.)

Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Unterlassung des Angebots und Vertriebs der streitbefangenen CD-Box als solcher besteht nicht. Mit Rücksicht auf die von der Beklagten gegen den Umfang des Unterlassungstenors zu Recht angeführte Tatsache, dass das angegriffene Warenangebot ausschließlich im Internet erfolgt ist, geht das vom Landgericht ausgesprochene Verbot zu weit und hat die Berufung Erfolg. Denn die vom Kläger beanstandete Irreführung des angesprochenen Verkehrs findet nicht bei jedem Anbieten und Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Tonträgers durch die Beklagte statt, sondern nur dann, wenn mit dem Angebot des Tonträgers im Internet nicht zugleich die Information an den angesprochenen Verkehr einhergeht, dass sich auf dem Tonträger auch solche Versionen von in den 60er Jahren in den Hitlisten auf Platz 1 platzierten Musiktiteln befinden können, die zur Zeit ihrer entsprechenden Platzierung so nicht eingespielt oder vertrieben, sondern zu einem anderen Zeitpunkt eingespielt worden sind (sog. Re-Recordings). Geht aber mit dem Verkaufsangebot eine entsprechende Information einher, so wird der Irreführung des Verkehrs hinreichend entgegen gewirkt und ist weder das Angebot des Tonträgers noch dessen anschließender Vertrieb irreführend (unten Ziff. 5). Daher ist das Verbot auf den zulässigen (unten Ziff. 4. a)) Hilfsantrag des Klägers wie aus dem Tenor ersichtlich auf die konkrete Art des Angebots der dort abgebildeten CD-Box im Internet zu beschränken.

Dabei hat der Senat das Verbot aus Gründen der Klarstellung wie aus dem Tenor ersichtlich gefasst. Aus der Klagbegründung ergibt sich bereits deutlich, dass der Kläger das streitige Angebot der Beklagten beanstandet, weil auf der dort abgebildeten Doppel-CD enthaltenen Re-Recordings nicht ausnahmslos mit den Titelversionen übereinstimmen, die in den 60er Jahren Platz 1 der Hitlisten erklommen haben. Das hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erneut verdeutlicht.

1. Bei dem Hilfsantrag des Klägers handelt es sich um einen solchen, mit dem als Minus zum Hauptantrag die konkrete Form des streitigen Tonträgerangebots angegriffen wird, so dass Bedenken gegen die Zulässigkeit des Hilfsbegehrens nicht bestehen. Aber auch wenn man in dem Hilfsantrag eine Klagänderung sähe, wäre diese auch dann zulässig, wenn die Regelung des § 533 ZPO entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH MDR 2010, 1011) auf etwaige Klagerweiterungen (§ 264 Nr. 2 ZPO) anwendbar wäre, weil sie sachdienlich ist und auf die von dem Berufungsgericht nach § 529 ZPO ohnehin zu berücksichtigenden Tatsachen gestützt ist (§ 533 ZPO). Dem stünde auch nicht entgegen, dass der Hilfsantrag nach Ablauf der gesetzten Frist zur Klagerwiderung gestellt worden ist, denn es fehlt im Streitfall an einer die Ausschlusswirkung des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO herbeiführenden wirksamen Fristsetzung nebst einer Belehrung über die Folgen der Fristversäumung durch das Berufungsgericht (vgl. BGH GRUR 2011, 831 Rn. 40 ff. – BCC).

2. Der Kläger ist aktivlegitimiert, nämlich nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG anspruchsberechtigt. Das kann im Rahmen des anzuwendenden Freibeweisverfahrens (BGH GRUR 2001, 846, 847 – Metro V) mit der notwendigen Sicherheit festgestellt werden.

Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG stehen die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen zu, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

Dass diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Kläger hinreichend dargetan und belegt.

a) Ausweislich des Vereinsregisterauszugs vom 20.01.2011 (Anlage K 8) sowie der Satzung des Klägers (Anlage K 16, dort § 1) ist der Kläger seit dem 27. August 1953 ein eingetragener Verein und damit ein rechtsfähiger Verband (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 8 Rn. 3.31 f.).

b) Der Kläger ist auch ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen. Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist als Zielsetzung bei einem Wettbewerbsverein ausreichend (ebenda, § 8 Rn. 3.34). Der Kläger hat nach seinen Aufgaben, die in § 2 der Satzung geregelt sind (Anlage

K 16), u.a. den lautereren Wettbewerb der gewerblichen Wirtschaft, insbesondere innerhalb des Einzelhandels, zu fördern (§ 2 Ziffer 1 der Satzung) sowie die gewerbliche Wirtschaft, insbesondere den Einzelhandel, gegen unlauteren Wettbewerb zu schützen (§ 2 Ziffer 2 der Satzung). Hierzu hat der Kläger gemäß § 2 Ziffer 3 b) der Satzung u.a. notwendige Anträge an Gerichte zu stellen und Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

c) Dem Kläger gehören weiter eine erhebliche Zahl von Unternehmen an, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben.

Damit sind solche Unternehmen gemeint, die dem Verletzer auf demselben sachlichen und räumlich relevanten Markt als Wettbewerber begegnen, also um Kunden konkurrieren können (ebenda, § 8 Rn. 3.35). Es kommt insofern darauf an, ob sich die betreffenden Waren oder Dienstleistungen ihrer Art nach so gleichen oder nahe stehen, dass der Absatz des einen Unternehmens durch irgendein wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen Unternehmens beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass die Mitgliedsunternehmen eine zumindest nicht gänzlich unbedeutende Beeinträchtigung durch die Wettbewerbsmaßnahme mit einer gewissen – wenn auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit zu befürchten haben. Wird – wie hier – ein bestimmtes Produkt beanstandet, ist grundsätzlich nicht das Gesamtsortiment maßgeblich, sondern es ist auf den Branchenbereich abzustellen, dem die beanstandete Maßnahme zuzurechnen ist. Der Begriff der Ware gleicher oder relevanter Art zur Bestimmung des sachlichen Marktes ist dabei weit auszulegen (ebenda, § 8 Rn. 3.38).

aa) Der vorliegend sachlich relevante Markt ist die Branche für Musik und Tonträger. Der räumlich relevante Markt, der sich an der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens orientiert, ist hier das deutschlandweite Angebot und der Vertrieb von Musik bzw. Tonträgern. Dabei ist entgegen der Annahme der Beklagten nicht allein auf den Online-Handel abzustellen, denn die dortigen Anbieter stehen in unmittelbarer Konkurrenz auch zu den sonstigen Anbietern von Tonträgern im stationären Einzelhandel.

bb) Der Kläger hat bereits in erster Instanz dargelegt, dass der Einzelhandelsverband Nord e.V. Mitglied des Klägers ist und jenem Dachverband wiederum Einzelhandelsorganisationen

praktisch sämtlicher Einzelhandelsbranchen der Länder Hamburg, Mecklenburg Vorpommern und Schleswig-Holstein angehören. Er hat ferner dargelegt, dass die Handelskammer Hamburg sein Mitglied ist und er darüber alle in Hamburg ansässigen Anbieter von Tonträgern, wie etwa die

Firmen Media Markt und Saturn, die über ein reichhaltiges Tonträgerangebot verfügen, repräsentiere. Zusätzlich hat der Kläger vorgetragen, dass der Warenhauskonzern Karstadt mit den bundesweit ansässigen Filialen, die über Tonträgerabteilungen verfügten, sein Einzelmitglied sei.

Die Richtigkeit dieses im Berufungsverfahren wiederholten Vortrags hat die Beklagte nicht in Abrede genommen. Sie hat allein gemeint, die Aktivlegitimation bleibe bestritten. Dabei handelt es sich jedoch allenfalls um eine rechtliche Wertung der vorgetragenen tatsächlichen Umstände, die als solche nicht bestritten worden sind. Dem entspricht es, dass die Beklagte im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 19.2.2010 ihr weiteres Bestreiten der Aktivlegitimation konkret, wenn auch mit der Angabe „insbesondere“, allein damit begründet hat, der Kläger habe nichts dazu vorgetragen, dass die angegriffene Handlung Interessen seiner Mitglieder berühre. Die vom Kläger behauptete Mitgliederstruktur selbst ist nicht Gegenstand tatsächlicher Erörterungen gewesen.

