



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 160/16

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Knochenzement II

UWG § 3 Abs. 1, § 3a, § 17 Abs. 2, § 5 Abs. 1, § 5a Abs. 1

- a) Mit der Behauptung einer Spitzenstellung verbindet der Verkehr regelmäßig die Erwartung, dass der Anbieter in der Lage ist, nach den maßgeblichen Kriterien von Qualität, Service und Preis für den Käufer besonders attraktive Produkte anzubieten. Dass das Unternehmen eine in der Werbung herausgestellte Spitzenstellung nicht (allein) durch eigene Leistung bei der Entwicklung oder dem Vertrieb eines besonders wettbewerbsfähigen Produkts, sondern unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen eines Wettbewerbers erreicht hat, stellt der Verkehr erfahrungsgemäß nicht in Rechnung.
- b) Bewirbt der Anbieter ein neues Produkt unter Hinweis auf die in der Vergangenheit mit einem anderen Produkt erworbene Marktführerschaft, ist das Verschweigen dieses Umstands deshalb im Regelfall geeignet, eine unrichtige Vorstellung über die Leistungsfähigkeit des Anbieters hervorzurufen und damit die Entschließung des Publikums über den Erwerb des beworbenen Nachfolgeprodukts im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG in unlauterer Weise zu beeinflussen.

BGH, Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 160/16 - 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:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Juni 2016 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 25. August 2015 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1. unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für Knochenzemente

a) mit der Behauptung, B. sei bis August 2014 Marktführer im Bereich Knochenzemente gewesen und/oder

b) mit der Angabe "Zurück an die Spitze: B. vertreibt ab sofort H. -Knochenzemente"

zu werben,

2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie die aus Ziff. 1 ersichtlichen Werbeangaben verwendet hat.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen, der durch die Verwendung der aus Ziff. 1 ersichtlichen Werbeangaben verursacht ist.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.162,70 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2014 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin stellt Knochenzemente her. Die Beklagte ist Mitglied des B.-Konzerns. Sie vertrieb, neben anderen Medizinprodukten, bis September 2005 die Knochenzemente der Klägerin. Ende August 2005 stellte die Klägerin die Belieferung der Beklagten ein und vertrieb ihre Knochenzemente nunmehr selbst. Die Beklagte brachte daraufhin im Jahr 2005 eigene Knochenzemente des B. -Konzerns heraus und vertrieb diese unter der Bezeichnung "R. " und "B. ". Bis zur Einstellung dieses Vertriebs im August 2014 war die Beklagte Marktführerin im Bereich von Knochenzementen. Die Einstellung des Vertriebs der Knochenzemente "R. " und "B. " beruhte darauf,

dass die Klägerin die Beklagte und andere Unternehmen des B.-Konzerns im Hinblick auf diese Knochenzemente erfolgreich wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen gerichtlich in Anspruch genommen hatte (nachfolgend: Vorprozess). In der Berufungsinstanz des Vorprozesses wurde der Beklagten durch das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juni 2014 - 6 U 15/13 verboten, die Knochenzemente der Beklagten unter Verwertung von Spezifikationen bestimmter Inhaltsstoffe, die vom Oberlandesgericht als Betriebsgeheimnisse der Klägerin angesehen wurden, herzustellen und zu vertreiben. Der Beklagten wurde außerdem untersagt, 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 Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt im Vorprozess ist rechtskräftig.

- 2 Seit Oktober 2014 vertreibt die Beklagte unter der Bezeichnung "H.-Knochenzemente, die von der Firma Z. hergestellt werden. Diese Zemente unterfallen nicht dem Unterlassungsgebot des im Vorprozess ergangenen Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juni 2014.

- 3 Die Klägerin stellte Anfang Dezember 2014 fest, dass die Beklagte mit der nachfolgend abgebildeten Pressemitteilung im Internet für diese Produkte warb:

Site search:

- [Patienten & Pflegende](#)
- [Über B](#)

Zurück an die Spitze: B vertreibt ab sofort H ®-Knochenzemente



Ab Oktober vertreibt die B Deutschland GmbH H ®-Knochenzemente der Firma Zimmer. In Deutschland war eine Belieferung unseres großen Kundenstammes mit unseren Knochenzementen seit August nicht möglich gewesen. , Geschäftsführer der B Deutschland GmbH, über den aktuellen Stand der Dinge.

Bis August war B Marktführer im Bereich Knochenzemente und Moderne Zementiertechnik. Was ist seitdem passiert?

