BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 136/10

Verkündet am:
23. Februar 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

MOVICOL-Zulassungsantrag

UWG § 17 Abs. 2

a) Eine Wegnahme im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c UWG liegt nicht vor, wenn der Täter bereits Alleingewahrsam an der Verkörperung hat.

b) Sichern im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b UWG erfordert, dass eine schon vorhandene Kenntnis genauer oder bleibend verfestigt wird; es reicht nicht aus, dass ein Mitarbeiter beim Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis die Kopie eines Betriebsgeheimnisse des bisherigen Dienstherrn enthaltenden Dokuments mitnimmt, die er im Rahmen des Dienstverhältnisses befugt angefertigt oder erhalten hatte. Dagegen kommt ein unbefugtes Sichverschaffen im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG in Betracht, wenn der ausgeschiedene Mitarbeiter den mitgenommenen Unterlagen ein Betriebsgeheimnis entnimmt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 28/06, GRUR 2009, 603 = WRP 2009, 613 - Versicherungsuntervertreter).

BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 - I ZR 136/10 - OLG Celle
LG Hildesheim

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Kirchhoff, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Juli 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die deutsche Vertriebsniederlassung der N. -Gruppe, die sich mit Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Medikamenten beschäftigt. Seit 1976 vertreibt sie das Abführmittel MOVICOL, das als wesentlichen Wirkstoff Macrogol enthält und am 18. Dezember 1995 in Großbritannien zugelassen wurde. Mit dem Zulassungsverfahren war der seit dem 1. Oktober 1995 als wissenschaftlicher Leiter bei der Klägerin angestellte Beklagte zu 1 befasst. Nachdem er das Beschäftigungsverhältnis zum 1. Oktober 1997 durch ordentliche Kündigung beendet hatte, wurde der Beklagte zu 1 1999 Geschäftsführer und Gesellschafter der Beklagten zu 2. Diese berät Unternehmen unter anderem bei der Zulassung und Registrierung von Arzneimitteln.

2 Im August 2007 ließ die Dr. K. GmbH in einem Rechtsstreit mit der Klägerin vortragen, dass ihr der Clinical Expert Report aus dem MOVICOL-Zulassungsantrag vorliege.

3 Im November 2007 wurde einer Schwestergesellschaft der Klägerin bekannt, dass die Beklagte zu 2 auf Initiative des Beklagten zu 1 mit der Kl. GmbH zusammenarbeitete, um ein macrogolhaltiges Abführmittel auf den Markt zu bringen. Im Rahmen eines Rechtsstreits mit der Kl. GmbH ist der Klägerin mehrmals Einsicht in den bei der Zulassungsbehörde eingereichten Zulassungsantrag der Kl. GmbH gewährt worden.

4 Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte zu 1 habe sich unbefugt ihren Arzneimittel-Zulassungsantrag für das Abführmittel MOVICOL gesichert und ihn der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellt, die ihn dann unter Verletzung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Klägerin verwertet habe.

5 Die auf Unterlassung, Herausgabe, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichtete Klage ist vor dem Landgericht ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten verboten,

> den Arzneimittel-Zulassungsantrag der Klägerin betreffend das Abführmittel MOVICOL mit den Wirkstoffen Macrogol (Polyethylenglykol) 3350, Natriumchlorid, Natriumhydrogencarbonat und Kaliumchlorid, insbesondere mit den Unterlagen gemäß den Anlagen L 6, L 30/2, L 30/5 und L 30/8, ganz oder teilweise zu verwerten und/oder an andere weiterzugeben.

6 Außerdem hat es die Beklagten zur Herausgabe sämtlicher bei ihnen noch vorhandener Kopien des MOVICOL-Zulassungsantrags sowie zur Auskunft über die Verwertung und Weitergabe des Zulassungsantrags verurteilt und die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz festgestellt.

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

7 Soweit die Klägerin mit dem Klageantrag 1 c auch Auskunft darüber verlangt hat, wem die Beklagten die Verwertung/Weitergabe des MOVICOL-Antrages angeboten haben, hat das Berufungsgericht ihre Berufung zurückgewiesen.

