# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

**I ZR 158/07**

Verkündet am:
18. März 2010
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Modulgerüst II

InsO § 45 Satz 1, §§ 47, 85, 86 Abs. 1, § 174 Abs. 2, § 180 Abs. 2; UWG §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c, § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1; ZPO § 139 Abs. 1, § 240

a) Bei einem gegen den Insolvenzschuldner gerichteten gesetzlichen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts des Klägers oder wegen eines Wettbewerbsverstoßes handelt es sich um einen Passivprozess i.S. des § 86 InsO (Aufgabe von BGH, Urt. v. 21.10.1965 - Ia ZR 144/63, GRUR 1966, 218 - Dia-Rähmchen III). Der durch Insolvenzeröffnung unterbrochene Rechtsstreit ist in analoger Anwendung des § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufzunehmen.

b) Wettbewerbswidrige Handlungen des Insolvenzschuldners, seiner Mitarbeiter oder Beauftragten begründen in der Person des Insolvenzverwalters keine Wiederholungsgefahr, auch wenn dieser den Betrieb des Insolvenzschuldners fortführt.

BGH, Urteil vom 18. März 2010 - I ZR 158/07 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 31. August 2007 unter Zurückweisung der Revision der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin produziert und vertreibt Baugerüste. Zu ihrem Programm gehört das Modulgerüst der Baureihe "L. -Allround". Das Gerüst verfügt über eine Verbindungstechnik, mit der die vertikal aufzurichtenden Ständerrohre (Stiele) mit den horizontal und diagonal anzubringenden Rohren (Riegel) verbunden werden. An den Vertikalstielen sind an dem Gerüst "L. -Allround" in regelmäßigen Abständen Lochscheiben montiert. Diese weisen vier große und vier kleine Aussparungen (Löcher) auf, mit deren Hilfe die Riegel in nahezu be-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



liebigen Winkeln angebracht werden können. Dieses Befestigungssystem war Gegenstand eines Patents, dessen Schutz im Jahre 1992 abgelaufen ist.

2 Der Beklagte zu 1 (nachfolgend Beklagter) ist Verwalter in dem während des Berufungsverfahrens eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der vormaligen Beklagten zu 1, der p. a. GmbH & Co. KG (fortan Schuldnerin). Diese produzierte und vertrieb ebenfalls Modulgerüste. Zu ihrem Programm gehörte das Modulgerüst "a. -f. ".

3 Die Klägerin hält das Gerüstsystem "a. -f. " für eine Nachahmung ihres Gerüstes "L. -Allround" und macht Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz geltend. Sie hat zudem den Vorwurf des Geheimnisverrats erhoben. Die Klägerin hat zunächst die Schuldnerin auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung in Anspruch genommen.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

5 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Unterlassungs- und Annexanträge hinsichtlich der Lochscheibe des Gerüstes "a. -f. " durch rechtskräftiges Teilurteil zurückgewiesen. Gegenstand des Verfahrens sind nunmehr noch die für die Bauteile des Gerüstes "a. -f. " verwandten Köpfe der Gerüstbauteile.

6 In der Berufungsinstanz hat die Klägerin - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - beantragt,

1. den Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, in der Bundesrepublik Deutschland ein Gerüst und/oder Bauteile eines Gerüstes anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen, bei denen die zur Verbindung der Vertikalstiele mit den Riegeln, Diagonalen und sonstigen Bauteilen des Gerüstes dienenden Köpfe der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Riegel und/oder die Köpfe der Diagonalen und/oder die Köpfe sonstiger Bauteile wie aus den nachstehend eingeblendeten Abbildungen ersichtlich ausgebildet sind:

am Rundrohrriegel

am U-Querriegel

an der Diagonale

wenn die betreffenden Riegel, Diagonalen und sonstigen Bauteile des Gerüstes mit den Bauteilen des L. -Allroundgerüstes der Klägerin ver-

mischt werden können und bei der Produktgestaltung die nachfolgend wiedergegebenen vier Konstruktionszeichnungen benutzt worden sind (es folgen die im Berufungsurteil Seiten 5 bis 8 verkleinert wiedergegebenen Konstruktionszeichnungen);

2. den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin unter Beifügung gut lesbarer Kopien der Aufträge (Bestellungen), der Lieferscheine und der Rechnungen in Form einer geordneten nach Kalendermonaten gegliederten Aufstellung vollständig Rechnung über Handlungen der Schuldnerin gemäß vorstehender Ziffer 1 seit dem 10. November 1998 zu legen, und zwar beim Inverkehrbringen von Gerüstteilen jeweils unter Angabe des betreffenden Teils mit Artikelnummer, Menge, Lieferzeit, Rechnungswert und Abnehmer mit Firma und Adresse sowie ferner unter Darlegung der Gestehungskosten (Herstellungs- und/oder Beschaffungskosten) und Vertriebskosten, mit der Angabe der einzelnen Kostenfaktoren, soweit diese unmittelbar auf Beschaffung oder Vertrieb der Gerüstteile entfallen, sowie des erzielten Gewinns, der nicht durch Abzug von Fixkosten und variablen Gemeinkosten verringert ist, wobei es ihm freigestellt ist, die Angaben über die Abnehmer nicht der Klägerin bekanntzugeben, sondern einem von dieser benannten, zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, sofern er diesen ermächtigt und verpflichtet, der Klägerin darüber Auskunft zu geben, ob bestimmte Lieferungen oder bestimmte Abnehmer in der erteilten Auskunft enthalten sind;

3. den Schadensersatzanspruch, der durch Forderungsanmeldung vom 16. Mai 2003 (laufende Nr. 267) zur Insolvenztabelle angemeldet worden ist, dem Grunde nach zur Insolvenztabelle festzustellen;

4. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr seit Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots vom 12. März 2003 bis zum 31. Dezember 2003 durch Handlungen des Beklagten, nach dem 1. Januar 2004 durch Handlungen der A. GmbH gemäß dem Klageantrag zu 1 entstanden ist oder noch entstehen wird.