Wir können uns nur zu gut vorstellen, was unsere Lieferschwierigkeiten für unsere Kunden und Anwender bedeutet haben. Für eine Weile hatten die meisten vielleicht noch Bestände, aber man muss schon sagen, dass diese Situation viele Kliniken in Deutschland vor enorme Herausforderungen gestellt hat. Wir mussten alle Kliniken und einkaufenden Stellen informieren. Gleichzeitig haben wir natürlich nach Lösungen gesucht.

Nun gibt es eine Lösung. Wie sieht sie aus?

Wir haben verschiedene Optionen geprüft. Vor einigen Tagen konnten wir schließlich einen Vertrag über den Vertrieb von H ®-Knochenzementen mit Zimmer abschließen. Wir setzen jetzt alles daran, die Einführung der neuen Produkte in unser Portfolio so reibungslos wie möglich zu gestalten – im Sinne der Kunden, Anwender und der von ihnen versorgten Patienten. Es dauert leider aufgrund der Komplexität des Produktionsprozesses einige Wochen, bis die Produktion an ein Level angepasst ist, welches uns ermöglicht, den Bedarf des Marktes voll zu decken.

B stand bis August wie kein Zweiter auch für das Mischen und Sammeln von Zement unter Vakuum. Gibt es O jetzt mit H ®-Zement befüllt?

B steht auch nach wie vor für das Mischen und Sammeln von Knochenzement unter Vakuum! Das ist der Goldstandard und daran werden wir auch unbedingt festhalten. Die Zulassung für O gilt allerdings ausschließlich in Kombination mit den B Knochenzementen. Für eine Befüllung von O mit anderen Zementen wie dem H müsste eine komplett neue Zulassung beantragt werden. Das prüfen wir derzeit. Das Genehmigungsverfahren würde dann mehrere Monate dauern. Bis dahin bieten wir aber mit dem O-System eine sehr gute Alternative. O ermöglicht es genau wie O Knochenzement unter Vakuum standardisiert zu mischen und zu sammeln und damit Knochenzemente von minimaler Porosität, verbesserter Homogenität und erhöhter mechanischer Festigkeit zu erzeugen.

Ab Oktober 2014 von B verfügbare Knochenzemente:

Produkt	Inhalt	Artikel-Nr. / PZN
H Bone Cement	1 x 40g	00-1120-140-01 / 10930579
H Bone Cement	2 x 40g	00-1120-240-01 / 10930585
H G Bone Cement (gentamicinhaltig)	1 x 20g	00-1121-120-01 / 10930591
H G Bone Cement (gentamicinhaltig)	2 x 20g	00-1121-220-01 / 10930616
H G Bone Cement (gentamicinhaltig)	1 x 40g	00-1121-140-01 / 10930639
H G Bone Cement (gentamicinhaltig)	2 x 40g	00-1121-240-01 / 10930622

H Bone Cement ist ein eingetragenes Warenzeichen der aa B GmbH & Co. KG

© Copyright 2014 B, Inc. All rights reserved.



Unterstützen. Eine Patente.

4 Mit der vorliegenden Klage wendet sich die Klägerin gegen die Verwendung der Angabe "Zurück an die Spitze" in der Überschrift der Pressemitteilung und die in einer der Zwischenüberschriften enthaltene Behauptung, B sei bis August 2014 Marktführer im Bereich Knochenzemente gewesen. Sie macht geltend, diese Angaben seien irreführend gemäß §§ 5, 5a UWG. Die Beklagte sei im August 2014 zwar Marktführer in dem Segment gewesen, habe die beworbene Marktführerstellung aber deshalb innegehabt, weil sie rechtswidrig anvertraute Betriebsgeheimnisse der Klägerin unbefugt verwendet habe. Die

Marktanteile der Beklagten seien ausschließlich auf die rechtswidrige Verwertung der Geschäftsgeheimnisse der Klägerin zurückzuführen. Nur durch diese Verletzung von Betriebsgeheimnissen sei die Beklagte in der Lage gewesen, über viele Jahre mit den Knochenzementen "R. " und "B. " ein gleichwertiges Konkurrenzprodukt zu den Knochenzementen der Klägerin anzubieten. Diese für den angesprochenen Verkehrskreis wesentliche Information verschweige die Beklagte in ihrer Internetwerbung. Die beanstandete Werbung mit der rechtswidrig erlangten Marktführereigenschaft stelle zudem eine nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG unzulässige Fruchtziehung aus vorangegangenem wettbewerbswidrigem Tun dar.