Im Ergebnis kann damit die vom Kläger vorgetragene Mitgliederstruktur als in erster Instanz unstreitig angesehen werden. Das hat auch das Landgericht zutreffend so gesehen. Das spätere Bestreiten der Beklagten in der Berufungsinstanz ist neu und nicht zuzulassen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Darauf, ob der Kläger seinerseits außerhalb der Berufungserwiderungsfrist ergänzenden Vortrag gehalten hat und ob insoweit der Einwand der Verspätung greifen könnte, kommt es nicht an.

cc) Das Vorbringen des Klägers schon in erster Instanz ist insgesamt ausreichend um anzunehmen, dass dem Kläger eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Denn es sind auch solche Unternehmen zu berücksichtigen, die Mitglied in einem Verband sind, der seinerseits Mitglied des klagenden Verbandes ist (BGH GRUR 2007, 610, Tz. 17 – Sammelmitgliedschaft V; GRUR 2006, 873 Tz. 15 – Brillenwerbung). Das gilt insbesondere für solche Verbände, deren Mitglieder u.a. – wie vorliegend – Handelskammern sind (BGH GRUR 1997, 758 – selbsternannter Sachverständiger). Nach dem nach dem Vorstehenden unbestrittenen Vortrag

des Klägers gehören ihm der Einzelhandelsverband Nord e.V. und – vermittelt über diesen – wiederum Fachhandelsorganisationen praktisch sämtlicher Einzelhandelsbranchen aus den Ländern Hamburg, Mecklenburg Vorpommern und Schleswig Holstein an. Ferner ist danach die

Handelskammer Hamburg Mitglied des Klägers, vermittelt über diese er alle in Hamburg ansässigen Anbieter von Tonträgern, wie etwa die in Hamburg ansässigen Media- und Saturn-Märkte, aber auch sämtliche in Hamburg ansässigen Hersteller von Tonträgern repräsentiert. Einzelmitglied beim Kläger ist der Warenhauskonzern Karstadt.

Damit liegt auch im Streitfall eine erhebliche Zahl von betroffenen Mitgliedsunternehmen vor, die Tonträger vertreiben und damit auf dem zuvor genannten Markt tätig sind. Eine Mindestanzahl zur Bestimmung der erheblichen Zahl betroffenen Mitgliedsunternehmen ist nicht erforderlich. Es ist vielmehr ausreichend, wenn die Mitgliedsunternehmen des Verbandes nach Anzahl und/oder Größe, Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht in der Weise repräsentiert vertreten sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann (BGH GRUR 2007, 610, Tz. 18 – Sammelmitgliedschaft V; vgl. auch Köhler/Bornkamm, aaO, Rn 3.42a). So liegt der Fall hier, wobei die Mitgliedschaft einer Vielzahl von Handelskammern oder gleichartigen Verbänden bei einem Wettbewerbsverband entgegen der von der Beklagten im Senatstermin vorgetragenen Ansicht nicht Voraussetzung dafür ist, dass von einer erheblichen Zahl betroffenen Mitgliedsunternehmen ausgegangen werden kann.

Der Einzelhandelsverband Nord e.V. repräsentiert den Fach- und Einzelhandel dreier Bundesländer, mithin auch eine Vielzahl solche Unternehmen und Einzelhändler, die mit Tonträgern handeln. Die Handelskammer Hamburg repräsentiert den Handel einer bundesdeutschen Großstadt, einschließlich des dort ansässigen Tonträgerhandels, wie insbesondere die vom Kläger konkret angeführten Elektronik-Märkte Media Markt und Saturn sowie die Fa. Karstadt, die ebenfalls mit Tonträgern handeln. Bei Letzteren handelt es sich um wirtschaftlich bedeutende Unternehmen, die im Bereich des Tonträgerhandels in unmittelbarer Konkurrenz zu dem Tonträgervertrieb der Beklagten stehen.

e) Der Kläger hat hinreichend dargetan, zur tatsächlichen Wahrnehmung seiner satzungsmäßigen Aufgaben – nämlich der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen – auch in personeller, sachlicher und finanzieller Ausstattung in der Lage zu sein.

aa) Besteht – wie hier – der Satzungszweck in der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, so

reicht eine reine Abmahn- und Klagetätigkeit nicht aus. Vielmehr müssen weitere Aktivitäten hinzukommen (Beobachtung des Wettbewerbsgeschehens, Durchführung von Testkäufen, Aufklärung der Mitglieder und der Allgemeinheit etc.; BGH GRUR 1990, 282, 284 -

Wettbewerbsverein IV; Köhler/Bornkamm, aaO. § 8 Rn. 3.45). Zu diesen Voraussetzungen und zu seiner finanziellen und personellen Ausstattung hat der Kläger vorgetragen. Dem ist die Beklagte erneut allein dadurch entgegengetreten, dass sie den Klagvortrag bestritten hat. Das ist indes nicht hinreichend. Die Frage der Anspruchsberechtigung nach jener Vorschrift ist eine Rechtsfrage. Hinsichtlich der tatsächlichen Rechtsverfolgung einschließlich der hierzu erforderlichen Ausstattung genügt ein bloßes Bestreiten nicht, weil bei einem – wie vorliegend – jahrelang als klagebefugt anerkannten Verband zu vermuten ist, dass diese Voraussetzungen vorliegen (BGH GRUR 2001, 178 – Impfstoffversand an Ärzte; OLG Stuttgart GRUR-RR 2009, 343; Senat v. 6.10.1994, NJW-RR 1995, 559). Dass der Kläger jahrelang als klagebefugt angesehen worden ist, ist den Senatsmitgliedern aus vielen Rechtsstreitigkeiten in erster und zweiter Instanz bekannt.

bb) Die beschriebene Vermutung ist durch nichts widerlegt.

Dass sich der Kläger zur Verfolgung dieser Aufgaben teilweise seines Prozessbevollmächtigten bedient, steht der Annahme einer ausreichenden Verbandsausstattung des Klägers keinesfalls entgegen (vgl. BGH GRUR 1986, 676 – Bekleidungswerk). Ebenso wenig der Umstand, dass der Kläger Büroräumlichkeiten nutzt, denen auch andere Verbände – etwa des Einzelhandels – angeschlossen sind. Die Anzahl der beim Kläger Beschäftigten lässt Schlüsse auf eine unzureichende personelle und finanzielle Ausstattung des Klägers nicht zu. Die an die Darstellung des Klägers über seine sachliche und personelle Ausstattung anknüpfenden Vermutungen der Beklagten, jene Ausstattung sei keinesfalls hinreichend, ist durch nichts begründet.

f) Die angegriffene Handlung berührt schließlich auch die Interessen der Mitglieder des Klägers.

Das ist dann der Fall, wenn die Mitglieder des Verbandes aufgrund der jeweils in Rede stehenden Zuwiderhandlung einen eigenen Anspruch aus § 8 Abs. 1 Nr. 1 UWG hätten, was die „Spürbarkeit“ der Interessenbeeinträchtigung einschließt (Köhler/Bornkamm, aaO, Rn 3.51). Ein dem im Streitfall verfolgten Anspruch entsprechender Unterlassungsanspruch stünde aber auch den Wettbewerbern der Beklagten zu, denn durch das streitige Angebot führt die Beklagten den

angesprochenen Verkehr in erheblicher Weise in die Irre, so dass auch jeder andere Wettbewerber anspruchsberechtigt wäre. Dazu wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 4. verwiesen. Das auch Wettbewerber ein jedenfalls wirtschaftlich begründetes Interesse

darin haben könnten, keine Maßnahmen ergreifen zu müssen, um der vom Kläger gerügten Irreführung vorzubeugen, lässt die „Spürbarkeit“ der Interessenbeeinträchtigung von dem Kläger angeschlossenen Wettbewerbern nicht entfallen. Selbstverständlich ist insoweit auf Wettbewerber abzustellen, die sich im Wettbewerb ihrerseits wettbewerbskonform und damit lauter verhalten. Dass sie daran ein Interesse haben, zeigt ihre – auch vermittelte – Mitgliedschaft beim Kläger.

3. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers (§ 8 Abs. 4 UWG) ist nicht erkennbar.

a) Rechtsmissbräuchlich handelt, wer mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen; ein Fehlen oder vollständiges Zurücktreten legitimer wettbewerbsrechtlicher Ziele ist nicht erforderlich. Es ist ausreichend – aber auch erforderlich –, dass sachfremde Ziele überwiegen (vgl. Köhler/Bornkamm, aaO, § 8 Rn. 4.10). Das Vorliegen des Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Da eine Prozessvoraussetzung betroffen ist, geschieht dies von Amts wegen im Wege des Freibeweises (BGH GRUR 2002, 715, 716 – Scanner-Werbung). Grundsätzlich ist von der Zulässigkeit der Geltendmachung des Anspruchs auszugehen (KG GRUR-RR 2010, 22, 23; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 13 Rn 54). Für einen – wie hier – klagebefugten Verband spricht zudem die Vermutung, dass er seinen eigenen satzungsgemäßen Zwecken nachgeht; deshalb obliegt es demjenigen, der von einem Verband in Anspruch genommen wird, diese Vermutung dadurch zu erschüttern, dass er Umstände darlegt und beweist, die für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Verbandes sprechen (BGH aaO – Impfstoffversand an Ärzte). Das ist der Beklagten im Streitfall nicht gelungen. Die Rechtsverfolgung durch den Kläger ist nicht missbräuchlich.

b) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Kläger ein – nach der Behauptung der Beklagten – rechtsmissbräuchliches Vorgehen eines Dritten (.....) auch dann

nicht entgegenhalten lassen muss, wenn jener Dritte ebenfalls vom jetzigen Prozessbevollmächtigten des Klägers vertreten worden ist. Es kommt daher für den Streitfall nicht darauf an, ob das vorgetragene Abmahn- und Prozessverhalten des tatsächlich rechtsmissbräuchlich war. Allenfalls dann, wenn der Anspruchsberechtigte nicht mehr im

eigenen Interesse, hier also im Verbandsinteresse, tätig wird, sondern als „Handlanger“ eines Dritten, kann im Einzelfall Missbrauch vorliegen (BGH aaO – Impfstoffversand an Ärzte). Für derartige Feststellungen fehlt es indes an hinreichend konkreten tatsächlichen Anhaltspunkten.

Der Kläger hat vorgetragen, jenen anderen Mandanten seines Prozessbevollmächtigten nicht zu kennen. Die bloße Vermutung der Beklagten, jener Mandant „stecke“ auch hinter dem vorliegenden Verfahren, der Kläger fungiere insofern als dessen „Werkzeug“, ist durch nichts belegt.

c) Soweit die Beklagte auch im Berufungsverfahren zur eigenen Abmahn­tätigkeit des Klägers weiter vorgetragen hat, lassen die dazu un­streitigen Vorgänge die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens des Klägers nicht zu.

aa) Die Beklagte hat dazu vorgetragen, der Kläger selbst habe sie seit Mitte 2008 in 30 Fällen wegen vergleichbarer Wettbewerbsverstöße abgemahnt, davon in 15 Fällen nach der mündlichen Verhandlung vom 23.03.2010 vor dem Landgericht in der vorliegenden Sache. In 14 Fällen habe er einstweilige Verfügungsverfahren /Hauptsacheverfahren durchgeführt (Anlage B 3). In einem Fall sei die nämliche Verletzungshandlung zweimal abgemahnt worden (Anlage B 4).

Konkreten Vortrag zum Hintergrund der zwischen den Parteien jeweils im Streit stehenden Umstände, hat die Beklagte nicht gehalten. Aus der in der Anlage B 3 vorgelegten Aufstellung ergeben sich allerdings die Tonträger-Titel sowie die Daten der Abmahnungen und ggfs. der anschließenden gerichtlichen Verfahren. Inwieweit die Streitgegenstände jener Vorgänge vergleichbar waren, ist nicht im Einzelnen feststellbar. Es kann aber unterstellt werden, dass jeweils eine Irreführung des Verkehrs wegen fehlender Angaben dazu, dass die Tonträger auch Neueinspielungen alter Hits oder Erfolge bekannter Künstler enthielten, in Rede stand, was auch eine Verwendung gleicher oder ähnlicher Textbausteine im Abmahnschreiben nahelegt und erklärt. Dass nämlich jene Beanstandungen des Klägers rechtsmissbräuchlich wären, erschließt sich daraus nicht. Der bloße Umstand, dass eine Vielzahl von Abmahnungen ausgesprochen wird und auf dieser Basis auch gerichtliche Streitigkeiten ausgetragen werden, ist für sich

genommen nicht schon geeignet, den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu begründen. Es ist zu berücksichtigen, dass die Abmahnpraxis von Mitbewerbern und Verbänden dem Interesse der Allgemeinheit an der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dient. Deshalb können umfangreiche Abmahn­tätigkeiten für sich allein noch keinen Missbrauch belegen, wenn zugleich umfangreiche

Wettbewerbsverstöße in Betracht kommen (BGH GRUR 2005, 433 – Telekanzlei; OLG Hamm WRP 2011, 501, 504; Köhler/Bornkamm, aaO, § 8 Rn. 4.12). Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs begründen können.

Solche Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten können sich unter anderem daraus ergeben, dass ein Gläubiger bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine Inanspruchnahme in einem Verfahren für ihn mit keinerlei Nachteilen verbunden ist (BGH GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Diese Maßstäbe sind auf die Beurteilung der Mehrfachverfolgung gleichartiger oder ähnlich gelagerter Wettbewerbsverstöße jedenfalls zwischen denselben Parteien zu übertragen, denn das entspricht dem Normzweck des § 8 Abs. 4 UWG, Missbräuchen bei der Geltendmachung von Abwehransprüchen aus sachfremden, nicht schutzwürdigen Gründen entgegenzuwirken (BGH GRUR 2009, 1180 Tz. 20 – 0,00 Grundgebühr). Von einem Missbrauch ist aber nicht auszugehen, wenn der Gläubiger zur getrennten Verfolgung in verschiedenen Prozessen im Hinblick auf verschiedene Streitgegenstände und die unterschiedliche Beweissituation Anlass hat (BGH GRUR 2010, 454 – Klassenlotterie).

bb) Sachfremde, nicht schutzwürdige Gründe für die von der Beklagten angeprangerte Mehrfachverfolgung durch den Kläger sind vor diesem Hintergrund nicht feststellbar.

Mit einer Ausnahme, nämlich der zweimaligen Verfolgung eines Unterlassungsanspruches wegen desselben Tonträgers, die auf einem Irrtum beruhen kann, handelt es sich bei den aus der Anlage B 3 ersichtlichen Beanstandungen um unterschiedliche Tonträger und damit um verschiedene Streitgegenstände. Wie gerade auch der vorliegende Fall zeigt, in dem u.a. um die Frage gestritten wird, ob auf dem Tonträger vorhandene Tonaufnahmen mit den Aufnahmen identisch sind, die dem Verkehr zum Zeitpunkt ihres großen Erfolges bekannt gemacht worden sind, konnte der Kläger für eine getrennte Anspruchsverfolgung schon deshalb Anlass haben,

weil bei verschiedenen Tonträgern und den dort streitgegenständlichen Tonaufnahmen unterschiedliche Beweissituationen vorlagen, was eine getrennte Anspruchsverfolgung sinnvoll erscheinen lassen konnte. Die Verschiedenartigkeit der beanstandeten Tonträger legt zudem eine Vielzahl von Verletzungshandlungen nahe, weshalb die Verfolgung einer solchen –