7 Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt und den Schadensersatzanspruch zur Insolvenztabelle festgestellt. Es hat weiter den Rechnungslegungsantrag für die Zeit bis zur Anordnung des Verfügungsverbots gegen die Schuldnerin am 12. März 2003 für begründet erachtet. Den mit dem Klageantrag zu 4 verfolgten Antrag, mit dem die Klägerin eine Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten begehrt, und den weitergehenden Rechnungslegungsantrag hat das Berufungsgericht als unbegründet angesehen (OLG Köln ZIP 2008, 518 = OLG-Rep 2008, 226).

8 Dagegen richten sich die (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revisionen der Klägerin und des Beklagten. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision,

deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, die uneingeschränkte Verurteilung des Beklagten nach den Klageanträgen zu 2 und 4. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

10 Das ursprünglich gegen die Schuldnerin gerichtete Verfahren sei infolge der Insolvenz zunächst nach § 240 ZPO unterbrochen, von der Klägerin gegen den Beklagten aber wirksam aufgenommen worden.

11 Der Unterlassungsantrag, dessen Verfahrensaufnahme sich nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO richte, sei zulässig und nach § 8 Abs. 1 i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG, § 1 UWG a.F. begründet. Die Köpfe der Riegel, der Diagonalen und der sonstigen Bauteile des Gerüstes "a. -f. " der Schuldnerin stellten Nachahmungen der Teile des Gerüstes "L. -Allround" der Klägerin dar. Die Schuldnerin habe die für die Nachahmung der in Rede stehenden Bauteile erforderlichen Unterlagen unredlich erlangt. Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. S. stehe fest, dass die Schuldnerin zur Herstellung der angegriffenen Gerüstteile Konstruktionszeichnungen der Klägerin verwandt habe. Diese habe sie auf unlautere Weise erlangt. Die Klägerin habe die von ihr gefertigten Konstruktionszeichnungen ihrer Vorlieferantin, der Gießerei W.-KG, zur Verfügung gestellt. Diese habe die Konstruktionszeichnungen der Schuldnerin überlassen, obwohl die Weitergabe aufgrund eines Vertraulichkeitsvermerks untersagt gewesen sei.

12 Der Klageantrag zu 3, mit dem die Klägerin die Feststellung der zur Insolvenztabelle angemeldeten Schadensersatzansprüche dem Grunde nach begehre, sei zulässig und begründet. Die Klägerin habe die Feststellung nach § 180 Abs. 2 InsO durch Aufnahme des Rechtsstreits zu betreiben. Der Klägerin stehe das erforderliche Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO zu. Der Anspruch sei begründet, weil die Schuldnerin den Wettbewerbsverstoß schuldhaft begangen habe und davon auszugehen sei, dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei.

13 Der Klageantrag zu 4, mit dem die Klägerin die Feststellung begehrt habe, dass der Beklagte den Schaden zu ersetzen habe, der durch seine Handlungen im Zeitraum vom 12. März bis 31. Dezember 2003 entstanden sei, sei unbegründet. Der Klägerin stünden Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten nicht zu. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Beklagte noch vorhandene Restbestände des Gerüstsystems "a. -f. " weiterveräußert habe. Der Klageantrag zu 4 sei auch nicht begründet, soweit mit ihm Ansprüche für nach dem 1. Januar 2004 durch Handlungen der A. GmbH (nachfolgend A. GmbH), der Erwerberin des Betriebsvermögens der Schuldnerin, entstandene Schäden verfolgt würden. In diesem Zusammenhang könne offenbleiben, ob die A. GmbH die in Rede stehenden Konstruktionspläne für die Herstellung weiterer Gerüste verwendet habe. Es könne jedenfalls nicht festgestellt werden, dass der Beklagte die Konstruktionspläne dieser Gesellschaft bewusst überlassen habe, damit diese unter Zuhilfenahme der Pläne habe weiterproduzieren können.

14 Das Verfahren sei auch im Hinblick auf den Rechnungslegungsantrag wirksam aufgenommen worden. Der Anspruch sei wegen der wettbewerbsrechtlich unlauteren Nachahmung begründet. In zeitlicher Hinsicht sei er jedoch

zu begrenzen, weil nichts dafür ersichtlich sei, dass die Schuldnerin sich nicht an das am 12. März 2003 verhängte Verfügungsverbot gehalten habe.

15 B. Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

16 I. Zulassung der Revision

17 Die Rechtsmittel der Parteien sind zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zugelassen. Die Urteilsformel enthält keine Beschränkung der Zulassung der Revision. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass sich eine Beschränkung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann (BGH, Urt. v. 16.9.2009 - VIII ZR 243/08, NJW 2010, 148 Tz. 11). Dies muss jedoch zweifelsfrei geschehen; die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1991 - VI ZR 171/91, NJW 1992, 1039 f., insoweit nicht in BGHZ 116, 104; Urt. v. 18.12.2008 - I ZR 63/06, GRUR 2009, 515 Tz. 17 = WRP 2009, 445 - Motorradreiniger). Im Streitfall ergibt sich aus den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht mit der notwendigen Sicherheit, dass es die Revision nur beschränkt zulassen wollte.