5 Die Klägerin hat beantragt, der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

- a) mit der Behauptung, B. sei bis August 2014 Marktführer im Bereich Knochenzemente gewesen;
- und/oder
- b) mit der Angabe "Zurück an die Spitze: B. vertreibt ab sofort H. - Knochenzemente" zu werben.

6 Darüber hinaus hat die Klägerin zu den angegriffenen Angaben Auskunftserteilung verlangt sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht beantragt. Die Klägerin hat die Beklagte außerdem auf Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch genommen.

7 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 Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

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

9 Die angegriffene Werbung sei nicht irreführend. Da die beanstandeten Aussagen über die Marktführerschaft sachlich zutreffend seien, könne die Werbung nur als irreführend angesehen werden, wenn die Beklagte gemäß § 5a Abs. 1 UWG gegenüber den von der Werbung angesprochenen gewerblichen Abnehmern eine Aufklärungspflicht darüber habe, dass bei der Herstellung der Knochenzemente "R. " und "B. " Betriebsgeheimnisse der Klägerin verletzt worden seien. Eine solche Aufklärungspflicht bestehe jedoch nicht. Wie die Beklagte die Marktführerschaft erreicht habe, sei für die Kaufentscheidung des angesprochenen Verkehrs vor dem Hintergrund der in der beanstandeten Pressemitteilung mitgeteilten Umstände nicht von maßgeblicher Bedeutung.

10 Die beanstandeten werblichen Angaben könnten außerdem nicht unter dem Gesichtspunkt der Fruchtziehung aus vorangegangenem rechtswidrigen 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. An die Unlauterkeit einer solchen Fruchtziehung 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 und unter Hinweis auf die frühere Marktführerschaft zu bewerben. Vielmehr handele es sich bei dieser Maßnahme um eine von der Beklagten weder beabsichtigte noch erwünschte Reaktion auf das von der Klägerin erwirkte Verbot des Vertriebs der nachgestellten Zemente.

- 11 B. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nur teilweise stand. Die Klage ist zwar weder wegen Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF sowie §§ 3, 3a UWG nF, jeweils in Verbindung mit § 17 UWG (dazu II) noch gegen die wettbewerbsrechtliche Generalklausel gemäß § 3 Abs. 1 UWG (dazu III) begründet. Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit das Berufungsgericht einen Verstoß gegen das Verbot der Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 1 UWG verneint hat (dazu IV und V).
- 12 I. 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). Nach der Verbreitung der angegriffenen Internetwerbung Ende 2014 und vor der Entscheidung in der Revisionsinstanz am 16. November 2017 ist das im Streitfall maßgebliche Recht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, 2158) novelliert worden. Dabei sind unter anderem die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG neu gefasst worden, während die Vorschriften des § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG, des § 5a Abs. 1 UWG und des § 17 UWG unverändert geblieben sind. Nach § 3 Abs. 1 UWG nF sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nF handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine für den Streitfall relevante Änderung der Rechtslage war damit nicht verbunden. Die in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie

2005/29/EG in § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nF aufgenommene Relevanzklausel ist der Sache nach auch bislang schon Gegenstand der Prüfung des Irreführungsverbots gemäß § 5 UWG gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 151/15, GRUR 2016, 1193 Rn. 13 = WRP 2016, 1354 - Ansprechpartner, mwN). Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG hatte im Hinblick auf den im Streitfall maßgeblichen 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).

13 II. 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.

14 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die vorliegend beworbenen "H. "-Knochenzemente selbst nicht unter unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellt worden sind. Davon geht auch die Revision aus.

15 2. 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.

16 a) 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 unter Verwendung 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).

17 b) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben.

18 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, die Bewerbung von anderen, nicht mit dem Vorwurf der Verletzung von Betriebsgeheimnissen "bemakelten" Produkten zu verbieten. Ein solches Ver-

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

19 III. Das Berufungsgericht hat ferner im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Beklagte auch nicht nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG zur Unterlassung der beanstandeten Werbung für die "H.-Knochenzemente verpflichtet ist.

20 1. 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.

21 2. 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.