unterstelltermaßen – großen Anzahl von Wettbewerbsverstößen durch einen Wettbewerbsverband, der – wie schon ausgeführt – gehalten ist, das Wettbewerbsgeschehen – zumal bei großen Anbietern, die bereits durch Wettbewerbsverstöße aufgefallen sind, – zu beobachten und u.a. Testkäufe zu machen, folgerichtig ist und keinesfalls als missbräuchlich bewertet werden kann. Hinzu kommt schließlich, dass die in der Anlage B 3 angeführten Fälle deutlich machen, dass der Kläger etwaige Verletzungshandlungen nicht nur abgemahnt, sondern falls erforderlich auch im Eilverfahren gerichtlich verfolgt hat. Im Eilverfahren ist der Gläubiger eines Anspruchs aber schon deshalb gehalten, den Anspruch unverzüglich zu verfolgen und gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen, weil er sich ansonsten dem Vorwurf ausgesetzt sähe, die Sache selbst nicht als eilig behandelt zu haben, so dass die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG entfiere (st. Rechtsprechung des Senats, z.B. in GRUR-RR 2010, 57; vgl. auch die Übersicht bei Köhler/Bornkamm, aaO, Rn. 3.12 ff. [insbes. Rn. 3.15b] zu § 12 UWG). Selbst wenn zwischen einzelnen in der Anlage B 3 angeführten Abmahnungen teilweise nur wenige Tage oder Wochen lagen, lässt dies den Schluss auf ein missbräuchliches Verhalten des Klägers nicht zu, denn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die zeitliche Nähe der getrennten Abmahnungen sachlich und rechtlich nicht hinreichend durch Erfordernisse des Einzelfalles begründet ist, sind weder vorgetragen noch sonst erkennbar. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, wann der Kläger von den jeweils abgemahnten Verletzungshandlungen Kenntnis erlangt hat, sodass Feststellungen dazu, ob er einzelne Abmahnungen mit anderen Vorgängen hätte verbinden können und müssen, ohnehin nicht getroffen werden können.

d) Der Umstand, dass der Kläger im konkreten Fall die Beklagte, nicht aber den Tonträgerhersteller und/oder den Großhändler auf Unterlassung in Anspruch genommen hat, begründet den Rechtsmissbrauchsvorwurf ebenfalls nicht.

Es ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn der Anspruchsberechtigte nur gegen einen von mehreren Verletzern vorgeht, denn es steht dem Inanspruchgenommenen frei, seinerseits gegen die anderen Verletzer vorzugehen (BGH aaO – Impfstoffversand an Ärzte; Köhler/Bornkamm, aaO. § 8 Rn. 4.21). Ob der Umstand, dass der Verletzte nur gegen Händler,

nicht aber auch gegen den Hersteller vorgeht, überhaupt den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs begründen kann (verneinend OLG Köln NJWE-WettbR 1999,252, 253; Senat vom 17.9.2009 – Anlage K 6; aA MüKo-Fritzsche, UWG, 2006, § 8 Rn. 255), muss nicht entschieden werden. Denn jedenfalls sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Allenfalls dann, wenn das

Verhalten des Verletzten Rückschlüsse darauf ermöglicht, dass er die Auswahl des in Anspruch genommenen Verletzers überwiegend aus sachfremden Erwägungen, nämlich vor allem zum Zwecke der Diskriminierung bzw. Behinderung des Verletzers und nicht zur Sicherstellung lauterer Verhaltens des Wettbewerbers am Markt, vorgenommen hat, bleibt für Erwägungen zum Rechtsmissbrauch Raum.

Derartige Umstände lässt der Streitfall nicht erkennen. Soweit es die Rechtsverfolgung beim Großhandel betrifft ist schon nichts dafür ersichtlich, dass der Kläger den insoweit in Betracht kommenden Verletzer mit zumutbarem Aufwand hätte ausfindig machen können. Der Kläger hat dazu vorgetragen, ihm sei der Großhändler nicht bekannt. Es erscheint zudem keinesfalls sachfremd, dass der Kläger die Beklagte und nicht (auch) den ausländischen Tonträgerhersteller in Anspruch nimmt. Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Notwendigkeit zur Zustellung von Schriftstücken im Ausland im Streitfall bei einer Inanspruchnahme des Herstellers ebenso bestanden hätte wie dies bei der in Luxembourg ansässigen Beklagten der Fall ist. Bei der Beklagten handelt es sich indes um einen marktstarken Anbieter von Tonträgern, was auch den Mitgliedern des Senats bekannt ist. Wenn der Kläger daher – wie er vorträgt – das Ziel verfolgt hat, den streitigen Unterlassungsanspruch gegenüber diesem Händler durchzusetzen, um so, weil ein gewichtiger Abnehmer des in Rede stehenden Tonträgers betroffen ist, auch Wirkungen beim Hersteller zu erzielen, dann liegt darin eine sachlich nachvollziehbare Erwägung. Hinzu kommt, dass der Kläger im Falle der Beklagten, deren Tonträgerangebote im Internet unproblematisch überprüft werden können, effektiv und ohne großen Aufwand kontrollieren kann, ob etwaige Vertriebsverbote eingehalten werden. Dass kann für den Vertrieb von Tonträgern durch den ausländischen Hersteller nicht in gleichem Maße angenommen werden. Schließlich besteht bei der Rechtsverfolgung gegenüber dem Hersteller stets das Risiko, dass die ergriffenen Maßnahmen hinsichtlich bereits ausgelieferter Ware keine oder eine nur verzögerte Wirkung zeigen.

e) Dass der Kläger – wie die Beklagte meint – nur gegen sie, nicht aber auch gegen andere Onlinehändler oder den stationären Einzelhandel vorgehe, ist eine bloß unbelegte Vermutung, die

der Kläger zudem durch seinen Hinweis darauf entkräftet hat, dass er wegen vergleichbarer Sachverhalte auch gegen große Wettbewerber der Beklagten, wie etwa die Firmen Saturn, Media Markt und JPC vorgegangen ist.

f) Der Umstand schließlich, dass der Kläger bei einer Ausstattung, die Zweifel an seiner Klagebefugnis nicht aufkommen lässt (s.o.), ihren auf dem Gebiet des Tonträgermarktes erfahrenen Prozessbevollmächtigten mit der Ermittlung von Rechtsverstößen sowie der anschließenden Abmahnung solcher Verstöße beauftragt, ist ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich. Selbst dann, wenn die Geschäftsführung eines Wettbewerbsvereins gänzlich durch ein Anwaltsbüro gegen Entgelt erbracht wird, kann bei ansonsten ausreichender finanzieller Ausstattung des Vereins nicht schon von Rechtsmissbrauch gesprochen werden (BGH aaO – Bekleidungswerk). Der ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung der Beklagten, der Prozessbevollmächtigte des Klägers erhalte bei fehlgeschlagener Rechtsverfolgung keine Gebühren, ist der Kläger entgegen getreten. Dafür gibt es auch keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte.

In diesem Zusammenhang ist es weiter nicht zu beanstanden, wenn der Prozessbevollmächtigte des Klägers diesen nicht nur bei auftragsgemäßer Tätigkeit, sondern auch dann, wenn er – wie der Kläger vorträgt – anlässlich privat veranlasster Suche nach Tonträgern auf Rechtsverletzungen stößt, auf Rechtsverletzungen aufmerksam macht. Keine maßgebliche Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass der Klägervertreter in den laufenden Prozess Tonträger aus seiner privaten Sammlung eingebracht hat. Durch dessen Tätigkeit für den Kläger ist keinesfalls belegt, dass sich der Kläger zum Werkzeug seines Prozessbevollmächtigten gemacht hat und bei der Verfolgung so festgestellter Rechtsverletzungen nicht mehr im Verbandsinteresse, sondern nur noch im Interesse seines Rechtsanwalts tätig wird. Das wäre aber – wie schon ausgeführt – erforderlich, um im Einzelfall von einem Rechtsmissbrauch ausgehen zu können (BGH aaO – Impfstoffversand an Ärzte). Anderenfalls ist es, wenn – wie im Streitfall – die objektiven Gegebenheiten der Klagebefugnis bejaht werden können, unerheblich, von wem die Anregung zur Geltendmachung der einem Verband zur Förderung gewerblicher Interessen zustehenden Ansprüche ausgeht. Das Gesetz hat den Verbänden die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen unabhängig davon zugebilligt, ob die Verbände aufgrund eigener Initiative oder aufgrund von Anregungen betroffener Wettbewerber oder gar nicht von betroffenen Dritten tätig werden (BGH

GRUR 1997, 761, 763 – Politikerschelte).