18 II. Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits

19 Der durch die Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 InsO am 12. März 2003 nach § 240 Satz 2 ZPO unterbrochene Rechtsstreit ist von der Klägerin wirksam aufgenommen worden. Die Wirksamkeit der Aufnahme des Rechtsstreits durch die Klägerin folgt für den Klageantrag zu 1 (Unterlassungsantrag) aus einer analogen Anwendung des

§ 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO (dazu B II 1), für den Klageantrag zu 2 (Rechnungslegungsantrag) bis zur Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots am 12. März 2003 und den Klageantrag zu 3 (Antrag auf Feststellung des Schadensersatzanspruchs zur Insolvenztabelle) aus § 180 Abs. 2 InsO (dazu B II 2 und 3) und für den Antrag zu 4 (Antrag auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten) sowie für den Antrag zu 2 (Rechnungslegungsantrag) ab Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots am 12. März 2003 ebenfalls aus § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO (dazu B II 4).

20 1. Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs konnte die Klägerin den Rechtsstreit nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO analog aufnehmen.

21 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten betreffe einen Passivprozess. Zu dessen Aufnahme sei die Klägerin nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO berechtigt gewesen, weil der Unterlassungsanspruch ein Aussonderungsrecht zum Gegenstand habe. Setze sich die Klägerin mit ihrer Klage durch, dürften die nachgeahmten Gegenstände nicht mehr in Verkehr gebracht werden. Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche aufgrund ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes seien den absoluten Rechten stark angenähert.

22 b) Die Frage, ob es sich bei einem durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Partei unterbrochenen Rechtsstreit um einen Aktiv- oder einen Passivprozess handelt, ist nicht nach der Parteirolle des Insolvenzschuldners im Prozess zu beantworten. Ein Aktivprozess i.S. des § 85 InsO liegt vielmehr dann vor, wenn in dem Rechtsstreit über die Pflicht zu einer Leistung gestritten wird, die in die Masse zu gelangen hat (BGHZ 36, 258, 264 f.; BGH, Urt. v. 12.2.2004 - V ZR 288/03, NJW-RR 2004, 925). Dagegen richtet sich die Aufnahme eines nach § 240 ZPO unterbrochenen Rechtsstreits,

der die Aussonderung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse, die abgesonderte Befriedigung oder eine Masseverbindlichkeit betrifft, nach § 86 InsO. Gemäß § 180 Abs. 2, § 184 Abs. 1 Satz 2 InsO sind unterbrochene Passivprozesse aufzunehmen, die eine Insolvenzforderung betreffen.

23 c) In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob es sich bei einem Rechtsstreit über einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder wegen eines Wettbewerbsverstoßes um einen Aktiv- oder einen Passivprozess handelt und nach welchen Vorschriften sich die Aufnahme des Rechtsstreits richtet.

24 aa) Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof zu §§ 10, 11 KO entschieden, dass der Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner über einen Unterlassungsanspruch aus einem gewerblichen Schutzrecht ein Aktivprozess ist und seine Aufnahme sich daher nach § 10 KO richtet (BGH, Urt. v. 21.10.1965 - Ia ZR 144/63, GRUR 1966, 218, 219 f. - Dia-Rähmchen III; RGZ 134, 377, 379; vgl. auch BGHZ 155, 371, 379 f.). Davon ist der Bundesgerichtshof auch in einem Rechtsstreit über einen Unterlassungsanspruch aufgrund eines Wettbewerbsverstoßes ausgegangen (BGH, Urt. v. 19.11.1982 - I ZR 99/80, GRUR 1983, 179, 180 = WRP 1983, 209 - Stapel-Automat). Nach diesem Verständnis richtete sich die Aufnahme unter Geltung der Insolvenzordnung nach § 85 InsO.

25 bb) Im Schrifttum wird demgegenüber angenommen, dass es sich bei einem Rechtsstreit über einen gegen den Insolvenzverwalter gerichteten Unterlassungsanspruch um einen Passivprozess handelt (Jaeger/Henckel, Konkursordnung, 9. Aufl., § 10 Rdn. 73; Jaeger/Windel, Insolvenzordnung, 2007, § 86 Rdn. 13; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. Rdn. 10.52; MünchKomm.InsO/Schumacher, 2. Aufl., § 86 Rdn. 15; K. Schmidt, ZZP 90 (1977), 38, 45 ff.; ders.

Festschrift für Gerhardt, 2004, S. 903, 921; Stürner, ZZP 94 (1981), 263, 306 ff.; ders., Festschrift für Merz, 1992, S. 563, 570; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 86 Rdn. 7). Ob sich dessen Aufnahme nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 InsO oder nach § 86 Abs. 1 InsO analog richtet, wird nicht einheitlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, der auf ein gewerbliches Schutzrecht gestützte Unterlassungsrechtsstreit betreffe einen Aussonderungsfall (K. Schmidt, ZZP 90 (1977), 38, 49 f.; ders., Festschrift für Gerhardt, 2004, S. 903, 921 f.; ebenso MünchKomm.BGB/Baldus, 5. Aufl., § 1004 Rdn. 151) mit der Folge, dass für die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO gelte. Eine andere im Schrifttum vertretene Ansicht differenziert danach, ob der Unterlassungsanspruch auf die Verletzung gewerblicher Schutzrechte gestützt wird oder allgemeine Handlungspflichten betrifft (MünchKomm.InsO/Schumacher aaO § 86 Rdn. 7 und 15; Stürner, ZZP 94 (1981), 263, 306 ff.; ders., Festschrift für Merz 1992, S. 563, 570). Im ersteren Fall soll sich die Aufnahme des Rechtsstreits nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO richten, während im letzteren Fall § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO direkt oder analog anwendbar sein soll. Schließlich wird von einem Teil des Schrifttums angenommen, der Unterlassungsanspruch sei eine Masseverbindlichkeit i.S. des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Die Aufnahme des Rechtsstreits richte sich nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO (Jaeger/Windel aaO § 86 Rdn. 13).

