



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 161/16

Verkündet am:
16. November 2017
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Knochenzement I

UWG § 3 Abs. 1, § 3a, § 17 Abs. 2; ZPO § 308 Abs. 1

- a) Ein auf § 3a UWG i.V. mit § 17 UWG gestützter Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Fruchtziehung aus einer vorangegangenen Verletzung von Betriebsgeheimnissen erfasst nicht den Vertrieb und die Bewerbung von Produkten, die zwar Nachfolgeprodukte von unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellter Produkte sind, selbst aber nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellt werden.
- b) Die Ausnutzung der Auswirkungen eines vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens ist nicht per se, sondern nur dann nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie unmittelbar mit dem vorangegangenen Wettbewerbsverstoß zusammenhängt und ihrerseits die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG erfüllt.
- c) Ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kann allenfalls darauf gerichtet sein, dem Schädiger die Benutzung des unbefugt erlangten oder verwerteten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zu verbieten.

BGH, Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 161/16 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Marx

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Juni 2016 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin stellte seit dem Jahr 1959 Knochenzemente her, die unter der Bezeichnung "P. " vertrieben wurden. Von 1998 bis 2005 erfolgte deren Vertrieb über die Beklagte, zunächst in einem Joint-Venture mit einem Drittunternehmen und seit dem Jahr 2004 durch die Beklagte allein. Die Beklagte ist Mitglied des B.-Konzerns. Sie vertreibt neben Knochenzementen eine Reihe weiterer Medizinprodukte, wie künstliche Gelenke, Prothesen, Fixationssysteme sowie Mischsysteme zum Anmischen von Knochenzementen und Antibiotika zur lokalen Behandlung im Wund- und Knochenbereich.
- 2 Im Februar 2005 kündigte die Rechtsvorgängerin der Klägerin an, die Belieferung der Beklagten mit "P. "-Knochenzementen zum 31. August

2005 zu beenden, um diese Produkte selbst zu vermarkten. Nach Einstellung der Belieferung durch die Klägerin brachte die Beklagte eigene Knochenzemente des B.-Konzerns heraus und vertrieb diese unter der Bezeichnung "R. " und "B. ".

3 Ende 2008 nahm die Klägerin die Beklagte im Hinblick auf diese Knochenzemente wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen gerichtlich in Anspruch (nachfolgend: Vorprozess). In der Berufungsinstanz des Vorprozesses wurden die Beklagte und andere Unternehmen des B.-Konzerns durch das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juni 2014 - 6 U 15/13 im Umfang des zuletzt gestellten Hilfsantrages insoweit zur Unterlassung verurteilt, als die Knochenzemente der Beklagten unter Verwertung von Spezifikationen bestimmter Inhaltsstoffe, die vom Oberlandesgericht als Betriebsgeheimnisse der Klägerin angesehen wurden, hergestellt und vertrieben wurden. Der Beklagten wurde außerdem verboten, die Anweisung, zur Herstellung von Knochenzement diese Spezifikationen zu verwenden, an Dritte weiterzugeben. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main stellte in Bezug auf die verbotenen Handlungen außerdem die Schadensersatzpflicht der Beklagten fest und verurteilte sie zur Auskunftserteilung. Das Berufungsurteil des Vorprozesses ist rechtskräftig.

4 Seit September 2014 bewirbt und vertreibt die Beklagte unter der Bezeichnung "H. "-Knochenzemente der Firma Z. Diese unterfallen nicht dem Unterlassungsgebot des im Vorprozess ergangenen Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main.

5 Im vorliegenden Rechtsstreit wendet sich die Klägerin gegen Vertrieb und Bewerbung der "H. "-Knochenzemente. Sie macht geltend, die Belieferung von Kunden mit "H. "-Knochenzementen und die entsprechende Werbung für diese Zemente fielen aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalls in den Verbotsbereich von § 3 Abs. 1 UWG, obwohl diese Zemente

nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellt würden. Es sei dennoch geboten, der Beklagten zu verbieten, für eine Karenzzeit von zwei Jahren diejenigen Abnehmer zu beliefern, die nach dem 5. Juni 2012, also innerhalb von zwei Jahren vor dem im Vorprozess ergangenen Berufungsurteil, die rechtswidrig hergestellten Knochenzemente von der Beklagten bezogen hätten. Die Beklagte habe sich durch die Verletzung der Betriebsgeheimnisse der Rechtsvorgängerin der Klägerin in der Zeit von 2008 bis 2014 in die Lage versetzt, ein gleichwertiges Konkurrenzprodukt anzubieten. Dadurch habe sie sich in unlauterer Weise durch Aufbau bestimmter Kundenbeziehungen eine Marktposition verschafft, die sie nunmehr durch das Angebot der "H. "-Zemente weiter ausnutze. Diese Möglichkeit müsse ihr durch eine zweijährige Karenzzeit abgeschnitten werden, damit sie wieder in die (schlechtere) Wettbewerbssituation gegenüber der Klägerin zurückgesetzt werde, in der sie sich ohne die Verletzung der Betriebsgeheimnisse befunden hätte.

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt, der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln für die Dauer von zwei Jahren zu untersagen,

a) Abnehmer mit "H. "-Knochenzement zu beliefern oder beliefern zu lassen, sofern diese Abnehmer nach dem 5. Juni 2012 von der Beklagten die Knochenzemente "R. " ... und/oder "B. " [es folgt eine Aufzählung der unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellten Knochenzemente] bezogen haben;

und/oder

b) gegenüber den in lit. a) genannten Abnehmern für "H. "-Knochenzemente zu werben.

7 Darüber hinaus begehrt die Klägerin in Bezug auf das in den Unterlassungsanträgen beschriebene Verhalten Auskunftserteilung sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht. Die Klägerin hat die Beklagte außerdem auf Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch genommen.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge als unbegründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

10 Angebot und Vertrieb der "H. -Zemente könnten nicht unter dem Gesichtspunkt der Fruchtziehung aus vorangegangenem rechtswidrigem Verhalten als unlauter gemäß § 3 Abs. 1 UWG angesehen werden. Zwar könne die Fruchtziehung aus einem unlauteren Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen ihrerseits als unlauter zu beurteilen sein. Daran seien jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Die Beklagte habe ersichtlich nicht im Sinne eines vorgefassten Gesamtplans bereits bei Angebot und Vertrieb der unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen nachgestellten Zemente die Absicht gehabt, diese später durch die nunmehr angebotenen, anders zusammengesetzten Zemente zu ersetzen. Vielmehr handele es sich bei dieser Maßnahme um eine von der Beklagten weder beabsichtigte noch erwünschte Reaktion auf das von der Klägerin erwirkte Verbot von Angebot und Vertrieb der nachgestellten Zemente.

11 Die Unterlassungsanträge ließen sich ferner nicht als Schadensbeseitigung unter dem Gesichtspunkt einer "Naturalherstellung in Form zeitweiligen Unterlassens" anstelle einer Kompensation in Geld rechtfertigen. Eine Karenzzeit von zwei Jahren käme als sachgerechtes Mittel zum Schadensausgleich allenfalls dann in Betracht, wenn die Beklagte im August 2005 für die Dauer von zwei Jahren überhaupt nicht der Lage gewesen wäre, ihre Kunden weiterhin mit

Knochenzementen welcher Art auch immer weiter zu beliefern. Dies könne jedoch nicht angenommen werden.

12 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat keinen Erfolg.

13 I. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht eine Unterlassungspflicht im Hinblick auf die Belieferung ihrer Abnehmer mit "H. "-Knochenzementen und die Werbung hierfür abgelehnt.

14 1. Die Unterlassungsanträge sind nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF sowie §§ 3, 3a UWG nF, jeweils in Verbindung mit § 17 UWG gerechtfertigt.

15 a) Da die Klägerin die geltend gemachten Unterlassungsansprüche auf Wiederholungsgefahr stützt, ist die Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 4. Februar 2016 - I ZR 194/14, GRUR 2016, 403 Rn. 9 = WRP 2016, 450 - Fressnapf; Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 13 = WRP 2017, 1081 - Komplettküchen). Die nach der Vornahme der angegriffenen Handlungen im Jahr 2014 und vor der Entscheidung in der Revisionsinstanz am 16. November 2017 mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, 2158) erfolgte Neufassung des Rechtsbruchtatbestands in § 3a UWG hat nicht zu einer Änderung der Rechtslage geführt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Januar 2016 - I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 Rn. 11 = WRP 2016, 581 - Wir helfen im Trauerfall; Urteil vom 18. Mai 2017 - I ZR 100/16, GRUR 2017, 1278 Rn. 9 = WRP 2017, 1471 - Märchensuppe). Mit der Neufassung des § 3 Abs. 1 UWG nF ist ebenfalls keine für den Streitfall relevante Änderung der Rechtslage verbunden. Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG hatte im Hinblick auf den im Streitfall maßgebli-

chen Schutz von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern bereits bisher die Funktion eines Auffangtatbestands (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 - I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 25 f. = WRP 2013, 491 - Solarinitiative). Die Vorschrift des § 17 UWG ist unverändert geblieben.