4. Dem Kläger steht gegen die Beklagte bezogen auf das streitgegenständliche Angebot

einer CD-Box mit der Bezeichnung „.....“ ein Unterlassungsanspruch zu (§ 8 Abs. 1 UWG), denn das angegriffene Angebot der Beklagten erweist sich auch in der Sache als irreführend und damit nach §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG wettbewerbswidrig.

a) Allerdings betrifft diese Feststellung allein die angegriffenen Handlungen der Beklagten im Rahmen ihres Internetangebotes, denn andere Angebots- oder Vertriebsformen sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insoweit besteht auch keine Erstbegehungsfahr. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Klage daher nur als begründet, soweit mit ihr jedenfalls auch das konkrete Internetangebot der streitgegenständlichen CD-Box in der aus der Anlage K 1 ersichtlichen Weise angegriffen worden ist.

aa) Streitgegenstand der Klage ist nach dem Hauptantrag das

- Anbieten und/oder Vertreiben
- einer CD-Box mit dem Titel „.....“
- in einer Aufmachung gemäß der Anlage zum Klagantrag
- wenn und soweit sich auf der CD Musiktitel befinden,
 - die in den 60er Jahren in den Hitlisten platziert waren,
 - die aber in der auf der CD befindlichen Version nicht der Version entspricht, die Platz 1 der Hitlisten erreicht hat.

Nach der Klagbegründung greift der Kläger an, dass der Verkehr mit dem Angebot und dem Vertrieb des vorbezeichneten CD-Box in die Irre geführt werde, weil er angesichts der gesamten Aufmachung glaube, dass sich auf der CD nur originale Versionen, die in den 60er Jahren als Nr. 1 Hits gespielt und vertrieben worden seien, befänden. Der in englischer Sprache gehaltene kleingedruckte Hinweis auf der Rückseite der CD sei nicht geeignet, die Irreführung zu beseitigen. Er sei auch sachlich falsch.

Nach jener Begründung zum Antrag und der dem Antrag beigefügten Verbindungsanlage will der

Kläger es der Beklagten in der Hauptsache untersagen lassen, die Rede stehende CD-Box selbst und in ihrer konkreten Aufmachung wie sie sich aus der Anlage zum Klagantrag ergibt, anzubieten und/oder zu vertreiben. Es geht ihm danach jedenfalls nicht allein um die Art und Weise des

Angebots der CD-Box durch die Beklagte im Internet. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger in der Klage darauf hingewiesen hat, dass die Beklagte den streitgegenständlichen Tonträger auch nach der Abmahnung nicht aus ihrem Internetangebot entfernt bzw. die Qualität – gemeint ist ersichtlich das Vorhandensein von Re-Recordings – nicht deutlich gekennzeichnet hat. Danach kommt es zwar in Betracht, dass es der Kläger auch für hinreichend erachten könnte, der Irreführung im Internet durch aufklärende Hinweise entgegen zu wirken. Das ändert aber nichts daran, dass er der Beklagten nach dem Hauptantrag und der damit verbundenen Anlage den Vertrieb der CD-Box als solches untersagen lassen will.

Ein solcher Anspruch geht indes zu weit. Für eine durch den bloßen Vertrieb der streitgegenständlichen CD-Box bewirkte Irreführung des Verkehrs durch die Beklagte ist weder etwas vorge tragen noch sonst ersichtlich. Darauf weist die Beklagte zu Recht hin.

Eine Irreführung des Verkehrs wäre im Streitfall ausgeschlossen, wenn der Verkehr bereits mit dem Angebot der Beklagten die Information über auf der angebotenen CD enthaltene Re-Recordings erhielte. Eine sogenannte post-sale-confusion, also eine etwaige Irreführung des Verkehrs im Rahmen des dem Kauf nachfolgenden Gebrauchs der Ware, ist durch die Vorschriften der §§ 5, 5a UWG im konkreten Fall nicht geschützt (vgl. Senat vom 5.1.2009, ZUM 2009, 862 f.). Zwar hat die Umsetzung der UGP-Richtlinie mit der UWG-Novelle 2008 dazu geführt, dass unter den Begriff der geschäftlichen Handlung auch Verhaltensweisen fallen könne, die nach Geschäftsabschluss erfolgen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Ein nachfolgend zur Irreführung geeignetes Verhalten der Beklagten ist aber nicht erkennbar. Die Vertragsdurchführung ist im Streitfall mit der Auslieferung der CD-Box an den Käufer beendet. Von dem durch das Landgericht ausgesprochenen Verbot wären aber auch solche Angebote der Beklagten erfasst, in deren Rahmen der Verkehr klar und deutlich darauf hingewiesen würde, dass der Tonträger auch Re-Recordings, also Neueinspielungen der als Nr. 1 Hits beworbenen Musiktitel durch die Original- – oder gegebenenfalls durch andere – Künstler enthält. In einem solchen Fall wäre eine Irreführung des Verkehrs ausgeschlossen. Der angesprochene Verkehr wäre dann hinreichend aufgeklärt. Dass der Tonträger sodann an den so aufgeklärten Kunden abgegeben wird, ändert nichts. Ein derartiges Angebot fielle ohne weiteres auch unter den bisherigen Verbotstenor. Der Beklagten sind daher nach dem

bisherigen Tenor des Verbots zu weitgehend auch lauterkeitsrechtlich zulässige Offerten des streitigen Tonträgers verboten. Der Senat hat folglich auf die Berufung der Beklagten hin das landgerichtliche Urteil abgeändert und – mit einer Klarstellung – nach dem im Berufungsverfahren

formulierten Hilfsantrag des Klägers erkannt sowie die Klage im Übrigen abgewiesen.

bb) Nach dem Hilfsantrag ist Streitgegenstand jedenfalls das

- Anbieten und/oder Vertreiben
- einer CD-Box mit dem Titel „.....“
- in einer Aufmachung gemäß der Anlage A zum Hilfsantrag (= Anlage zum Hauptantrag)
- wenn sich auf der CD Musiktitel befinden,
 - die in den 60er Jahren in den Hitlisten platziert waren,
 - die aber in der auf der CD befindlichen Version nicht der Version entspricht, die Platz 1 der Hitlisten erreicht hat,

und

- die CD-Box angeboten wird wie aus der Anlage B zum Hilfsantrag (= Anlage K 1) ersichtlich.

Der Hilfsantrag ist hinreichend bestimmt, denn er nimmt auf die konkrete Ausgestaltung des angegriffenen Tonträgers (Anlage A) und des Internetangebots der Beklagten (Anlage B) Bezug, so dass Zweifel an der Reichweite des Verbots nicht aufkommen können. Dazu trägt die im Verbots-tenor vorgenommenen Klarstellung des Verbotsinhalts weiter bei.

b) Der Hilfsantrag ist auch begründet.

Mit dem Kläger und dem Landgericht geht der Senat davon aus, dass ein erheblicher Anteil des angesprochenen Verkehrs dem Produktangebot der Beklagten nicht nur entnimmt, dass sich auf dem angebotenen Tonträger solche Tonaufnahmen mit Hits aus den 60er Jahren befinden, die sich seinerzeit in den Hitlisten auf Platz 1 befanden, sondern auch, dass die auf dem Tonträger vorhandenen Titel mit denen identisch sind, die seinerzeit eingespielt und dem breiten Publikum

in dieser Version bekannt gemacht und geschätzt worden sind. Diese Erwartung wird enttäuscht.