26 cc) Der Senat schließt sich der Ansicht an, dass es sich bei einer Klage, die einen gegen den Insolvenzschuldner gerichteten gesetzlichen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder wegen eines Wettbewerbsverstoßes zum Gegenstand hat, um einen Passivprozess i.S. des § 86 InsO handelt. Für diese Ansicht spricht, dass der Rechtsstreit in diesen Fällen gegen den Schuldner anhängig ist und nicht die für einen Aktivprozess typische Pflicht zu einer Leistung betrifft, die in die Masse zu gelangen hat (vgl. hierzu BGHZ 36, 258, 264 f.). Verletzt der Schuldner durch die

Herstellung oder den Besitz von Erzeugnissen ein gewerbliches Schutzrecht oder bietet er unter Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG Nachahmungen von Waren des Gläubigers an, befinden sich die Produkte zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Regelfall in der Masse. Der Rechtsstreit betrifft typischerweise keine Leistung, die erst noch in die Masse gelangen soll. Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger in dem Rechtsstreit einen nicht auf bestimmte Waren bezogenen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen den Schuldner zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verfolgt. Der X. und der Xa-Zivilsenat haben auf Anfrage mitgeteilt, dass sie an der gegenteiligen Auffassung des Ia-Zivilsenats (Urt. v. 21.10.1965 - Ia ZR 144/63, GRUR 1966, 218 - Dia-Rähmchen III) nicht festhalten (§ 132 Abs. 3 GVG).

27 Für die Aufnahme des Passivprozesses, der einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder wegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung nach § 8 Abs. 1, § 3 oder § 7 UWG zum Gegenstand hat, gilt § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO analog. Der Unterlassungsanspruch betrifft keine Aussonderung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse i.S. von § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO, weil er nicht darauf gerichtet ist, dass ein Gegenstand nicht i.S. von § 47 InsO zur Insolvenzmasse gehört. Allerdings kann auch ein Unterlassungsanspruch ein Aussonderungsrecht betreffen, wenn er darauf gerichtet ist, dem Insolvenzverwalter die Verwertung oder Nutzung eines Gegenstandes, der der Aussonderung unterliegt, zu verbieten (vgl. Jaeger/Henckel, Insolvenzordnung, 2004, § 47 Rdn. 14). Dies setzt aber voraus, dass der Gläubiger aufgrund eines dinglichen oder persönlichen Rechts befugt ist, den nicht zur Masse gehörenden Gegenstand vor dem Zugriff zugunsten der Insolvenzgläubiger zu schützen (vgl. MünchKomm.InsO/Ganter aaO § 47 Rdn. 5). Davon ist bei dem Verbot, unter Verletzung eines Schutzrechts hergestellte oder in wettbewerbswidriger Weise nachgeahmte Produkte anzubieten oder zu vertreiben, nicht auszugehen. Die Verwirklichung eines die-

ser Verletzungstatbestände führt nicht dazu, dass die Produkte nicht zur Insolvenzmasse gehören. Bei anderen Ansprüchen - etwa beim Vernichtungsanspruch - mag, worauf der X. Zivilsenat in seiner Stellungnahme hinweist, dagegen eine Anwendung von § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Betracht kommen.

28 Der in Rede stehende gesetzliche Unterlassungsanspruch betrifft zwar auch keine Masseverbindlichkeit i.S. des § 86 Abs. 1 Nr. 3, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, weil die Unterlassungspflicht den Insolvenzverwalter persönlich trifft und er sie auch bei Masseunzulänglichkeit zu erfüllen hat (vgl. MünchKomm.InsO/H. Hefermehl aaO § 55 Rdn. 60; Jaeger/Henckel aaO § 55 Rdn. 19). Auf die Aufnahme des Rechtsstreits ist jedoch § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO analog anzuwenden. Für die Aufnahme des als Passivprozess einzuordnenden Rechtsstreits über einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch besteht eine Regelungslücke, die durch eine entsprechende Anwendung des § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu schließen ist. Denn der Gegner des Insolvenzverwalters hat im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes ein schützenswertes Interesse daran, den Rechtsstreit unabhängig von der Entschließung des Insolvenzverwalters aufnehmen zu können.

29 Richtet sich die Aufnahme des Rechtsstreits vorliegend nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO analog, konnte die Klägerin den Rechtsstreit ohne weiteres aufnehmen.

30 2. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin den Rechtsstreit über den Klageantrag zu 3 wirksam gegen den Beklagten aufgenommen hat (§§ 179, 180 InsO). Mit diesem Antrag begehrt die Klägerin entsprechend der Forderungsanmeldung Nr. 267, den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zur Insolvenztabelle festzustellen. Die Aufnahme des Rechtsstreits richtet sich nach § 180 Abs. 2 InsO. Der Klageantrag zu 3 betrifft

einen Vermögensanspruch i.S. des § 38 InsO, über den zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsstreit anhängig war. Die zur Tabelle angemeldete Forderung hat der Beklagte bestritten. Die Geltendmachung der Forderung zur Insolvenztabelle war danach durch Aufnahme des Rechtsstreits gegen den Beklagten zu betreiben.

