

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

#### Hauptgesichtspunkte des Entwurfes:

Mit der geplanten Gesetzesnovelle zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG), BGBl. Nr. 448/1984, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 99/2016, wird die Richtlinie 2016/943/EU über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung [im Folgenden Richtlinie 2016/943/EU] in innerstaatliches Recht umgesetzt.

Unternehmen und nicht kommerzielle Forschungseinrichtungen investieren in den Erwerb, die Entwicklung und die Anwendung von Know-how und Informationen, welche einen Wettbewerbsvorteil schaffen. Diese Investition in die Schaffung und Anwendung intellektuellen Kapitals ist ein bestimmender Faktor für die Wettbewerbsfähigkeit und den Markterfolg der Unternehmen. Unternehmen wenden einerseits die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums in Form von Patenten, Geschmacksmusterrechten oder Urheberrechten an. Ein weiteres Mittel ist der Schutz des Zugangs zu Wissen und die Verwertung von Wissen, das für das betreffende Unternehmen von Wert und nicht allgemein bekannt ist. Solch wertvolles Know-how wird als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

Verstöße iZm Geschäftsgeheimnissen durch einen Dritten könnten schwerwiegende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses haben, da dieser nach der Offenlegung den Zustand vor dem Verlust des Geschäftsgeheimnisses nicht mehr wiederherstellen kann. Die Richtlinie 2016/943/EU zielt auf eine effektivere Abschreckung gegen und Bekämpfung von Industriespionage und von Geheimnisverrat ab. Rasche und wirksame Maßnahmen zur unverzüglichen Beendigung eines rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses und Abgeltungsmaßnahmen werden vorgesehen.

Unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sollten die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen dazu dienen, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses wirksam abschrecken. Die zuständigen Gerichte sind gefordert, Faktoren wie dem Wert eines Geschäftsgeheimnisses, der Schwere des Verhaltens, das zum rechtswidrigen Erwerb oder zur rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung geführt hat, sowie den Auswirkungen dieses Verhaltens Rechnung zu tragen. Zuständige Richter haben im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter gegeneinander abzuwägen [vgl. ErwG 21 zur Richtlinie 2016/943/EU].

Problematisch ist insbesondere, dass die wenigen Privatanklageverfahren nach §§ 11 iVm 13 UWG häufig durch vergleichsweise Erledigungen abgeschlossen wurden. Vielfach wurde von betroffenen Inhabern von Geschäftsgeheimnissen auf eine Prozessführung verzichtet, da für diese die Gefahr zu groß erschien, dass der Antragsgegner im Rahmen etwa der Akteneinsicht letztlich das gesamte Geschäftsgeheimnis im Detail in Erfahrung bringen konnte. Hier stellt die Umsetzung einer Einschränkung des Zugangs zu von den Parteien oder Dritten vorgelegten Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse enthalten (Art. 9 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2016/943/EU), eine besondere Herausforderung dar.

Ziel dieser Gesetzesnovelle ist es, solche Maßnahmen und Verfahren gegen Verstöße zur Verfügung zu stellen, die fair und gerecht, nicht unnötig kompliziert und wirksam sowie abschreckend sind.

#### Finanzielle Auswirkungen:

- Keine.

#### Kompetenzgrundlage:

- Die Zuständigkeit des Bundes zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 (Zivilrechtswesen“) und Z 8 B-VG („Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“; „Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes“).

#### Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

- Keine.

## Besonderer Teil

### Zu Art. 1 Z 1 (Änderung des UWG):

#### Zu Z 1 (§ 13):

Die zivilrechtlichen Folgen einer Geheimnisschutzverletzung sollen nun im 3. Unterabschnitt des 1. Abschnitts geregelt werden. In § 13 ist daher der Verweis auf § 11 und 12 zu streichen.

#### Zu Z 2 (§ 25 Abs. 3):

Art. 15 der Richtlinie sieht einen Anspruch des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses auf Veröffentlichung des Urteils gegen den Verletzer dieses Geheimnisses vor. Einen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung in den Fällen einer mit einem auf das UWG gegründeten Unterlassungsanspruch erfolgreichen Partei sieht schon derzeit § 25 Abs. 3 vor; von diesem sind jedoch derzeit die Fälle der Geheimnisverletzung nach den §§ 11 Abs. 2 und 12 ausgenommen. Da sich der Unterlassungsanspruch in Zukunft nicht auf §§ 11 und 12 stützt, sondern auf § 26c, ist der bisherige Verweis obsolet. Die Urteilsveröffentlichung entsprechend der Richtlinie ist im Entwurf in § 26h Abs. 6 und 7 geregelt.