22 An einer entsprechenden Unmittelbarkeit fehlt es im Streitfall. Die Beklagte hat nicht mit Angaben geworben, die sich unmittelbar auf die unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellten Knochenzemente "R. " und "B. " und deren Eigenschaften beziehen. Gegenstand der angegriffenen Werbung ist vielmehr die in gewissem Umfang auch auf dem rechtswidrigen Vertrieb beruhende relative 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 Ver-

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

23 3. 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 der Allgemeinheit überwiegendes Interesse der Klägerin an einem Werbeverbot mit einer Marktführerschaft nicht besteht.

24 a) 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 Beispielsfällen 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).

25 b) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die angegriffene Werbung für die "H. "-Zemente diese Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG nicht erfüllt.

- 26 aa) 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).
- 27 bb) Nach diesen Grundsätzen kann im Streitfall ein überwiegendes Interesse der Klägerin an dem begehrten Werbeverbot nicht angenommen werden.
- 28 (1) Dem Interesse der Klägerin an einem Verbot der Werbung mit einer Stellung als Marktführer, die zumindest auch durch den ihre Betriebsgeheimnisse verletzenden Vertrieb von Knochenzementen erworben wurde, stehen im Streitfall neben dem Allgemeininteresse an einem funktionierenden Wettbewerb im Markt für Knochenzemente 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 und dafür unter Mitteilung von sachlich zutreffenden Umständen zu werben.
- 29 (2) Ein diese rechtlich geschützten Interessen der Beklagten und 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.

30 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).

31 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.

32 IV. Die von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanträge sind jedoch unter dem Gesichtspunkt der Irreführung gerechtfertigt.

33 1. Allerdings liegen die Voraussetzungen einer irreführenden geschäftlichen Handlung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG über eine in der beanstandeten Werbung bis August 2014 behauptete Marktführerschaft und Spitzenstellung der Beklagten im Bereich Knochenzement nicht vor.

34 a) Die Angaben "Zurück an die Spitze" in der Überschrift der Pressemitteilung und die in einer der Zwischenüberschriften enthaltene Behauptung, B. sei bis August 2014 Marktführer im Bereich Knochenzemente gewesen, werden die maßgeblichen Fachkreise dem Wortsinn der Angaben entsprechend dahin verstehen, dass die Beklagte im Marktsegment des Vertriebs von Knochenzementen gemessen am Umsatz bis zum genannten Zeitpunkt den größten Marktanteil eingenommen habe (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2012 - I ZR 202/10, GRUR 2012, 1053 Rn. 23 = WRP 2012, 1216 - Marktführer Sport, mwN). Umstände, die ausnahmsweise eine vom Wortsinn abweichende Verkehrsauffassung begründen könnten (vgl. dazu Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 1.139), sind weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich.

35 b) Die Zulässigkeit einer Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wegen der anderenfalls bestehenden Gefahr einer Irreführung des Publikums voraus, dass die Werbebehauptung wahr ist, der Werbende einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet. Dagegen unterfallen nicht dem Irreführungsverbot re-

klamehafte Übertreibungen und reine Werturteile. Erforderlich sind vielmehr inhaltlich nachprüfbar Aussagen über geschäftliche Verhältnisse (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2001 - I ZR 318/98, GRUR 2002, 182, 183 = WRP 2002, 74 - Das Beste jeden Morgen, mwN).

36 c) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass nach diesen Grundsätzen eine Irreführung zu verneinen ist. Die beanstandeten Aussagen seien in der Sache zutreffend. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision nicht.

37 2. Mit Erfolg beanstandet die Revision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen einer Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 1 UWG seien nicht erfüllt, weil die Beklagte nach den Umständen des Streitfalls keine Aufklärungspflicht darüber treffe, dass bei der Herstellung der Knochenzemente "R. " und "B. " Betriebsgeheimnisse der Klägerin verletzt worden seien.

38 a) Gemäß § 5a Abs. 1 UWG kann auch das Verschweigen einer Tatsache irreführend sein. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, sind deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen. Die Anwendung des § 5a Abs. 1 UWG auf das im Streitfall maßgebliche Verhältnis zu sonstigen Marktteilnehmern ist unionsrechtlich gerechtfertigt (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2006/114/EG, vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 5a Rn. 2.3). Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 5 Abs. 2 UWG 2004 ist eine Irreführung durch Verschweigen von Tatsachen anzunehmen, wenn der verschwiegenen Tatsache nach der Auffassung des Verkehrs eine besondere Bedeutung zukommt, so dass das Verschweigen geeignet ist, das Publikum in relevanter Weise irrezuführen, also seine Entschließung zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2011 - I ZR 28/09, GRUR 2011,