- 16 Sowohl nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats (November 2017) maßgeblichen neuen Recht, als auch nach dem zum Zeitpunkt der beanstandeten Handlung (Ende 2014) maßgeblichen Recht steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF sowie §§ 3, 3a UWG nF, jeweils in Verbindung mit § 17 UWG nicht zu.
- 17 b) Das mit den Unterlassungsanträgen angegriffene Verhalten stellt keine unmittelbare Verletzung des § 17 UWG dar. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die von den Unterlassungsanträgen erfassten "H. " -Knochenzemente selbst nicht unter unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellt worden sind. Davon geht auch die Revision aus.
- 18 c) Die Unterlassungsanträge sind ferner nicht unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Fruchtzuehung aus einem zuvor im Rahmen der Herstellung und des Vertriebs der Vorgängerprodukte "R. " und "B. " unlauter verwerteten Betriebsgeheimnis begründet.
- 19 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats darf eine unter Verstoß gegen § 17 UWG erlangte Kenntnis von Betriebsgeheimnissen vom Verletzer in keiner Weise verwendet werden. Ergebnisse, die der Verletzer durch solche Kenntnisse erzielt, sind von Anfang und - jedenfalls in der Regel - dauernd mit dem Makel der Wettbewerbswidrigkeit behaftet (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1984 - I ZR 133/82, GRUR 1985, 294, 296 - Füllanlage; Beschluss vom 19. März

2008 - I ZR 225/06, WRP 2008, 938 Rn. 9). Das nach diesen Grundsätzen bestehende Verwendungsverbot bezieht sich allerdings nicht auf jegliche, nur mittelbar mit der Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zusammenhängende wettbewerbliche Vorteile, sondern nur auf den unter Verletzung des Betriebsgeheimnisses hergestellten Gegenstand und dessen Verwertung. So darf der Verletzer eine technische Anlage, die durch Benutzung von unter Verstoß gegen § 17 UWG wettbewerbswidrig erworbener Kenntnisse erstellt wurde, nicht verwenden (vgl. BGH, GRUR 1985, 294, 296 - Füllanlage). Gleiches gilt für Werkzeuge, die an Hand von unbefugt verwerteten Zeichnungen hergestellt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 7. Januar 1958 - I ZR 73/57, GRUR 1958, 297, 299 - Petromax). Ferner hat der Verletzer den Gewinn herauszugeben, der durch den Einsatz von unter Verwendung von geheimen Know-how hergestellten Werkzeugen erzielt wurde (BGH, WRP 2008, 938 Rn. 9, 11).

20 bb) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

21 Zwar ist davon auszugehen, dass die von der Beklagten nach Einstellung der Belieferung durch die Klägerin ab dem Jahr 2005 unter den Bezeichnungen "R. " und "B. " vertriebenen Knochenzemente unter unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellt worden sind. Die Unterlassungsanträge richten sich aber nicht gegen die Verwendung und Verwertung dieser unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellten Knochenzemente "R. " oder "B. ". Die Klägerin wendet sich ferner nicht gegen Produkte oder Dienstleistungen, die mit solchen Zementen verbunden sind oder die sich auf solche Zemente beziehen und die deshalb eine weitere Auswertung der Betriebsgeheimnisse der Klägerin darstellen könnten. Die Unterlassungsanträge der Klägerin richten sich vielmehr darauf, den Vertrieb und die Bewerbung von anderen, nicht mit dem Vorwurf der Verletzung von Betriebsgeheimnissen behafteten Produkten (zeitweise) zu

verbieten. Ein solches Verbot kann nicht auf die Bestimmungen zum Schutz des Betriebsgeheimnisses gemäß §§ 17, 18 UWG in Verbindung mit §§ 3, 3a, 8 Abs. 1 UWG gestützt werden.