aa) Das kann der Senat aufgrund eigener Sachkunde feststellen, denn seine Mitglieder gehören zu den angesprochenen Verkehrskreisen, im Streitfall also denjenigen Verkehrskreisen, die Tonträger für den privaten Musikkonsum bzw. -genuss nachfragen und erwerben. Gehören die Mitglieder des Gerichts selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen, bedarf es im allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens, um das Verständnis des Verkehrs zu ermitteln (vgl. BGH, GRUR 2004, 244, 245 Tz 20 – Marktführerschaft). So liegt der Fall hier, weshalb das Landgericht zu Recht kein Sachverständigengutachten zur Frage des Verkehrsverständnisses eingeholt hat. Die spezielle Sachkunde des Landgerichts und des Senats wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Mitglieder des Gerichts naturgemäß keinen repräsentativen Ausschnitt des maßgeblichen Verkehrs darstellen. Der Senat kann sich für seine Feststellungen gleichwohl auf sein Erfahrungswissen stützen, das sich auch auf eine langjährige Erfahrung bei der Beurteilung wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalte gründet. Der von der Beklagten offenbar vertretenen Auffassung, die maßgebliche Verkehrsauffassung könne nur unter Einbeziehung der Auffassung vor allem jüngerer Käuferschichten, die an zahlreiche auf dem Markt befindliche Re-Recordings gewöhnt seien, und unter Berücksichtigung weiterer Kriterien wie Musikgeschmack, Schulbildung etc. festgestellt werden, weshalb die Mitglieder des Gerichts an der Feststellung der Verkehrsauffassung ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens gehindert seien, weil sie die verschiedenen Käuferschichten nicht repräsentieren, ist daher nicht zu folgen.

bb) Schon durch den Titel der CD-Box „.....“ wird Verkehr darauf hingewiesen, dass die darunter angebotenen Tonaufnahmen aus den 60er Jahren (.....) stammen. In Verbindung mit der Angabe „.....“ wird dem Verkehr deutlich, dass hier besonders bekannte, nämlich seinerzeit an der Spitze der Hitlisten stehende Musiktitel, die aus den 60er Jahren stammen, angeboten werden. Die Bedeutung des Rautenzeichen „#“ mag dabei nicht jedermann bekannt sein, wird vom Verkehr indes im konkreten Zusammenhang unschwer als „Nr.“ oder „No.“ verstanden. Für erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs sind aus den 60er Jahren stammende „No. 1 Hits“ eben solche, die seinerzeit eingespielt und in der Version verbreitet, also aus-

gestrahlt oder auf Tonträger gepresst worden sind, die den Erfolg des jeweiligen Musiktitels bewirkt und ihn zur „No. 1“, also zu einem Hitgemacht hat. Er wird mangels entgegenstehender An-

gaben wie selbstverständlich davon ausgehen, dass der so betitelte Tonträger gerade jene erfolgreichen Versionen des „No. 1 Hits“ enthält.

Das wird durch die Abbildungen auf dem Cover der CD-Box, die vorwiegend junge Musiker mit seinerzeit moderner Haartracht zeigen, noch verstärkt.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Beklagten, der Verkehr, insbesondere jüngere Menschen, sei an die Verbreitung von Re-Recordings, also von Neueinspielungen älterer Musiktitel gewöhnt, was das Verkehrsverständnis auch präge. Eine solche Verkehrsgewöhnung erscheint schon zweifelhaft. Allenfalls die Verbreitung sogenannter Coverversions, also von musikalischen Darbietungen, die eine neue eigenständige Interpretation vergangener künstlerischer Darbietungen durch andere Interpreten darstellen, dürfte weiten Teilen des Verkehrs bekannt sein. Anders als solche Neuinterpretationen erfreuen sich die sog. Re-Recordings in der Regel keiner besonderen Beliebtheit, denn der Verkehr bringt den Neueinspielungen vormals bekannter Musiktitel durch den nämlichen Künstler im vorliegenden Bereich der U-Musik zumeist nicht die besondere Wertschätzung entgegen, die er den Originaltiteln, die er zur Zeit oder jedenfalls in der Version ihres Erfolges „im Ohr“ hatte, beimisst. Der Verkehr rechnet daher, wenn ihm auf dem Cover eines Tonträgers „.....“ aus den „SIXTIES“ angepriesen werden, keineswegs damit, dass ihm ohne einen konkreten Hinweis darauf unbedeutendere Neueinspielungen älterer Titel angeboten werden.

Das ist im Streitfall auch nicht deshalb anders, weil die Beklagte den die Vorderseite des Tonträgercovers nicht nur im Angebot abgebildet, sondern das Produkt zusätzlich mit der Angabe „..... 40 Nr. 1 Songs“ beschrieben hat. Dass dem Verkehr hier bei den Angeboten von Nr. 1 Hits durch die Wahl des Wortes „Songs“ statt „Hits“ bereits deutlich würde, dass nur die wann auch immer eingespielten Musikstücke als solche, nicht aber ihre Originalversionen angeboten werden, erscheint bereits zweifelhaft. Das muss aber nicht entschieden werden, denn das Verkehrsverständnis wird durch das gleichzeitig abgebildete Cover des Tonträgers maßgeblich mitbestimmt. Angesichts dessen hat der Verkehr aber keinen Anlass, die beschreibende Angabe „..... 40 Nr. 1 Songs“ anders zu verstehen als den Titel „.....“ auf dem CD-Cover.

Das Verständnis des Verkehrs von jener Angabe wird auch nicht maßgeblich durch die Preisangabe verändert, denn der Verkehr weiß darum oder rechnet jedenfalls damit, dass Tonträger mit

sogenannten „Oldies“ – gerade auch im Onlinehandel – oft zu günstigeren Preisen angeboten werden als Tonträger mit aktuellen Musikstücken bzw. Hits.

cc) In seiner Erwartung, der angebotene Tonträger enthalte Nr. 1 Hits aus den 60er Jahren mit den seinerzeit erfolgreichen Einspielungen wird der Verkehr getäuscht und mithin in die Irre geführt.

Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass es nicht erforderlich ist, diese Feststellung gutachterlich überprüfen zu lassen, denn es kann als unstreitig angesehen werden, dass sich auf dem Tonträger auch sogenannte Re-Recordings befinden, also nicht die seinerzeit bekannt gewordenen Originaleinspielungen, sondern Neueinspielungen der in den 60er Jahren in den Hitlisten platzierten Titel.

Das ergibt sich schon daraus, dass auf der Rückseite des Tonträgers angegeben ist „This compilation contains original recordings as well as new recordings by the original artists“. Dass dies unrichtig ist, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Es wäre angesichts des vorstehenden Hinweises auf der Rückseite der Doppel-CD auch an ihr, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass es sich entgegen dem Hinweis bei allen Titeln um die zu Zeiten ihres großen Erfolges eingespielten und verbreiteten Originaltitel handelt.

Auf etwaige Unterschiede zwischen der auf dem streitbefangenen Tonträger enthaltenen Version jenes Titels und der vom Kläger zunächst als Originalaufnahme bezeichneten Version des Titels gemäß der Anlage K 7 oder der Version gemäß der Anlage K 13 kommt es nicht entscheidend an.

Allerdings kann festgestellt werden, dass jedenfalls zwei der vom Kläger in der Anlage K 7 als Originalversionen vorgelegten Musiktitel tatsächlich die Versionen sind, die in den 60er Jahren Nr. 1-Hits waren.

Einerseits kommt das von der Beklagten als Anlage B 8 vorgelegte Gutachten zu dem Ergebnis, dass es sich jedenfalls bei der Version des Titels 3 „Wild Thing“ um die Original-Hitversion handelt. Es heißt dort nämlich:

„... 1966 wurde „Wild Thing“ von den Troggs als Cover aufgenommen und erreichte dann die

englischen und deutschen Charts. Diese Version wird in unserem Fall als Original bezeichnet.“ (Unterstreichungen durch das Gericht).

Zudem kann der Senat aufgrund eigener Erfahrung und Erkenntnis nach Anhörung der Titel, die auch in der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass es sich auch bei dem vom Kläger als Original bezeichneten Titel Nr. 5 „Built Me Up Buttercup“ um die Version des Titels handelt, die in den 60er Jahren die Hitlisten erklommen und in der Folgezeit wiederholt im Rundfunk ausgestrahlt worden ist.

Jedenfalls die Versionen der vorgenannten beiden Musiktitel, wie sie sich auf den von der Beklagten angebotenen CDs wiederfinden, unterscheiden sich von den Originalversionen auch sehr deutlich. Zwar kommt das von der Beklagten vorgelegte Privatgutachten teilweise zu einem anderen Ergebnis. Dort heißt es zu den Titeln „Needles and Pins“ und „Wild Thing“, dass sich die auf der CD-Box vorhandenen Versionen nicht wahrnehmbar von den als Originalversion bezeichneten Einspielungen unterscheiden, sie entsprächen dem Zeitgeist und emotionalen Grundgehalt der 60er Jahre. Der Titel „Built me up Buttercup“ wird als hochwertige Repertoirepflege der Originalband von höherer Qualität bezeichnet.