#### Zu Z 3 (§ 26a):

Diese Bestimmung gibt zusammengefasst die Inhalte des neuen Unterabschnitts wieder.

#### Zu § 26b:

§ 26b übernimmt die Begriffsbestimmungen aus Art. 2 der Richtlinie. Die Definition orientiert sich auch an der deutschen Übersetzung von Art. 39 TRIPS-Abkommen („zu tun haben“ statt „umgehen“, „von wirtschaftlichem Wert“ statt „von kommerziellem Wert“).

#### Zu Abs. 1:

Geschäftsgeheimnisse iSd § 26b Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2016/943/EU erfassen zB Know-how, Geschäftsinformationen sowie technologische und kaufmännische Informationen, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird [vgl. hierzu auch ErWG 14 Richtlinie 2016/943/EU]. Hierbei handelt es sich um keine abschließende Aufzählung. Weitere Beispiele sind etwa Kundenlisten (OGH 4Ob394/86; 8ObA311/01w, 4 Ob 78/17z), Musterkollektionen, Lieferangebote, Einkaufskonditionen, nicht allgemein bekannte Rezepturen etc. Hingegen belanglose Informationen und die Erfahrungen und Qualifikationen, die Beschäftigte im Zuge der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten erwerben, sowie Informationen, die den Personenkreisen, die üblicherweise mit derartigen Informationen umgehen, generell bekannt sind bzw. für sie leicht zugänglich sind, sind von dieser Definition jedenfalls ausgenommen.

Definitionsgemäß sind Geschäftsgeheimnisse solche, die nicht ohne weiteres zugänglich sind. Inwieweit aktive Vorkehrungen erforderlich sind, oder ob sich die Geheimhaltungsmaßnahmen passiv aus den jeweiligen Umständen ergeben, ist im Einzelfall zu entscheiden. Die Angemessenheit wird von der Art des Geschäftsgeheimnisses und der Branche und Größe des Unternehmens abhängig sein. Beispiele für Maßnahmen: Weitergabe der Geschäftsgeheimnisse nur an ausgewählte vertrauenswürdige Personen; Erstellung einer Liste der Geschäftsgeheimnisse; Unternehmenspolitik betr. Geschäftsgeheimnisse und ihre nachvollziehbare Dokumentation; IT-Sicherheitsmaßnahmen; Mitarbeitergespräche; geübte Praxis, dass zB bestimmte Arbeitsschritte nur von bestimmten Personen durchgeführt werden.

Zum Beispiel wird für KMU, die keine Rechtsexperten im Unternehmen haben, ein geringerer Standard an Maßnahmen erforderlich sein (vgl. „reasonable steps under the circumstances“).

Vgl. zu den Geheimhaltungsmaßnahmen etwa die Judikatur des OGH vom 25.10.2016, 4Ob165/16t *Ticketsysteme* [Das Erreichen des mit der Richtlinie 2016/943/EU verfolgten Zieles darf nicht ernsthaft gefährdet werden (C-212/04, *Adeneler*, Rz 123)], wonach der Geheimhaltungswille iSd Art. 2 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2016/943/EU vom Unternehmer nicht ausdrücklich erklärt werden muss, sondern sich auch nur aus den Umständen ergeben kann. Es genügt, dass für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer dieser Wille des Unternehmers klar sein musste (4 Ob 394/86, *Tenniskartei*, ÖB1 1988, 13; RIS-Justiz RS0079599 [T1]; zuletzt etwa 4 Ob 55/14p, *Betriebsgeheimnisse*). Das ist zB der Fall, wenn ein Geschäftsgeheimnis regulär nur durch das Einloggen in eine durch Passwort geschützte Datenbank eingesehen werden kann, auch wenn Sicherheitslücken nicht ausgeschlossen werden können (4Ob165/16t). Diese Auffassung ist auch durch die Richtlinie gedeckt.

Zu Abs. 2: Damit wird die Definition des „Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses“ von der Richtlinie übernommen. Es kommt auf die Verfügungsgewalt (engl. „controlling“) an. Diese kann etwa in Lizenzverträgen näher geregelt werden und übertragen werden.

Zu Abs. 3 und 4.: Damit wird die Definition für Rechtsverletzer und rechtsverletzende Produkte aus der Richtlinie übernommen.