22 2. Das Berufungsgericht hat ferner im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Beklagte auch nicht nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG in Bezug auf die "H. "-Knochenzemente zur Unterlassung des Vertriebs und der Wettbewerb verpflichtet ist.

23 a) Im Ansatzpunkt zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass nach der Senatsrechtsprechung mit der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel grundsätzlich auch Auswirkungen vorangegangener wettbewerbswidriger Verhaltensweisen unterbunden werden können, von denen unmittelbar Störungen des lautereren Wettbewerbs ausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 - I ZR 36/87, GRUR 1988, 829, 830 = WRP 1988, 668 - Verkaufsfahrten II; Urteil vom 7. Mai 1998 - I ZR 214/95, GRUR 1999, 177 = WRP 1998, 1168 - Umgelenkte Auktionskunden). Ein Verbot der Ausnutzung von Auswirkungen vorangegangenen unlauteren Verhaltens hat der Senat ferner in Fällen angenommen, in denen die Irreführung unmittelbar auf den Vertragsabschluss gerichtet gewesen ist, in denen also gerade darüber getäuscht wurde, dass mit der erschlichenen Handlung überhaupt ein Vertrag zustande gekommen war (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1998 - I ZR 7/97, GRUR 1999, 261, 264 = WRP 1999, 94 - Handy-Endpreis; Urteil vom 26. April 2001 - I ZR 314/98, GRUR 2001, 1178, 1180 = WRP 2001, 1073 - Gewinn-Zertifikat). Dagegen ist nach der Rechtsprechung des Senats die Fruchtziehung aufgrund von Verträgen, zu deren Abschluss der Kunde durch wettbewerbswidrige Mittel veranlasst werden konnte, als solche grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, sondern nur dann, wenn sie nach den gesamten Umständen als eigene Störung des lautereren Wettbewerbs zu würdigen ist (vgl. BGH, GRUR 1999, 261, 264 - Handy-Endpreis; GRUR 2001, 1178, 1180 - Gewinn-Zertifikat). Nach diesen Grundsät-

zen kann eine Ausnutzung der Auswirkungen eines vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens mithin nicht per se, sondern allenfalls dann unzulässig sein, wenn sie unmittelbar mit dem vorangegangenen Wettbewerbsverstoß zusammenhängt und ihrerseits die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG erfüllt. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor.

24

b) Die Annahme der Unlauterkeit eines für sich genommen rechtmäßigen Wettbewerbsverhaltens unter dem Gesichtspunkt der Fruchtzziehung aus einer vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweise setzt voraus, dass von dem angegriffenen Verhalten eine unmittelbare Störung des lautereren Wettbewerbs ausgeht oder sonst ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem unlauteren Vorgehen und der als Fruchtzziehung beanstandeten Handlung besteht. Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist erforderlich, um zu verhindern, dass unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Fruchtzziehung in einer mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit und dem gebotenen Schutz der Interessen unbeteiligter Dritter nicht im Einklang stehenden konturlosen Weise Verhaltensweisen dem Verbot der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG unterworfen werden, die für sich genommen mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs im Einklang stehen.

25

An einer entsprechenden Unmittelbarkeit fehlt es im Streitfall. Die Klägerin greift kein Wettbewerbsverhalten der Beklagten an, das sich unmittelbar auf die unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellten Knochenzemente "R. " und "B. " und deren Eigenschaften beziehen. Gegenstand der Klageanträge ist vielmehr die in gewissem Umfang auch auf dem rechtswidrigen Vertrieb beruhende Marktposition und damit ein auf die Verletzung von Betriebsgeheimnissen nur mittelbar zurückzuführender Umstand. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte ihre Marktstellung im Bereich der Knochenzemente nicht allein durch den rechtswidrigen Vertrieb

der Produkte "R. " und "B. " des B.-Konzerns gewonnen hat, sondern in den Jahren 1998 bis 2005 an ihrem Kundenkreis die Zemente der Klägerin rechtmäßig vertrieben hat.

26 c) Die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG liegen auch deshalb nicht vor, weil aufgrund einer Gesamtabwägung ein die Interessen der Beklagten und ihrer Kunden sowie der Allgemeinheit überwiegendes Interesse der Klägerin an einem Belieferungs- und Werbeverbot nicht besteht.