846 Rn. 21 = NJW 2011, 2972 = WRP 2011, 1149 - Kein Telekom-Anschluss nötig; Urteil vom 10. Januar 2013 - I ZR 190/11, GRUR 2013, 945 Rn. 34 = WRP 2013, 1183 - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Diese zu § 5 Abs. 2 UWG 2004 entwickelte Rechtsprechung ist auf den nunmehr geltenden § 5a Abs. 1 UWG übertragbar (vgl. BGH, GRUR 2011, 846 Rn. 21 - Kein Telekom-Anschluss nötig). Eine Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 1 UWG setzt die Verletzung einer Aufklärungspflicht voraus (vgl. BGH, GRUR 2013, 945 Rn. 34 - Standardisierte Mandatsbearbeitung; Dreyer in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 5a Rn. 51). Den Unternehmer trifft allerdings keine allgemeine Aufklärungspflicht über Tatsachen, die für die geschäftliche Entscheidung des angesprochenen Verkehrs möglicherweise von Bedeutung sind. Er ist nicht generell verpflichtet, auch auf weniger vorteilhafte oder gar negative Eigenschaften des eigenen Angebots hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - I ZR 213/93, GRUR 1996, 367, 368 = WRP 1996, 290 - Umweltfreundliches Bauen; Urteil vom 26. Oktober 2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 23 f. = WRP 2007, 303 - Regenwaldprojekt I; BGH, GRUR 2013, 945 Rn. 34 - Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 5a Rn. 2.7; Dreyer in Harte/Henning aaO § 5a Rn. 51; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 5a Rn. 24; MünchKomm.UWG/Alexander, 2. Aufl., § 5a Rn. 107). Maßgebend für die Frage einer Informationspflicht ist, inwieweit der angesprochene Verkehr auf die Mitteilung der Tatsache angewiesen und dem Unternehmer eine Aufklärung zumutbar ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 5a Rn. 2.10). Macht sich der Marktteilnehmer über den fraglichen Umstand gar keine Gedanken, weil er für seine geschäftliche Entscheidung nicht von Bedeutung ist, liegt eine Irreführung durch Unterlassen nicht vor (vgl. Dreyer in Harte/Henning aaO § 5a Rn. 51).

b) Nach diesen Grundsätzen kann im Streitfall eine Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 1 UWG nicht verneint werden.

40 aa) Allerdings liegt die Beurteilung, ob das Unterlassen einer Information geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise zu beeinflussen, auf tatrichterlichem Gebiet (vgl. BGH, GRUR 2013, 945 Rn. 29 - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Dabei sind die in dieser Hinsicht vom Tatrichter getroffenen Feststellungen zur Verkehrsauffassung in der Revisionsinstanz nur darauf zu überprüfen, ob das Gericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2016, 1193 Rn. 20 - Ansprechpartner; BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 37 = WRP 2016, 1221 - LGA tested; Urteil vom 3. November 2016 - I ZR 227/14, GRUR 2017, 418 Rn. 13 = WRP 2017, 422 - Optiker-Qualität). Ein solcher Fehler ist dem Berufungsgericht unterlaufen.

41 bb) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, nach den Umständen des vorliegenden Falls könne die Bedeutung der verschwiegenen Tatsache für die geschäftliche Entscheidung der Werbeadressaten nur als gering eingestuft werden. In der beanstandeten Internetwerbung beziehe sich die Behauptung der Marktführerschaft eindeutig nicht auf das beworbene Produkt "H. ", für das der Werbeadressat sich entscheiden solle. Die Werbung nehme vielmehr Bezug auf ein Vorgängerprodukt, das mit dem neuen Erzeugnis nicht übereinstimme. Aus dem Schreiben ergebe sich für die mit der Werbung angesprochenen Fachkreise, bei denen es sich um Unternehmen, Ärzte und Krankenhäuser handele, die Knochenzemente nachfragten, hinreichend deutlich, dass die vorübergehende Einstellung der Belieferung nicht etwa mit Produktionsschwierigkeiten zu erklären gewesen sei, sondern dass das alte Produkt aus anderen, nicht näher erläuterten Gründen nicht mehr angeboten werden können und durch das Produkt eines anderen Herstellers habe ersetzt werden müssen. Unter diesen Umständen werde der angesprochene Verkehr den Hinweis auf die frühere Marktführerstellung der Beklagten nicht dahin verstehen, dass das

neue Produkt dem alten Produkt hinsichtlich der - für die Marktführerstellung jedenfalls auch verantwortlichen - Qualität vergleichbar sei. Da das Werbeargument einer zuvor bestehenden Marktführerschaft für die Qualität des neuen Produkts der Beklagten nach den vorliegenden Umständen mithin nur eine begrenzte Aussagekraft habe, sei die weitere Frage, wie die Beklagte diese Marktführerstellung erreicht habe, für die Kaufentscheidung der angesprochenen Fachkreise nicht von maßgeblicher Bedeutung. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