8 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin erstrebt im Wege der Anschlussrevision weiterhin die Verurteilung der Beklagten auch nach dem Klageantrag 1 c, soweit dieser Antrag bezüglich des Anbietens vom Berufungsgericht für unbegründet erachtet worden ist. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat einen Verstoß der Beklagten gegen §§ 3, 4 Nr. 11 in Verbindung mit § 17 UWG angenommen und dazu ausgeführt:

10 Der MOVICOL-Arzneimittel-Zulassungsantrag der Klägerin stelle sowohl in seinen nicht veröffentlichten Teilen als auch in seiner Gesamtheit ein Betriebsgeheimnis dar. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Senats fest, dass sich der Beklagte zu 1 den Zulassungsantrag unbefugt gesichert, ihn der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellt und diese ihn im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Kl. GmbH zumindest in Teilen unbefugt verwertet habe.

11 Die Klageanträge hat das Berufungsgericht weitgehend als begründet erachtet. Dagegen fehle für die begehrte Auskunft darüber, wem die Beklagten die Verwertung und Weitergabe des MOVICOL-Antrags angeboten hätten, das Rechtsschutzbedürfnis.

12 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt - soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat - zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann weder ein Verstoß des Beklagten zu 1 gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 noch ein Verstoß der Beklagten zu 2 gegen § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG angenommen werden.

13 1. Die rechtliche Bewertung des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 1 habe sich den MOVICOL-Zulassungsantrag der Klägerin durch Herstellung einer verkörperten Wiedergabe unbefugt gesichert (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b UWG), wird von seinen Feststellungen nicht getragen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, durch welche konkrete Handlung das unbefugte Sichern erfolgt sein soll.

14 Sichern im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b UWG erfordert, dass eine schon vorhandene Kenntnis genauer oder bleibend verfestigt wird (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 17 Rn. 31; MünchKomm.UWG/ Brammsen, § 17 Rn. 73; Fezer/Rengier, UWG, 2. Aufl., § 17 Rn. 54). Ein Sichern liegt deshalb nicht vor, wenn ein Mitarbeiter beim Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis die Kopie eines Betriebsgeheimnisse des bisherigen Dienstherrn enthaltenden Dokuments mitnimmt, die er im Rahmen des Dienstverhältnisses befugt angefertigt oder erhalten hat. Ebenso wenig stellt ein solcher Vorgang eine Wegnahme im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c UWG dar. Eine Wegnahme gemäß dieser Norm liegt nicht vor, wenn der Täter bereits Alleingewahrsam an der Verkörperung hat (BayObLG, WRP 1992, 174, 175 f.; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 17 Rn. 35).

15 Der Beklagte zu 1 war bei der Klägerin dienstlich mit dem MOVICOL-Zulassungsverfahren befasst und hatte bei dieser Tätigkeit Zugang zu dem Zu-

lassungsantrag. Es liegt nicht fern, dass er in diesem Zusammenhang für dienstliche Zwecke und damit befugt eine Kopie des Zulassungsantrags erhalten oder angefertigt hat, die er dann bei Beendigung seines Dienstverhältnisses bei der Klägerin mitgenommen hat. Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

16 2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen auch nicht aus, um einen Verstoß des Beklagten zu 1 oder der Beklagten zu 2 gegen § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG anzunehmen.

17 a) Liegen einem ausgeschiedenen Mitarbeiter schriftliche Unterlagen vor, die er während der Beschäftigungszeit befugt angefertigt hat, und entnimmt er ihnen ein Betriebsgeheimnis seines früheren Dienstherrn, verschafft er sich damit dieses Betriebsgeheimnis „sonst unbefugt“ im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG (BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 28/06, GRUR 2009, 603 Rn. 15 = WRP 2009, 613 - Versicherungsuntervertreter, mwN). Stellt er dieses Betriebsgeheimnis einem Dritten, etwa seinem neuen Dienstherrn, zur Verfügung, verschafft sich auch dieser das Geheimnis unbefugt.