27 aa) Nach § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Die Ableitung von Ansprüchen aus dieser wettbewerbsrechtlichen Generalklausel setzt nach der Rechtsprechung des Senats voraus, dass die betreffende Verhaltensweise von ihrem Unlauterkeitsgehalt her den im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb angeführten Beispielfällen unlauteren Verhaltens entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 157/08, GRUR 2011, 431 Rn. 11 = WRP 2011, 444 - FSA-Kodex; BGH, GRUR 2013, 301 Rn. 26 - Solarinitiative). Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist in Fällen geboten, in denen die Tatbestände der §§ 3a bis 7 UWG zwar bestimmte Gesichtspunkte der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung erfassen, aber keine umfassende Bewertung der Interessen der durch das Wettbewerbsverhältnis betroffenen Marktteilnehmer ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 73/02, GRUR 2006, 426 Rn. 16 = WRP 2006, 577 - Direktansprache am Arbeitsplatz II; Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 176/06, GRUR 2009, 1080 Rn. 13 = WRP 2009, 1369 - Auskunft der IHK; BGH, GRUR 2013, 301 Rn. 26 - Solarinitiative).

28 bb) Die Klägerin hat ihre Unterlassungsanträge auf die Erwägung gestützt, die Beklagte habe sich durch die Verletzung der Betriebsgeheimnisse der Rechtsvorgängerin der Klägerin in der Zeit von 2008 bis 2014 und den da-

mit verbundenen Aufbau bestimmter Kundenbeziehungen eine Marktposition verschafft, die sie nunmehr durch das - für sich genommen rechtmäßige - Angebot der "H. -Zemente weiter ausnutze. Diese Möglichkeit müsse ihr durch eine auf die Belieferung und Bewerbung der "H. -Zemente bezogene zweijährige Karenzzeit abgeschnitten werden. Auf diese Weise werde die Beklagte wieder in die (schlechtere) Wettbewerbssituation gegenüber der Klägerin zurückgesetzt, in der sie sich ohne die Verletzung der Betriebsgeheimnisse befunden hätte. Eine Unlauterkeit dieses mit den Klageanträgen angegriffenen Verhaltens könne sich nicht aus den speziellen Tatbeständen der §§ 3a bis 7 UWG ergeben.

29 cc) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass das Liefern und Bewerben der der "H. -Zemente nicht die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG erfüllen.

30 (1) Bei der Prüfung der Unlauterkeit im Sinne der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG ist eine umfassende Bewertung der Interessen der durch das Wettbewerbsverhältnis betroffenen Marktteilnehmer vorzunehmen (vgl. BGH, GRUR 2009, 1080 Rn. 13 - Auskunft der IHK; BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 - I ZR 60/09, BGHZ 187, 255 Rn. 25 - Hartplatzhelden.de; BGH, GRUR 2013, 301 Rn. 26 - Solarinitiative; BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 149/14, GRUR 2016, 725 Rn. 25 = WRP 2016, 850 - Pippi-Langstrumpf-Kostüm II; Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 97 - Segmentstruktur). Nach diesen Grundsätzen kann im Streitfall ein überwiegendes Interesse der Klägerin an einem Belieferungs- und Werbeverbot nicht angenommen werden.

31 (2) Dem Interesse der Klägerin am Ausgleich der von ihr geltend gemachten Störung der wettbewerblichen Chancengleichheit durch ein (zeitwei-

ses) Belieferungs- und Werbeverbot stehen im Streitfall zunächst die gemäß Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen der Beklagten gegenüber, mit einem rechtlich nicht zu beanstandenden Produkt in einer für sich genommen wettbewerbsrechtlich zulässigen Weise am Wettbewerb teilzunehmen.

32 Zu berücksichtigen ist weiter das ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG grundgesetzlich geschützte Recht des Herstellers der von der Beklagten vertriebenen "H. " -Knochenzemente an einem ungehinderten Marktzugang.

33 Dem Interesse der Klägerin stehen schließlich die berechtigten Interessen der Endkunden an der Belieferung mit Knochenzementen ihrer Wahl sowie der Patienten und der Allgemeinheit an einem funktionierenden Preiswettbewerb gegenüber. Diese Interessen wiegen im Streitfall besonders schwer, weil nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen und von der Revision nicht beanstandeten Feststellungen des Landgerichts sich der Marktanteil der Klägerin durch die begehrte Liefersperre von 43% auf bis zu 87% erhöhen würde. Dies begründet nach den Feststellungen des Landgerichts die Gefahr, dass die Klägerin wegen des Wegfalls der Konkurrenz durch die Beklagte nicht marktgerechte und damit überhöhte Preise durchsetzen könnte, was nicht nur zum Nachteil der Kunden, sondern auch zum Nachteil der Patienten und Krankenkassen ausgehen würde.