31 3. Der Rechtsstreit über den Klageantrag zu 2 (Rechnungslegungsanspruch) ist, soweit er den vom Berufungsgericht zuerkannten Zeitraum bis 12. März 2003 (Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots) betrifft, ebenfalls von der Klägerin wirksam gegenüber dem Beklagten aufgenommen worden. Mit diesem Antrag verfolgt die Klägerin für die Zeit bis 12. März 2003 einen Rechnungslegungsanspruch, der als Hilfsanspruch nach § 242 BGB der Durchsetzung des mit dem Klageantrag zu 3 verfolgten Schadensersatzanspruchs dient. Dieser Anspruch kann ebenfalls durch Aufnahme des Rechtsstreits gegen den Beklagten in analoger Anwendung des § 180 Abs. 2 InsO weiterverfolgt werden (vgl. BGHZ 49, 11, 13 ff.; BGH, Urt. v. 2.6.2005 - IX ZR 221/03, NJW-RR 2005, 1714, 1715).

32 4. Das Berufungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin den mit dem Klageantrag zu 4 (Feststellung der Schadensersatzpflicht für die Zeit des Bestehens des Verfügungsverbots) geltend gemachten Anspruch gegen den Beklagten verfolgen konnte. Dieser Anspruch der Klägerin betrifft eine Masseverbindlichkeit i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 InsO. Passivlegitimiert für diesen Klageanspruch ist der Beklagte als Insolvenzverwalter (vgl. Jaeger/Henckel aaO § 55 Rdn. 11 und 19). Die Aufnahme des Rechtsstreits richtet sich nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

33 Soweit die Klägerin mit dem Klageantrag zu 2 den Rechnungslegungsanspruch nach Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots am 12. März

2003 gegen den Beklagten verfolgt, ist der Anspruch als Hilfsanspruch zu dem mit dem Klageantrag zu 4 verfolgten Schadensersatzanspruch ebenfalls Masseverbindlichkeit i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO und durch Klage gegen den Beklagten zu verfolgen. Die Aufnahme des Rechtsstreits richtet sich auch insoweit nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

34 III. Revision des Beklagten

35 1. Das Berufungsgericht hat den mit dem Klageantrag zu 1 verfolgten Unterlassungsanspruch für begründet erachtet. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen hält diese Beurteilung den Angriffen der Revision des Beklagten nicht stand.

36 a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Unterlassungsantrag zulässig ist. Anders als die Revision des Beklagten meint, fehlt für diesen Antrag nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Ihre gegenteilige Ansicht stützt sie darauf, dass das Berufungsgericht keine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr für Rechtsverletzungen des Beklagten festgestellt hat und dieser auch nicht für angebliche Rechtsverletzungen der A. GmbH haftet. Dies ist jedoch keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses und damit der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit des Unterlassungsantrags.

37 b) Nach den vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann ein gegen den Beklagten gerichteter Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG nicht bejaht werden. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die die Annahme einer Begehungsgefahr in der Person des Beklagten rechtfertigen.

38 aa) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Beklagte selbst die in Rede stehenden Gerüstteile vertrieben hat.

39 bb) Der Beklagte braucht sich auch nicht eine in der Person der Schuldnerin entstandene Wiederholungsgefahr zurechnen zu lassen.

40 Ein unterstellter Wettbewerbsverstoß der Schuldnerin begründet in ihrer Person eine Wiederholungsgefahr. Diese ist jedoch nicht auf den Beklagten als Insolvenzverwalter übergegangen. Die Wiederholungsgefahr ist ein tatsächlicher Umstand, der nach den Verhältnissen in der Person des in Anspruch Genommenen zu beurteilen ist. Dies gilt nicht nur, wenn der Rechtsvorgänger die Wiederholungsgefahr durch eigenes Verhalten begründet hat, sondern auch dann, wenn der Wettbewerbsverstoß durch Organe des Rechtsvorgängers oder Mitarbeiter seines Unternehmens begangen worden ist (BGHZ 172, 165 Tz. 11 - Schuldnachfolge; BGH, Urt. v. 3.4.2008 - I ZR 49/05, GRUR 2008, 1002 Tz. 39 = WRP 2008, 1434 - Schuhpark). Dieselben Grundsätze gelten auch für den Beklagten als Insolvenzverwalter. Dieser übt als Partei kraft Amtes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse im eigenen Namen aus (vgl. BGHZ 88, 331, 334; 121, 179, 184; 175, 86 Tz. 11).

41 cc) Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen auch nicht erkennen, dass bei dem Beklagten eine Erstbegehungsgefahr im Hinblick auf zukünftige Verletzungshandlungen besteht. Von einem auf Erstbegehungsgefahr gestützten vorbeugenden Unterlassungsanspruch ist nur auszugehen, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten. Entsprechende Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat vielmehr in anderem Zusammenhang eine Erstbegehungsgefahr im Hinblick auf drohende Rechtsverletzungen durch den Beklagten verneint.