18 b) Den Feststellungen des Berufungsgerichts kann indessen nicht entnommen werden, dass sich der Beklagte zu 1 ein Betriebsgeheimnis der Klägerin in diesem Sinne verschafft und an die Beklagte zu 2 weitergegeben hat.

19 aa) Das Berufungsgericht hat sich aufgrund der erhobenen Beweise nicht in der Lage gesehen festzustellen, dass die Beklagten der Dr. K. GmbH den Clinical Export Report von A. U. übergeben haben, der als nicht veröffentlichtes Dokument ein Betriebsgeheimnis darstellt.

20 bb) Als bewiesen hat es das Berufungsgericht dagegen angesehen, dass die als Anlagen L 30/3, L 30/6 und L 30/9 vorgelegten Unterlagen aus dem Zu-

lassungsantrag der Kl. GmbH für ein macrogolhaltiges Abführmittel aus dem MOVICOL-Zulassungsantrag der Klägerin stammen. Das wird von der Revision nicht angegriffen. Bei diesen Unterlagen handelt es sich aber sämtlich um wissenschaftliche Fachveröffentlichungen und nicht um Betriebsgeheimnisse. Die Anlage L 30/3 stammt aus der im März 1988 erschienenen Ausgabe einer als „AJDC" abgekürzten wissenschaftlichen Fachzeitschrift. Die Anlage L 30/6 gibt einen Ausschnitt eines Beitrags von V.K. Rowe und M.A. Wolf aus „Patty's Industrial Hygiene & Toxicology", 3. Auflage, Seiten 3844, 3850 und 3852 wieder. Die Anlage L 30/9 ist ein Aufsatz von Davis u.a., abgedruckt in der Zeitschrift „Gastroenterology", 79. Jahrgang, Heft 1. Solche Veröffentlichungen in Fachzeitschriften und Fachbüchern sind regelmäßig ohne großen Aufwand allgemein zugänglich und deshalb offenkundig (Fezer/Rengier aaO § 17 Rn. 13; Harte-Bavendamm in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 17 Rn. 4; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 17 Rn. 9).

21 Anders als das Berufungsgericht meint, ist auch die Auswahl und Zusammenstellung veröffentlichter Studien und Informationen zu einem bestimmten Zweck nicht schon deshalb ohne weiteres als Betriebsgeheimnis für den Betriebsinhaber schützenswert, weil sie auf einer nicht „auf dem freien Markt" erhältlichen wissenschaftlichen Leistung beruht. Es kommt nicht darauf an, ob die in einer bestimmten Dokumentation enthaltene Zusammenstellung in dieser Form „als Paket" erworben werden kann. Für die Qualität als Betriebsgeheimnis ist vielmehr entscheidend, ob die Zusammenstellung der veröffentlichten Unterlagen einen großen Zeit- oder Kostenaufwand erfordert (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 - I ZR 71/05, GRUR 2008, 727 Rn. 19 = WRP 2008, 1085 - Schweißmodulgenerator; GRUR 2009, 603 Rn. 13 - Versicherungsuntervertreter, mwN).

22 Bei der Prüfung, ob ein Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG vorliegt, ist der Zeitpunkt der Tathandlung, also der unbefugten Verwertung oder Mitteilung, maßgeblich. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kommt als einzige mögliche Tathandlung im Streitfall die Zusammenarbeit der Beklagten mit der Kl. GmbH bei der Zulassung eines macrogolhaltigen Abführmittels in Betracht.

23 Wann genau Unterlagen aus dem MOVICOL-Zulassungsantrag im Rahmen des Zulassungsverfahrens der Kl. GmbH verwendet oder zu diesem Zweck vom Beklagten zu 1 der Beklagten zu 2 mitgeteilt wurden, ist nicht festgestellt. Jedenfalls hatte im November 2007 eine Schwestergesellschaft der Klägerin Kenntnis von der Zusammenarbeit zwischen der Beklagten zu 2 und der Kl. GmbH erhalten. Die Klägerin und die Beklagten haben übereinstimmend vorgetragen, dass der Zulassungsantrag der Kl. GmbH im Jahr 2006 eingereicht worden ist.