Der Senat vermag sich dieser Einschätzung indes nicht in jeder Hinsicht anzuschließen. Den Mitgliedern des Senats sind – wie ausgeführt – die seinerzeitigen Hitversionen jedenfalls der Musikstücke „Wild Thing“ und „Built me up Buttercup“ aufgrund eigener Wahrnehmung bekannt. Auf der Grundlage dieser Kenntnis vermag der Senat festzustellen, dass die auf der streitgegenständlichen CD vorhandenen Versionen jener Titel mit den Hitversionen nicht übereinstimmen. Die Unterschiede der verschiedenen Versionen der Musiktitel mögen bei dem Titel „Needles and Pins“ gering sein. Das Tempo ist leicht erhöht; Gesang und Instrumentierung sind der Hitversion weitestgehend angepasst, so dass sich der Verkehr über die Originalität der Aufnahme täuschen könnte. Hinsichtlich der beiden anderen vom Kläger vorgetragenen Musiktitel sind die Unterschiede dagegen so deutlich, dass ohne weiteres erhebliche Abweichungen in Gesang und Arrangement der Titel feststellbar sind. Darauf, ob – wie das Landgericht gemeint hat – tatsächlich elektronische Musikinstrumente verwendet worden sind, die zur Zeit der Originalaufnahmen noch nicht zur Verfügung standen, kommt es nicht an.

Es muss vor diesem Hintergrund nicht erörtert werden, ob der Verkehr in spürbarer Weise auch dann in die Irre geführt würde, wenn er Unterschiede zwischen der Hitversion aus den 60ern und

einer Neueinspielung nicht wahrnehmen oder sonst erkennen könnte.

cc) Die Irreführung des angesprochenen Verkehrs, die darin liegt, dass er sich über den Inhalt des

ihm zum Kauf angebotenen Tonträgers täuscht, ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch so wesentlich, dass sie geeignet ist, die Interessen der angesprochenen Verbraucher und die der übrigen Wettbewerber spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG).

Wie der Senat etwa in seiner Entscheidung vom 17.9.2009 – 3 U 65/09 –, die in der Anlage K 6 vorgelegt worden ist, ausgeführt hat, legt der angesprochene Verbraucher Wert darauf, diejenige Version eines Titels zu erhalten, die dessen Bekanntheit erst begründet hat. Ebenso wie bei den in jener Sache in Rede stehenden Musiktiteln, die als „Schlager-Juwelen“ und „große Erfolge“ eines Interpreten beworben worden waren, ist es dem angesprochenen Verbraucher gerade auch bei Musiktiteln, die die Spitze der seinerzeitigen Hitparaden erobert haben, wichtig, dass er eben die Versionen der Titel erhält, die die Titel bekannt gemacht haben, also seinerzeit im Radio gespielt worden sind, meist über viele Wochen in den Hitlisten vertreten waren und die dabei Spitzenplätze eingenommen haben. Bei Entscheidungen zum Kauf derartiger CDs spielt vielfach ein Gefühl der Nostalgie eine erhebliche Rolle, denn die angesprochenen Verkehrskreise haben häufig den Wunsch, vertraute Stücke aus einem früheren Lebensabschnitt auch tatsächlich in genau der Version wieder zu hören, die ihnen von damals bekannt und vertraut ist. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa NJW-RR 1991, 42; GRUR 1995, 800) an der er weiter festhält (ebenso OLG Nürnberg WRP 2011, 114, 116). Das trifft im Übrigen nicht nur auf das ältere Publikum zu, denn auch das jüngere Publikum wird, wenn es Interesse für in den damaligen Hitlisten platzierte Musiktitel zeigt, Wert darauf legen, dass es die Titel gerade in der Originalversion erhält, in der sich allein der besondere musikalische und emotionale Wert des ehemaligen Nr. 1 Hits widerspiegelt. Darauf, ob jene Aufnahmen qualitativ schlechter sind als etwaige Neueinspielungen, kommt es nicht an, denn die Wertschätzung, die der Verkehr den Originalaufnahmen entgegenbringt, ist von der künstlerischen oder technischen Qualität der Aufnahme unabhängig. Es geht demjenigen, der die in den 60iger Jahren erfolgreiche Version erwartet, nicht darum, eine qualitativ vergleichbare oder eventuell sogar tontechnisch verbesserte Version zu erhalten, sondern – auch wenn er eine CD und keine Schallplatte erwirbt – um die ihm vertraute Version (Senat vom 20.7.1995 GRUR 1995, 820 ff., 821).

Dabei folgt der Senat der Beklagten nicht in ihrer Auffassung, eine – unterstellte – Irreführungsquote sei angesichts von allenfalls 3 Neueinspielungen von insgesamt 40 Titeln zu gering, um eine irrelevante Irreführung begründen zu können. Findet sich auf dem angebotenen Tonträger auch

nur ein Titel, hinsichtlich dessen die beschriebene Erwartungshaltung des Verkehrs enttäuscht wird, so ist dies ein für den Verbraucher und die Wettbewerber wesentlicher Umstand. Er ist geeignet, die Verbraucherentscheidung – hier also die Kaufentscheidung – zu beeinflussen. Der Verbraucher, dem es – wie ausgeführt – darauf ankommt, keine Neueinspielungen zu erhalten, wird sich bei hinreichender Aufklärung über das Vorhandensein von Neueinspielungen auf dem Tonträger auch daran für seine Kaufentscheidung orientieren und sich unter Umständen dafür entscheiden, ein Konkurrenzprodukt, das derartige Re-Recordings nicht aufweist, zu erwerben.

dd) Ein auf die Irreführung des Verkehrs gegründeter Unterlassungsanspruch des Klägers (§§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG) entfällt entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht deshalb, weil angenommen werden könnte, dass die Beklagte die „fachliche Sorgfalt“ beachtet hätte, deren Nichtbeachtung nach § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG die Unzulässigkeit einer geschäftlichen Handlung mitbegründen kann.

(1) § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG setzt Art. 5 Abs. 2 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (UGP-Richtlinie) um. Aus der dortigen Definition der Unlauterkeit einer Geschäftspraxis wird im Zusammenhang damit, dass nach Art. 5 Abs. IV der UGP-Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche sind, die irreführend im Sinne der Artt. 6 und 7 der Richtlinie sind, deutlich, dass der Richtliniengeber auch irreführende Verhaltensweisen als Verstöße gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt erachtet. Sie stellen lediglich besondere Erscheinungsformen eines Verstoßes gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt dar, die gesondert geregelt sind. Der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG, der von fachlicher Sorgfalt spricht (vgl. auch § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG) ist deshalb als Auffangtatbestand auf solche geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern beschränkt, die nicht bereits unzulässig im Sinne des § 3 Abs. 3 UWG oder unlauter im Sinne der §§ 4 Nr. 1-6, 5, 5a und 6 sind (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Rn. 37 zu § 3 UWG). Die Beklagte verstößt danach gerade gegen die Erfordernisse der fachlichen Sorgfalt, indem sie den angesprochenen Verbraucher – wie ausgeführt – spürbar über die Beschaffenheit der von ihr angebotenen CD-Box in die Irre führt.

Zwar macht die Definition der fachlichen Sorgfalt in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (= Art. 2 lit. h) UGP-Richtlinie) deutlich, dass der Aspekt der anständigen Marktgepflogenheiten wie auch der der Billigkeit und der Grundsätze von Treu und Glauben für die Konkretisierung des Begriffs der Unlauterkeit zu berücksichtigen sind (vgl. BGH GRUR 2006, 1042 Rn. 29 - Kontaktanzeigen), so

dass der Tatbestand der Irreführung trotz einer qualifizierten Irreführung im Einzelfall nicht erfüllt sein kann, wenn eine Interessenabwägung sowie die mit dieser verbundene Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass eine Irreführung hinzunehmen ist. Letzteres kann indes nur ausnahmsweise der Fall sein, weil an den Tatbestand der Irreführung, der in all seinen Merkmalen an sich erfüllt ist, regelmäßig die Rechtsfolge des Verbots geknüpft ist (vgl. Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, aaO, Rn. 2.198 zu § 5 UWG).