34 (3) Ein diese rechtlich geschützten Interessen der Beklagten und ihres Zulieferers sowie dem Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb auf dem hier maßgeblichen Produktsegment überwiegendes Interesse der Klägerin kann nicht angenommen werden. Der von der Klägerin begehrte Rechtsschutz ist nicht erforderlich, um die Beeinträchtigung ihrer Marktposition durch die Beklagte aufgrund des rechtswidrigen Vertriebs der Knochenzemente "R. " und "B. " des B.-Konzerns auszugleichen.

35

Dem durch die rechtswidrige Verwertung von Betriebsgeheimnissen Verletzten steht gemäß § 17 Abs. 2 UWG in Verbindung mit §§ 3a, 9 Abs. 1 UWG ein Anspruch auf Schadensersatz zu (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 28/06, GRUR 2009, 603 Rn. 22 = WRP 2009, 613 - Versicherungsuntertreter). Gleichfalls in Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Der Inhalt des Ersatzanspruchs richtet sich jeweils nach den §§ 249 ff. BGB. Der Verletzte kann mithin gemäß § 249 Abs. 1 BGB Folgenbeseitigung (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 17 Rn. 58) oder gemäß § 251 Abs. 1 BGB Schadensersatz in Geld verlangen. Dabei kann er den ihm entstandenen Schaden auf dreifache Weise berechnen, also seinen konkreten Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns geltend machen, seinen Schaden nach der entgangenen Lizenz berechnen oder die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen (BGH, Urteil vom 18. Februar 1977 - I ZR 112/75, GRUR 1977, 539, 541; Beschluss vom 19. März 2008 - I ZR 225/06, WRP 2008, 938 Rn. 6). Die Klägerin hat dies mit Erfolg im Vorprozess getan. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Klägerin die Beklagte im Vorprozess erfolgreich auf Auskunft über Namen und Anschriften der Abnehmer der Beklagten in Anspruch genommen hat. Sie ist dadurch in die Lage versetzt worden, diesen Abnehmern gegenüber in sachlicher, die wettbewerbsrechtlichen Grenzen gemäß § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG beachtender Form mitzuteilen, dass die Beklagte zum Vertrieb der Knochenzemente "R. " und "B. " nicht berechtigt war (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 - I ZR 136/10, GRUR 2012, 1048 Rn. 27 = WRP 2012, 1230 - MOVIVOL-Zulassungsantrag).

36

Konkrete Umstände, die dafür sprechen könnten, dass die Interessen der Klägerin durch diese rechtlichen Restitutionsmöglichkeiten im Streitfall nicht hinreichend gewahrt werden können und deshalb die beantragten Verbote notwendig sind, sind weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich. Die Revision

macht nicht geltend, dass das Berufungsgericht insoweit konkreten Sachvortrag der Klägerin übergangen habe.

37 d) Da im Streitfall ein überwiegendes Interesse der Klägerin an einem Belieferungs- und Werbeverbot nicht in Betracht kommt, kann die Rüge der Revision auf sich beruhen, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft die Unterlassungsansprüche insgesamt abgewiesen und dabei nicht erwogen, ob diese nicht zumindest teilweise, etwa durch eine prozentuale Begrenzung der Lieferbeschränkungen auf (nur) einen Großteil der Kunden oder eine zeitliche Verkürzung des Verbots, berechtigt seien.

38 3. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Unterlassungsanträge nicht unter dem Gesichtspunkt der Schadensbeseitigung ("Naturalherstellung in Form zeitweiligen Unterlassens") gerechtfertigt sind.

39 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Unterlassungsanträge seien auch dann unbegründet, wenn das damit angegriffene Verhalten (Lieferung und Bewerbung der "H. " -Knochenzemente) selbst nicht als unlautere Handlungen bewertet werde, sondern geprüft werde, ob die Beklagte im Rahmen ihrer (unterstellten) Schadensersatzpflicht für Angebot und Vertrieb der nachgestellten Knochenzemente "R. " und "B. " unter dem Gesichtspunkt der Naturalherstellung verpflichtet sei, vor der Aufnahme des Vertriebs von Zementen mit abgeänderter Zusammensetzung eine Karenzzeit von zwei Jahren einzuhalten. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung ebenfalls stand.