42 2. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch für Verletzungshandlungen der Schuldnerin in der Zeit vom 10. November 1998 bis 12. März 2003 entsprechend der Forderungsanmeldung Nr. 267 zur Insolvenztabelle zu. Es ist davon ausgegangen, dass die Köpfe der Riegel, der Diagonalen und der sonstigen Bauteile des Gerüstes "a. -f. " der Schuldnerin eine unlautere Nachahmung der entsprechenden Teile des Gerüstes "L. -Allround" der Klägerin i.S. von §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG sind. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

43 Der Klageantrag zu 3 (Feststellungsantrag) ist schon deshalb unzulässig, weil Ansprüche, die eine Schadensersatzverpflichtung dem Grunde nach zum Gegenstand haben, als solche nicht in die Insolvenztabelle eingetragen werden können. Sie müssen nach § 174 Abs. 2, § 45 Satz 1 InsO mit einem bezifferten Geldbetrag geltend gemacht werden, der im vorliegenden Fall zu schätzen ist (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2003 - IX ZR 165/02, NJW-RR 2004, 1050, 1051). Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht der Klägerin nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gelegenheit zu einer sachdienlichen Antragstellung geben müssen. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Anspruch auf ein faires Verfahren gebieten es in einem solchen Fall, in dem die Frage der Bezifferung des Schadensersatzanspruchs nach dem Klageantrag zu 3 erstmals in der Revisionsinstanz Bedeutung erlangt hat, der Klägerin im wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit zur Stellung eines sachdienlichen Antrags zu geben.

44 3. Steht danach nicht fest, dass die Schuldnerin für den Zeitraum vom 10. November 1998 bis 12. März 2003 zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann auch die Verurteilung nach dem Klageantrag zu 2 auf Rechnungslegung für diesen Zeitraum keinen Bestand haben.

45 4. Das Berufungsurteil kann danach - soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist - nicht aufrechterhalten werden (§ 562 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 ZPO).

46 a) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die den Schluss rechtfertigen, dass die für das Unterlassungsbegehren der Klägerin erforderliche Begehungsgefahr zukünftiger Rechtsverletzungen durch den Beklagten fehlt. Es hat zwar bei der Prüfung der Schadensersatzpflicht des Beklagten angenommen, dass das Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 16. Juni 2004 keine Erstbegehungsgefahr begründet. Zu Recht macht die Revisionserwiderung der Klägerin aber im Wege einer Gegenrüge geltend, dass die Klägerin darüber hinausgehend zur Gefahr zukünftiger Rechtsverletzungen durch den Beklagten in der Berufungsinstanz vorgetragen hat. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt folgerichtig - noch nicht gewürdigt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich aus diesem Vortrag - seine Richtigkeit unterstellt - die Gefahr zukünftiger Rechtsverletzungen des Beklagten ergibt. Dazu wird das Berufungsgericht die gesamten Geschäftsschreiben des Beklagten und die Werbeaussagen über das Produktangebot und die Fortführung der Produktion nach Insolvenzeröffnung, auf die sich die Klägerin bezogen hat, in seine Beurteilung einzubeziehen haben.

47 b) Für die erneute Verhandlung und Entscheidung über das Schadensersatzbegehren nach dem Klageantrag zu 3 - die Bezifferung des zur Insolvenztabelle angemeldeten Anspruchs unterstellt - und über den hierauf bezogenen Rechnungslegungsanspruch (Klageantrag zu 2 bis zum 12. März 2003) weist der Senat darauf hin, dass die Beurteilung des Berufungsgerichts zum Grund der Schadensersatzverpflichtung nach § 9 Satz 1 i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG rechtsfehlerhaft ist.

48 aa) Der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn es von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die seine Nachahmung als unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je größer der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen (BGH, Urt. v. 2.4.2009 - I ZR 199/06, GRUR 2009, 1073 Tz. 10 = WRP 2009, 1372 - Ausbeinmesser).

49 bb) Das Berufungsgericht hat keine ausdrücklichen Feststellungen zur wettbewerblichen Eigenart der Köpfe der Gerüstbauteile der Klägerin getroffen. Es ist jedoch erkennbar von einer wettbewerblichen Eigenart des Produktes der Klägerin ausgegangen. Das Landgericht hat eine wettbewerbliche Eigenart des Gerüstes der Klägerin bejaht. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil in Bezug genommen und insoweit ersichtlich ebenfalls eine wettbewerbliche Eigenart des Erzeugnisses der Klägerin schlüssig bejaht. Hierfür spricht auch der Umstand, dass das Berufungsgericht in dem vorausgegangenen Rechtsstreit zwischen der Klägerin und der Schuldnerin eine wettbewerbliche Eigenart des Gerüstes der Klägerin angenommen hatte (vgl. BGH, Urt. v. 8.12.1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 523 = WRP 2000, 493 - Modulgerüst I). Die Revision des Beklagten macht nicht geltend, dass sich an dieser Beurteilung etwas geändert hat und richtet in diesem Zusammenhang auch keine Rügen gegen das Berufungsurteil.

50 cc) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die in Rede stehenden Köpfe der Bauteile des Gerüstes der Schuldnerin eine Nachahmung des Gerüstes der Klägerin sind. Das Berufungsgericht hat insoweit auf

seine Feststellungen im vorausgegangenen Rechtsstreit zwischen der Klägerin und der Schuldnerin Bezug genommen. Dass diese tatrichterlichen Feststellungen im vorliegenden Verfahren nicht tragen, macht die Revision des Beklagten nicht geltend.

51 dd) Mit Erfolg wendet sich die Revision des Beklagten aber gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe die für die Nachahmung erforderlichen Unterlagen unredlich erlangt.