24 Für die Frage, ob die Zusammenstellung der veröffentlichten Unterlagen aus dem MOVICOL-Zulassungsantrag, die im Zulassungsverfahren der Kl. GmbH verwendet wurden, einen großen Zeit- oder Kostenaufwand erforderte, kommt es daher - vorbehaltlich etwa schon vorher erbrachter Vorarbeiten - grundsätzlich auf die Recherchemöglichkeiten im Jahr 2006 an. Die in diesem Zusammenhang erforderlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es ist nicht auszuschließen, dass die weitverbreitete Zugänglichkeit von in- und ausländischen Fachpublikationen im Internet schon zum danach erheblichen Beurteilungszeitpunkt ein einfaches Auffinden der veröffentlichten Publikationen aus dem Antrag der Kl. GmbH ermöglichte, die der MOVICOL-Zulassung entnommen waren.

25 3. Soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat, erweist sich seine Entscheidung auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend. Das Berufungsurteil ist daher in diesem Umfang aufzuheben. Die getroffenen Feststellungen erlauben auch keine abschließende Sachentscheidung durch den Senat. Die Sache ist daher insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

26 III. Die Anschlussrevision erweist sich ebenfalls als begründet. Das Berufungsgericht hätte den Auskunftsantrag der Klägerin hinsichtlich des Anbietens nicht mit der Begründung zurückweisen dürfen, dass dafür kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

27 Fällt den Beklagten ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG zur Last, hat die Klägerin unter dem Aspekt der Folgenbeseitigung (§ 249 Abs. 1 BGB) grundsätzlich ein schützenswertes Interesse daran zu erfahren, wem die Beklagten Betriebsgeheimnisse aus dem MOVICOL-Antrag der Klägerin angeboten haben. Sie wird dadurch in die Lage versetzt, diesen Dritten gegenüber gegebenenfalls richtigzustellen, dass die Beklagten dazu nicht berechtigt waren. Es besteht ferner die realistische Möglichkeit, dass Dritte durch das Angebot des MOVICOL-Antrags seitens der Beklagten davon abgehalten wurden, um eine Lizenz für Movicol bei der Klägerin nachzusuchen. Als Anspruchsgrundlage für die Klägerin kommt in diesem Zusammenhang auch § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 681, 666 BGB in Betracht.

28 Das Berufungsurteil ist daher auch insoweit aufzuheben, als die Klage abgewiesen worden ist. Auch in diesem Umfang ist die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

29 IV. Für die neue Verhandlung gibt der Senat dem Berufungsgericht folgende Hinweise:

30 1. Die Vorschrift des § 24d AMG räumt sowohl in ihrer heutigen Fassung als auch nach dem Stand bei Einreichung des Zulassungsantrags der Kl. GmbH allein der Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem Arzneimittelgesetz die Befugnis ein, Teile der Zulassungsunterlagen amtsintern zu verwerten. Daraus folgt indessen nicht die Offenkundigkeit dieser Unterlagen. Einem Akteneinsichtsrecht Dritter steht insoweit grundsätzlich § 29 Abs. 2 VwVfG entgegen.

31 2. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass es nicht zu einer den Geheimnischarakter ausschließenden allgemeinen Bekanntheit führt, wenn die Zulassungsunterlagen einem begrenzten - wenn auch unter Umständen größeren - Personenkreis zugänglich waren, etwa den aufgrund des Arbeitsvertrags zur Verschwiegenheit verpflichteten Betriebsangehörigen oder auch bestimmten Kunden und Lieferanten. Nichts anderes gilt, soweit die Unterlagen den mit der Vorbereitung und Prüfung des Zulassungsantrags dienstlich befassten Personen bekannt geworden sind.

32 3. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht gegebenenfalls auch dem unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin nachzugehen haben, die Beklagten hätten noch weitere, Betriebsgeheimnisse enthaltende Teile des MOVICOL-Zulassungsantrags unbefugt verwertet.

Bornkamm Pokrant Kirchhoff

Koch Löffler

Vorinstanzen:
LG Hildesheim, Entscheidung vom 03.06.2009 - 11 O 27/08 -
OLG Celle, Entscheidung vom 15.07.2010 - 13 U 107/09 -