42

cc) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass die beanstandeten Behauptungen einer Spitzenstellung nicht allein Bedeutung für das konkret beworbene Produkt haben, sondern nach der Lebenserfahrung auch eine Aussage zu der Leistungsfähigkeit des werbenden Unternehmens selbst treffen. Vor diesem Hintergrund wird der im Streitfall angesprochene Verkehr den angegriffenen Angaben nach ihrem Wortsinn die Aussage entnehmen, die Beklagte sei in der Vergangenheit derart leistungsfähig gewesen, dass sie die Marktführerschaft und die Spitzenstellung auf dem Markt der Knochenzemente habe erlangen können. Aus den Angaben ergibt sich für den Verkehr weiter, dass die Beklagte aufgrund ihrer fortbestehenden Leistungsfähigkeit in der Lage ist, auch mit ihrem neuen Produkt eine entsprechende Spitzenstellung zu erreichen. Die mit der Behauptung einer Spitzenstellung einhergehende Aussage zur besonderen Leistungsfähigkeit des Unternehmens ist für den potentiellen Käufer von besonderer Bedeutung für seine geschäftliche Entscheidung. Mit der Werbung mit einer Spitzenstellung verbindet der Verkehr regelmäßig die Erwartung, der Anbieter sei in der Lage, nach den maßgeblichen Kriterien von Qualität, Service und Preis für den Käufer besonders attraktive Produkte anzubieten. Dass das Unternehmen eine in der Werbung herausgestellte Spitzenstellung nicht (allein) durch eigene Leistung bei der Entwicklung eines besonders wettbewerbsfähigen Produkts, sondern unter Verletzung von Be-

triebsgeheimnissen eines Wettbewerbers erreicht hat, stellt der Verkehr erfahrungsgemäß nicht in Rechnung. Bewirbt der Anbieter ein neues Produkt unter Hinweis auf die in der Vergangenheit mit einem anderen Produkt erworbene Marktführerschaft, ist das Verschweigen dieses Umstands deshalb im Regelfall geeignet, eine unrichtige Vorstellung über die Leistungsfähigkeit des Anbieters hervorzurufen und damit die Entschließung des Publikums über den Erwerb des beworbenen Nachfolgeprodukts im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG in unlauterer Weise zu beeinflussen. Im Streitfall bestehen keine Gesichtspunkte, die eine davon abweichende Beurteilung rechtfertigen.

43 3. Die weiteren Voraussetzungen der geltend gemachten Unterlassungsanträge gemäß § 8 Abs. 1 UWG liegen ebenfalls vor. Die erforderliche Wiederholungsfahr ergibt sich aus der im Dezember 2014 im Internet vorgenommenen Werbung der Beklagten mit ihrer Pressemitteilung. Die Pressemitteilung enthält die in den Unterlassungsanträgen benannten Angaben, ohne darüber aufzuklären, dass der Beklagten der Vertrieb der Knochenzemente, mit denen sie die Marktführerschaft und Spitzenstellung erreicht hatte, wegen Verwertung von Geschäftsgeheimnissen der Klägerin verboten worden ist.

44 V. Aus den vorstehenden Gründen ergibt sich, dass auch die geltend gemachten Folgeanträge gerechtfertigt sind. Die Beklagte ist gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, 5a Abs. 1, 9 Abs. 1 UWG zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie jedenfalls fahrlässig eine Aufklärung darüber unterlassen hat, dass sie ihre Spitzenstellung im Markt durch Verletzung von Betriebsgeheimnissen der Klägerin erlangt hat. Der Auskunftsanspruch ergibt sich aus dem durch den Wettbewerbsverstoß begründeten Rechtsverhältnis in Verbindung mit § 242 BGB. Die Kosten der Abmahnung kann die Klägerin gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG verlangen.

45 VI. 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.

46 C. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

47 D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Löffler

Schwonke

Feddersen

Marx

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 25.08.2015 - 3-6 O 13/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 23.06.2016 - 6 U 181/15 -