52 (1) Unbegründet sind allerdings die Rügen der Revision des Beklagten, die sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts richten, die Schuldnerin habe für die Konstruktion der fraglichen Gerüstköpfe die Konstruktionszeichnungen der Klägerin verwendet. Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung, dass die Konstruktionszeichnungen der Klägerin von der Schuldnerin für deren Produkte benutzt worden sind, aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. S. gewonnen. Nach diesem Gutachten hat der Sachverständige 40 Konstruktionsmerkmale einschließlich des verwendeten Werkstoffs der Kopfstücke untersucht. Bei fünf dieser Konstruktionsmerkmale ist der Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt, es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit (mindestens 5:1), dass die betreffenden Merkmale aus den fraglichen Konstruktionszeichnungen stammten. Bei fünf weiteren Konstruktionsmerkmalen hat der Sachverständige angenommen, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (zwischen 5:1 und 2:1) aus den Konstruktionszeichnungen herrührten. Er hat weiter festgestellt, dass die Maße in Grenzen frei wählbar und für eine Kompatibilität der Geräte nicht notwendig seien. Das Berufungsgericht hat daraus - sachverständig beraten - den Schluss gezogen, die Summe der Übereinstimmungen rechtfertige mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Schluss, dass der Produktion der Köpfe der Gerüstbauteile die fraglichen Konstruktionszeich-

nungen zugrunde lagen. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

53 Ohne Erfolg macht die Revision des Beklagten geltend, die frei auf dem Markt erhältlichen Bauteile hätten nach Entfernen des Zinkanstrichs mit einer 3D-Koordinatenmessmaschine abgegriffen werden können. Die entsprechende Maschine habe in der Firmengruppe der Schuldnerin zur Verfügung gestanden. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass dieser Vortrag nicht die Feststellungen des Sachverständigen erschüttert, weil der Beklagte nicht vorgetragen hat, dass die Maße tatsächlich mit der 3D-Koordinatenmessmaschine ermittelt und nicht aus den Konstruktionszeichnungen übernommen worden sind. Vergeblich rügt die Revision des Beklagten in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Hinweispflicht des Berufungsgerichts nach § 139 ZPO. Zu einem entsprechenden Hinweis hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung. Der Beklagte hatte jeweils nur auf die Möglichkeit der maschinellen Übernahme der Maße abgestellt. In ihrer Reaktion auf den Vortrag des Beklagten hat die Klägerin danach unterschieden, ob allein die bloße Möglichkeit der rechtmäßigen Beschaffung der Maße die Schuldnerin entlasten konnte und ob die Übernahme der Maße aus den Konstruktionszeichnungen aufgrund des Sachverständigengutachtens feststand. Danach hatte der Beklagte Veranlassung, nicht nur zu einer Einsatzmöglichkeit der 3D-Koordinatenmessmaschine, sondern auch zu deren Einsatz bei der Konstruktion der Gerüstköpfe vorzutragen, wenn er sich auf einen solchen Einsatz zu seiner Verteidigung berufen wollte. Eines Hinweises des Berufungsgerichts nach § 139 ZPO bedurfte es in diesem Zusammenhang nicht, weil die Hinweispflicht nicht dazu dient, Lücken im Parteivortrag auszufüllen und eine Partei zu weiterem Verteidigungsvorbringen erst zu veranlassen.

54 (2) Mit Erfolg rügt die Revision des Beklagten jedoch, die Feststellungen des Berufungsgerichts trügen nicht seine Annahme, die Schuldnerin habe die Konstruktionszeichnungen unredlich i.S. von § 4 Nr. 9 lit. c UWG erlangt.

55 Unredlich verschafft hat sich die Schuldnerin die Konstruktionszeichnungen, wenn sie bei deren Erlangung einen Straftatbestand i.S. der §§ 17, 18 UWG verwirklicht oder sich an seiner Verwirklichung beteiligt hat oder wenn die Weitergabe der Konstruktionszeichnungen einen Vertrauensbruch darstellte (vgl. BGH, Urt. v. 7.11.2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 357 = WRP 2003, 500 - Präzisionsmessgeräte; Erdmann, Festschrift für Vieregge, 1995, S. 197, 214).

56 Von diesen Maßstäben ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, Grundlage des Nachbaus der Schuldnerin seien mit einem Vertraulichkeitsvermerk versehene Konstruktionspläne der Klägerin gewesen, die diese der Gießerei W.-KG zur Verfügung gestellt habe, von der die Pläne in den Besitz der Schuldnerin gelangt seien. Diese Feststellungen halten den Angriffen der Revision des Beklagten nicht stand. Das Berufungsgericht hat unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen hat, die Schuldnerin habe keine mit einem Vertraulichkeitsvermerk versehenen Zeichnungen der Klägerin von der Gießerei W.-KG erhalten. Die Gießerei habe die maßgenauen Zeichnungen vielmehr selbst erstellt.

57 Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht mit der Begründung als unbeachtlich angesehen, die Konstruktionszeichnungen, die die Klägerin vorgelegt habe, wiesen ihr Firmenlogo und ihre Anschrift auf. Daraus folgt aber nicht, dass nicht ursprünglich die Gießerei W.-KG die Konstruktionszeichnungen erstellt und sie ohne einen Vertraulichkeitsvermerk und auch ohne Vertrauensbruch gegenüber der Klägerin an die Schuldnerin weitergeben konnte. Das Be-

rufungsgericht hätte daher den vom Beklagten angebotenen Beweis erheben müssen, bevor es dessen Vortrag als widerlegt ansah.

58 Die Revision des Beklagten rügt weiter mit Recht, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag des Beklagten auseinandergesetzt, die Schuldnerin habe auch keine Konstruktionszeichnungen von der Gießerei W.-KG erhalten, sondern nur die gießtechnischen Werte mitgeteilt bekommen. Dieser Vortrag ist durch die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht widerlegt. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass dieser Vortrag in Anbetracht der gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. S. ausgeschlossen ist. Danach hätte es den angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen.