**Zu § 26c:****Zu Abs. 1:**

Art. 12 der Richtlinie 2016/943/EU regelt – wenngleich mit anderer Terminologie – Ansprüche auf Unterlassung („gerichtliche Anordnungen“) bzw. Beseitigung („Abhilfemaßnahmen“) aus einer Verletzung des Geheimnisschutzes; Art. 14 der Richtlinie harmonisiert den Schadenersatz. Der Entwurf schlägt vor, die bewährte österreichische Terminologie beizubehalten und in einer „einleitenden Bestimmung“ festzuhalten, dass die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen durch rechtswidrigen Erwerb, rechtswidrige Nutzung und (rechtswidrige) Offenlegung zu den Ansprüchen auf Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz führen, und in nachfolgenden Bestimmungen diese Ansprüche anhand der Richtlinienvorgaben zu konkretisieren.

Der Umfang der Schadenersatzpflicht richtet sich nach § 16 UWG. Darüber hinaus sind die durch den Rechtsverletzer unlauter erzielten Gewinne (Verletzergewinne) zu ersetzen. Der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses kann die Bereicherung, die der Rechtsverletzer durch den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die rechtswidrige Offenlegung erzielt hat, verlangen.

Hinsichtlich Haftung ist § 17 UWG anzuwenden. Die Verjährung richtet sich nach den in § 20 UWG festgelegten Verjährungsvorschriften.

Bei der Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes können nach der Richtlinie darüber hinaus gegebenenfalls allfällige wirtschaftliche Faktoren wie der (immaterielle) Schaden, der dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses entstanden ist, berücksichtigt werden.

Mit Abs. 1 wird auch Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie umgesetzt, der als Schutzberechtigten den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses bestimmt. Aktivlegitimiert ist somit der in § 26b Abs. 2 definierte Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses. In Anlehnung an die Judikatur (RIS-Justiz RS0113315) zu § 51 MSchG ist der Lizenznehmer dann klagebefugt, wenn ihm im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen worden ist.

Davon ausgehend, dass dem Gericht in jedem Einzelfall Maßnahmen mit unterschiedlicher Tragweite offenstehen, widmet die Richtlinie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonderes Augenmerk. Sie spricht diesen nicht nur allgemein in Art. 7 an, sondern regelt diesen in Art. 13 Abs. 1, für die einstweiligen Verfügungen in Art. 11 Abs. 2 und – mit etwas anderer Formulierung – für den Anspruch auf Entscheidungsveröffentlichung in Art. 15.

Eingriffe in das durch das Recht auf Eigentum grundrechtlich geschützte Interesse am Schutz des Geschäftsgeheimnisses sind nur sehr eingeschränkt zulässig. Ist ein Eingriff absolut notwendig, sind für diese Interessenabwägung gegebenenfalls die Kriterien des Wertes und Eigenart des Geheimnisses, der vom Inhaber angewandten Schutzmaßnahmen, der Vorwerfbarkeit des Verhaltens beim Erwerb, der Nutzung oder Offenlegung sowie der Folgen dieses Verhaltens heran zu ziehen. Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie nicht nur die Geheimnissphäre eines potenziellen Verletzers, sondern auch jene des Verletzten schützt, um diesem seine effektive Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen (vgl. *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016, 404 (405)).

**Zu Abs. 2:**

§ 16 UWG sieht schon derzeit für den Fall einer schuldhaften Rechtsverletzung (wie Art. 14 der Richtlinie) den Ersatz des positiven Schadens und des entgangenen Gewinns sowie den Ersatz von immateriellen Schäden vor. Umzusetzen ist aber die in Art. 14 Abs. 2 2. Unterabs. vorgesehene alternative Möglichkeit eines sich an der Höhe der Lizenzgebühren orientierenden pauschalisierten Schadenersatzes.

**Zu Abs. 3:**

Der Entwurf fasst die in Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie geregelten Fälle, die die in § 26c Abs. 1 vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen, in § 26d zusammen. Die Richtlinie sieht jedoch für den Fall des Erwerbs von einer Person, die das Geheimnis ihrerseits rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat, abgestufte Rechtsfolgen vor.