(2) Selbst wenn man dies anders sehen wollte – die Beklagte will das Kriterium der „beruflichen Sorgfalt“ aus Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie (vgl. § 3 Abs. 2 UWG) als Tatbestandswerkmal prüfen und verweist auf eine Vorlageentscheidung des Obersten Gerichtshofes von Österreich vom 5.7.2011 –, führte dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Das Handeln der Beklagten entspricht nämlich keinesfalls der „beruflichen“ bzw. der „fachlichen Sorgfalt“, so dass zu Gunsten der Beklagten angenommen werden müsste, dass der Verkehr die aufgezeigte Irreführung hinzunehmen hätte.

Soweit die Beklagte auf die große Anzahl von Tonträgern verweist, die sie im Angebot hat, sowie darauf, dass sie ihr Handeln allein anhand der ihr von dritter Seite übermittelten Informationen ausrichten könne, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar mag die Beklagte ein gewichtiges Interesse daran haben, sich bei einem Tonträgerangebot von ca. 1, 3 Millionen für den Verkauf dieser Ware im Internet und die dazu von ihr verbreiteten Informationen auf situationstypische und medienangepasste Schlüsselinformationen zu beschränken. Das ist für ihre Tätigkeit indes keineswegs unabdingbar. Dem großen Angebot der Beklagten stehen ein entsprechender Umsatz und daraus resultierende Einnahmen entgegen. Es ist also für die Beklagte im Wesentlichen von wirtschaftlicher Bedeutung, den Kontroll- und Informationsaufwand beim Verkauf der Produkte möglichst zu begrenzen. Das sind indes keine gegenüber den Interessen der Verbraucher, durch Werbeangaben nicht in die Irre geführt zu werden, überwiegenden Gesichtspunkte. Der Beklagten ist es – wie jedem rechtstreuen Mitbewerber – möglich, die durch einen erhöhten Kontroll- und Informationsaufwand anfallenden Zusatzkosten bei ihrer Preisgestaltung zu berücksichtigen und etwa an den Kunden weiter zu geben. Dafür, dass dies ihr Geschäftsmodell gefährdete, ist

nichts ersichtlich. Ein Geschäftsmodell, das für seinen wirtschaftlichen Erfolg einer Irreführung der Kunden bedarf, erscheint im Übrigen keinesfalls schutzwürdig. Die Beklagte hat zudem konkreten Vortrag dazu, welche Maßnahmen sie mit welcher Aussicht auf Erfolg gegenüber ihren Lieferanten und Informationsgebern (.....) ergriffen hat oder ergreifen könnte, nicht gehalten.

Tatsächlich wird die Beklagte aber unstreitig von dem Kläger schon seit Jahren wegen mit der vorliegenden Sache vergleichbaren irreführenden Angaben auf Tonträger auf Unterlassung in Anspruch genommen. Es wäre deshalb an ihr gewesen, einer solchen Irreführung des Verkehrs – etwa durch entsprechende Anweisungen und Hinweise an ihre Lieferanten und Informationsgeber – entgegenzuwirken. Dass sie dies getan hätte und in welcher Weise, trägt sie nicht vor.

Daher muss nicht entschieden werden, ob es jedenfalls fachlicher Sorgfalt entspräche, wenn die Beklagte in Kenntnis der Unsicherheiten über die Vollständigkeit der ihr zur Verfügung stehenden Tonträgerinformationen in Fällen wie den vorliegend streitigen in ihren Angeboten vorsorglich darauf hingewiesen hätte, dass der Tonträger Re-Recordings o.ä. enthalten könnte.

(3) Nach dem Vorstehenden handelte die Beklagte auch dann unlauter, wenn man annehmen wollte, dass im Streitfall auch eine Irreführung des Verkehrs durch Unterlassen vorläge (§ 5a UWG). Eine Verurteilung kann sowohl auf § 5 als auch auf § 5a UWG gestützt werden (BGH GRUR 2011, 82 Rn. 28 – Preiswerbung ohne Umsatzsteuer; Köhler/Bornkamm, aaO, Rn. 7d zu § 5a UWG). § 5a UWG weist die Besonderheit auf, dass in § 5a Abs. 2 UWG ausdrücklich auf § 3 Abs. 2 UWG Bezug genommen wird. Der Tatbestand des § 5a UWG setzt nach einer Auffassung nicht voraus, dass der Tatbestand des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG vollständig erfüllt ist (Köhler, aaO, Rn. 8g zu § 3 UWG); nach Ansicht des BGH aber schon (BGH GRUR 2010, 248 Rn. 31 – Kameraauf im Internet). Für das Verhältnis von § 3 Abs. 1 und 2 UWG gilt, dass der BGH beide Vorschriften im – wie vorliegend – B2C-Verkehr nebeneinander anwendet (Köhler/Bornkamm, aaO, Rn. 8a; BGH GRUR 2010, 852 Rn. 20 – Gallardo Spyder).

ee) Da die Beklagte die streitbefangene CD selbst vertreibt und nicht lediglich als Provider für angeschlossene Kunden handelt, nimmt sie bei ihrem Angebot keine neutrale Stellung ein, so dass ihr die Privilegierungen der §§ 7 – 10 TMG (= Artt. 12 - 15 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr – sog. e-commerce-Richtlinie) nicht zugutekommen (vgl. EuGH WRP 2011, 1129 Rn. 116 – L'Oréal ./ eBay; GRUR 2010, 445 ff. – Google und Google France). Die Beklagte haftet für eigenes Handeln als Täterin. Sie hätte die Irreführung des Verkehrs des

halb bereits vor der ersten Einstellung des streitgegenständlichen Angebots vermeiden müssen. Auf ein Verschulden kommt es für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht an. Darauf, ob die deswegen erfolgte Abmahnung des Klägers ordnungsgemäß war, also insbesondere gegenüber der Beklagten erfolgte, kommt es nicht an, weil nach dem Vorstehenden nicht erst die

Abmahnung mit dem Hinweis auf das irreführende Angebot Handlungspflichten der Beklagten auslöste.

ff) Es obliegt in diesem Zusammenhang schließlich den nationalen Gerichten, im Rahmen der Anwendung des harmonisierten Lauterkeitsrechts tatsächliche Feststellungen dazu zu treffen, ob eine werbliche Maßnahme wie die streitbefangene geeignet ist, den Verkehr in die Irre zu führen. Der von der Beklagten behauptete Umstand, dass der fragliche Tonträger oder solche, die diesem bezogen auf unzureichende Informationen über auf dem Tonträger enthaltene Re-Recordings vergleichbar sind, in anderen Mitgliedsstaaten nicht beanstandet werden, begründet keine europarechtliche Diskriminierung der Beklagten. Das streitbefangene Angebot wäre auch in anderen Mitgliedstaaten irreführend. Dass dort – unterstelltermaßen – entsprechende Unterlassungsansprüche nicht verfolgt werden, führt nicht zur Rechtmäßigkeit des Angebots in Deutschland.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 I ZPO. Wegen der Beschränkung des Verbots auf die konkrete Verletzungsform gemäß der Anlage K 1 hat der Senat die aus dem Tenor des Urteils ersichtliche Kostenverteilung vorgenommen. Der Hauptantrag ging, weil er auf das Verbot des Tonträgervertriebs gerichtet war, deutlich über das Begehren nach dem Hilfsantrag hinaus.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

6. Der Senat sieht keinen Anlass, die Revision zuzulassen oder die Sache dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes. Es handelt sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung – auch über etwaige Fragen der beruflichen Sorgfalt. Die vom österreichischen Obersten Gerichtshof (GRUR Int. 2012, 268 (270)) im dortigen Fall getroffene Feststellung einer Irreführung bei gleichzeitiger Einhaltung der Anforderungen an die berufliche Sorgfalt kann im Streitfall – wie ausgeführt – nicht getroffen werden.

.....
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

.....
Richterin
am Oberlandesgericht

.....
Richterin
am Oberlandesgericht