59 IV. Revision der Klägerin

60 Das Berufungsgericht hat den auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten gerichteten Klageantrag zu 4 und den hierauf bezogenen Rechnungslegungsanspruch nach dem Klageantrag zu 2 (Zeitraum nach dem 12. März 2003) als unbegründet erachtet. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

61 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe für den Zeitraum von der Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots gegenüber der Schuldnerin am 12. März 2003 bis zum 31. Dezember 2003 kein Schadensersatzanspruch nach § 9 Satz 1 UWG gegen den Beklagten zu. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Beklagte unter Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG selbst Teile des Gerüstes "a. -f. " vertrieben habe. Die Klägerin habe sich wegen Vertriebshandlungen des Beklagten nur auf ein Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 16. Juni 2004 bezogen. Aus diesem er-

gebe sich nicht, dass der Beklagte unlauter nachgeahmte Teile des Gerüstes "a. -f. " vertrieben habe.

62 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Revision der Klägerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass diese sich für Vertriebshandlungen des Beklagten nicht nur auf das Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 16. Juni 2004 bezogen, sondern in Schriftsätzen vom 31. Mai und 20. September 2005 vorgetragen hat, der Beklagte habe Gerüstteile des Modells "a. -f. " veräußert. Der Beklagte hat jedoch bestritten, selbst Gerüstteile mit den beanstandeten Köpfen vertrieben zu haben, und geltend gemacht, das Gerüstmaterial sei von Gläubigerbanken verwertet worden.

63 Aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen ergibt sich nicht, dass der Beklagte die in Rede stehenden Gerüstteile des Modells "a. -f. " ver trieben hat. Dies lässt sich insbesondere dem Veräußerungsvertrag vom 9. Januar 2004 nicht entnehmen, auf den sich die Klägerin zum Beweis ihres Vortrags bezogen hat. Noch weniger ergibt sich aus diesem Vertrag, dass er Gerüstteile zum Gegenstand hatte, die die hier fraglichen Köpfe aufwiesen, oder dass der Beklagte in der Zeit zwischen dem 12. März 2003 und dem Abschluss des Veräußerungsvertrags entsprechende Gerüstteile an Dritte veräußert hat. Auch den weiteren Anlagen, auf die sich die Revision der Klägerin für ihre gegenteilige Ansicht beruft, lässt sich für einen entsprechenden Vertrieb von Seiten des Beklagten nichts entnehmen. Das von dem Beklagten mitunterzeichnete Schreiben der Schuldnerin vom 13. Januar 2003 ist vor dem hier maßgeblichen Zeitraum verfasst worden. Aus ihm ergibt sich auch nur allgemein, dass Produktion und Vertrieb der Schuldnerin fortgesetzt werden sollen. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte in dem hier in Rede stehenden Zeitraum die beanstandeten Gerüstteile vertrieben hat, finden sich in dem Schreiben nicht.

Gleiches gilt für die weiteren Anlagen, die die Klägerin zum Nachweis von Vertriebshandlungen des Beklagten vorgelegt hat und auf die die Revision der Klägerin abhebt.

64 2. Das Berufungsgericht hat eine Schadensersatzpflicht des Beklagten für die Zeit nach dem 1. Januar 2004 aufgrund von Vertriebshandlungen der A. GmbH nach § 9 Satz 1 UWG i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c UWG verneint. Es hat angenommen, deren geschäftliche Aktivitäten beruhten nicht auf einer Initiative des Beklagten und dieser habe die Konstruktionspläne für die Herstellung der Gerüstköpfe der A. GmbH auch nicht bewusst überlassen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

65 Eine Haftung des Beklagten als Mittäter oder Teilnehmer an einer möglichen Rechtsverletzung der A. GmbH, die vorliegend allein in Betracht kommt, scheidet aus. Mittäterschaft setzt eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus. Als Teilnehmer an einer rechtswidrigen Verhaltensweise eines anderen haftet nur, wer diese Verhaltensweise zumindest mit bedingtem Vorsatz gefördert oder dazu angestiftet hat. Zum Teilnehmervorsatz gehört dabei neben der Kenntnis der objektiven Tatumstände auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat (vgl. BGHZ 180, 134 Tz. 14 - Halzband). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

66 Aus dem von der Revision der Klägerin als übergangen gerügten Vortrag ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte im Hinblick auf mögliche Rechtsverletzungen der Erwerberin des Betriebsvermögens der Schuldnerin, der A. GmbH, mit dem für einen Mittäter oder Teilnehmer erforderlichen Vorsatz gehandelt hat. Der Veräußerungsvertrag vom 9. Januar

2004 (§ 6 Nr. 2) und das Schreiben des Bevollmächtigten der A. GmbH vom 4. März 2004, auf die die Revision der Klägerin abstellt, weisen vielmehr aus, dass der Beklagte die Erwerberin über den schwebenden Rechtsstreit im Einzelnen informiert hat. Dann lässt sich aber nicht annehmen, dass der Beklagte eine rechtswidrige Verhaltensweise der Erwerberin vorsätzlich fördern wollte.

67 3. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den Rechnungslegungsanspruch für die Zeit nach dem 12. März 2003 verneint, weil der mit dem Klageantrag zu 4 verfolgte Schadensersatzanspruch nicht gegeben ist.

Bornkamm Büscher Schaffert

Bergmann Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 22.03.2002 - 91 O 78/99 -
OLG Köln, Entscheidung vom 31.08.2007 - 6 U 80/02 -