40 b) Allerdings hat der Senat in der Vergangenheit entschieden, dass ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch in besonderen Ausnahmefällen darauf gerichtet sein kann, dass dem Verletzer eine gewisse Zeit verboten wird, wettbewerbliche Vorteile aus einem vorangegangenen unlauteren Verhalten zu ziehen. So können nach dieser älteren Rechtsprechung in Fäl-

len der unlauteren Mitarbeiterabwerbung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes durch Naturalrestitution Beschäftigungsverbote ausgesprochen werden, die darauf gerichtet sind, zu verhindern, dass durch die Abwerbung ein unlauterer Vorteil erlangt wird (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1961 - I ZR 26/60, GRUR 1961, 482, 483 = WRP 1961, 212 - Spritzgußmaschine; Urteil vom 21. Dezember 1966 - Ib ZR 146/64, GRUR 1967, 428, 429 - Anwaltsberatung I; Urteil vom 19. Dezember 1971 - I ZR 97/69, GRUR 1971, 358, 359 = WRP 1971, 224 - Textilspitzen; Urteil vom 23. April 1975 - I ZR 3/74, GRUR 1976, 306, 307 - Baumaschinen). Auch in Fällen der unlauteren Abwerbung des Kundenstamms hat es der Senat in der Vergangenheit in besonders gravierenden Fällen gebilligt, mithilfe eines Belieferungsverbots den unlauter erlangten Vorteil wieder auszugleichen (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1963 - Ib ZR 41/62 und 40/63, GRUR 1964, 215, 216 f. = WRP 1964, 49 - Milchfahrer; Urteil vom 3. Dezember 1969 - I ZR 151/67, GRUR 1970, 182, 184 = WRP 1970, 220 - Bierfahrer).

41 c) Ob an dieser Rechtsprechung angesichts der jeweils betroffenen Interessen Dritter (Arbeitnehmer, Kunden) und der Beschränkung des freien Wettbewerbs festzuhalten ist (krit. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, 236 ff., 239; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 9 Rn. 1.26; Fritsche in MünchKomm.UWG, 2. Aufl., § 9 Rn. 71) und diese Grundsätze außerdem erweiternd auf die Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen angewendet werden können, muss im Streitfall nicht entschieden werden.

42 aa) Jedenfalls kann ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen allenfalls darauf gerichtet sein, dem Schädiger die Benutzung des unbefugt erlangten oder verwerteten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse zu verbieten (vgl. Goldmann in Harte /Henning, UWG, 4. Aufl., § 9 Rn. 106). Die vorliegende

Klage richtet sich jedoch nicht gegen die Benutzung der unbefugt erlangten oder verwerteten Betriebsgeheimnisse der Rechtsvorgängerin der Klägerin, sondern gegen das Inverkehrbringen und Bewerben von Knochenzementen, durch die keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der Klägerin betroffen sind.

43 bb) Im Übrigen können die auf Unterlassung gerichteten Klageanträge im Streitfall selbst dann keinen Erfolg haben, wenn davon auszugehen wäre, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verletzung von Betriebsgeheimnissen durch die Auswertung der Knochenzemente "R. " und "B. " unter dem Gesichtspunkt der Naturalherstellung die im Streitfall begehrte Unterlassung der Belieferung des insoweit erworbenen oder erhaltenen Kundenstamms und die Werbung gegenüber diesen Kunden für eine gewisse Karenzzeit umfassen würde. Der Begründetheit der Klage unter diesem Gesichtspunkt steht die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO entgegen. Ansprüche auf Schadensersatz wegen des Vertriebs der Knochenzemente "R. " und "B. " liegen außerhalb des Streitgegenstands des vorliegenden Verfahrens.

44 (1) Nach § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Das zusprechende Urteil muss sich innerhalb des mit der Klage anhängig gemachten Streitgegenstands halten (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2003 - I ZR 1/01, BGHZ 154, 342, 347 f. - Reinigungsarbeiten; Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 105/14, BGHZ 207, 71 Rn. 63 - Goldbären; Urteil vom 28. April 2016 - I ZR 254/14, GRUR 2016, 1301 = WRP 2016, 1510 Rn. 26 - Kinderstube; Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 184/16, WRP 2018, 190 Rn. 15 - Betriebspsychologe; Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 78/16 - Tiegelgröße). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die

begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rn. 19 - Biomineralwasser; Urteil vom 30. Juli 2015 - I ZR 18/14, GRUR 2016, 292 Rn. 11 = WRP 2016, 321 - Treuhandgesellschaft; BGH, GRUR 2016, 1301 Rn. 26 - Kinderstube). Deshalb entscheidet ein Gericht unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO über etwas anderes, als beantragt ist, wenn es seinem Urteilsspruch über einen Unterlassungsantrag einen anderen Klagegrund zugrunde legt als denjenigen, mit dem der Kläger seinen Antrag begründet hat (BGH, Urteil vom 3. April 2003 - I ZR 1/01, BGHZ 154, 342, 347 f. - Reinigungsarbeiten; BGH, WRP 2018, 190 Rn. 15 - Betriebspsychologe; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 78/16 - Tiegelgröße). Der neben dem Klageantrag für die Bestimmung des Streitgegenstandes maßgebliche Klagegrund wird durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Klagepartei bezieht (BGHZ 194, 314 Rn. 19 - Biomineralwasser).

45 (2) Die Frage der Reichweite des Schadensersatzanspruchs der Klägerin wegen Verletzung von Betriebsgeheimnissen durch den Vertrieb der Knochenzemente "Refobacin" und "Biomet" ist nicht Gegenstand des Rechtsschutzbegehrens der Klägerin im vorliegenden Verfahren. Schadensersatzansprüche wegen dieses Klagegrundes waren vielmehr allein Gegenstand des Vorverfahrens. In diesem Rechtsstreit wurde die Beklagte durch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main rechtskräftig zur Unterlassung verurteilt. Außerdem hat das Oberlandesgericht die Schadensersatzpflicht der Beklagten festgestellt und sie zur Auskunftserteilung verurteilt.

46 Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin nicht etwa - ausgehend von der bereits rechtskräftig festgestellten Schadensersatzpflicht der Beklagten auf der zweiten Stufe - ihren Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen inhaltlich konkretisiert und Naturalrestitution in Form einer zweijährigen Liefer- und Werbesperre verlangt. Sie hat vielmehr einen ei-

genständigen Wettbewerbsverstoß gemäß § 3 Abs. 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Fruchtzuehung aus einem vorangegangenen Rechtsverstoß geltend gemacht, indem sie der Beklagten ein "Ausnutzen eines rechtswidrig erworbenen Kundenstamms" vorgeworfen hat. Klagegrund des vorliegenden Verfahrens ist mithin nicht die Verletzung von Betriebsgeheimnissen durch den Vertrieb der Knochenzemente "R. " und "B. ", sondern die zeitlich und sachlich davon zu unterscheidende Ausnutzung des durch diese vorangegangene Geschäftstätigkeit erworbenen Kundenstamms durch die Belieferung mit einem neutralen, nicht rechtsverletzenden Nachfolgeprodukt und die Werbung für dieses Produkt. Allein auf dieses eigenständig angegriffene und als unlauter gemäß § 3 Abs. 1 UWG gerügte Verhalten hat die Klägerin nicht nur ihren Unterlassungsantrag gerichtet, sondern dieses Verhalten auch zum Gegenstand ihrer Folgeanträge auf Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung gemacht. Nichts anderes gilt für den Antrag auf Erstattung von Abmahnkosten. In dem diesem Antrag zugrundeliegenden Abmahnschreiben vom 15. Oktober 2014 hat sich die Klägerin allein auf einen Anspruch gemäß § 3 Abs. 1 UWG gestützt und insoweit geltend gemacht, darin liege eine unlautere Fruchtzuehung durch die Überleitung von Kundenbeziehungen, obwohl das abgemahnte Verhalten der Beklagten ohne Berücksichtigung des vorangegangenen Wettbewerbsverstoßes als zulässig angesehen werden könne.

47 II. Aus den vorstehenden Gründen sind die Folgeanträge ebenfalls unbegründet. Es fehlt im Streitfall an einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG.

48 III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

49 C. Danach ist die Revision gegen das Berufungsurteil auf Kosten der Klägerin (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Büscher

Löffler

Schwonke

Feddersen

Marx

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 08.07.2015 - 3-8 O 12/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 23.06.2016 - 6 U 157/15 -