Anders als es der Wortlaut des Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie über die Rechtswidrigkeit des Erwerbs, der Nutzung und Offenlegung im Fall des Erwerbs von einer Person, die das Geheimnis ihrerseits rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat, auf den ersten Blick glauben lassen könnte, ist dieser Fall keinesfalls nur darauf beschränkt, dass das Wissen bzw. Wissen-Müssen über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Vormanns nur im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsgeheimnisses von Bedeutung ist. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie spricht ausdrücklich den Fall an, dass eine Person ein Geschäftsgeheimnis ursprünglich in gutem Glauben erworben, aber erst zu einem späteren Zeitpunkt —

zum Beispiel aufgrund einer entsprechenden Mitteilung des ursprünglichen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses — erfahren hat, dass ihre Kenntnis des betreffenden Geschäftsgeheimnisses auf Quellen zurückgeht, die dieses Geschäftsgeheimnis auf unrechtmäßige Weise genutzt oder offengelegt haben. Rechtswidrig handelt daher nicht nur, wer im Zeitpunkt des Erwerbs von der unrechtmäßigen Quelle gewusst hat oder davon wissen musste, sondern auch jeder, der dies im Zeitpunkt der Nutzung oder Offenlegung weiß oder wissen muss.

Für die Fälle der nachträglichen Schlechtgläubigkeit verpflichtet Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie die Mitgliedstaaten, die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung auf Antrag durch einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung zu ersetzen, wenn die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung zu einem unverhältnismäßig großen Schaden für den Rechtsverletzer führen. Dieser Entschädigungsanspruch ist auf die Höhe der Lizenzgebühren beschränkt, die zu zahlen gewesen wären, „wenn die betreffende Person um die Genehmigung ersucht hätte, das in Frage stehende Geschäftsgeheimnis für den Zeitraum zu nutzen, für den die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses hätte untersagt werden können.“ Der Entwurf geht davon aus, dass damit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Entschädigung nicht rückwirkend für die Zeit verlangt werden darf, in der die Nutzung noch rechtmäßig erfolgte.

#### **Zu § 26d:**

§ 26d fasst die in Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie geregelten Fälle des rechtswidrigen Erwerbs, der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung zusammen, wobei jedoch das Element der Zustimmung als Thema der rechtmäßigen Nutzung in § 26e Abs. 1 aufgenommen wird.

Zu Abs. 3 gelten die Ausführungen zu § 26c Abs. 3 gleichermaßen.

#### **Zu § 26e:**

##### **Zu Abs. 1:**

Während die Richtlinie die fehlende Zustimmung als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit in Art. 4 Abs. 2 und 3 normiert, schlägt der Entwurf vor, dieses Element positiv als Fall der rechtmäßigen Nutzung umzusetzen.

Abs. 2 übernimmt die Fälle des rechtmäßigen Erwerbs eines Geschäftsgeheimnisses nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2016/943/EU.

Abs. 3 fasst die Fälle zusammen, in denen nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 der Richtlinie der Erwerb, die Nutzung und die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses rechtmäßig sind.

Abs. 3 Z 2 lit. b setzt Art. 5 lit. b der Richtlinie um. Dieser Tatbestand ist dahingehend eingeschränkt heranzuziehen, dass hier nur die Aufdeckung eines rechtswidrigen Fehlverhaltens des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses im Zusammenhang mit einem Geschäftsgeheimnis zu verstehen ist, welches „von unmittelbarer Relevanz“ [vgl. ErwG 20 zur Richtlinie 2016/943/EU] ist.

Im Sinne des Legalitätsprinzips kann sich Fehlverhalten nur auf eine rechtswidrige Handlung beziehen und es würde zu weit gehen, ein beliebiges Fehlverhalten, das sich nicht auf eine gesetzliche Norm stützt und individuell völlig unterschiedlich beurteilt wird (zB Kleidung, private Eigenschaften), bereits zu einer Legitimierung des Erwerbs, der Nutzung oder Offenlegung eines GG durch Dritte gem. Abs. 3 Z 2 lit. b führen könnte.

Abs. 3 Z 2 lit. c setzt Art. 5 lit. c der Richtlinie um. Abs. 3 Z 2 lit. d setzt Art. 5 lit. d der Richtlinie um. Der Begriff des „legitimen Interesse“ ist im engen Sinne zu verstehen. Beispiele hierfür wären eine Offenlegung im Strafverfahren, wenn die Bekanntgabe vor Gericht für die Rechtsverteidigung im Sinne eines fairen Verfahrens des Beschuldigten notwendig ist. Ein weiteres Beispiel wäre die Vorlage von Beweismitteln durch Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Rahmen der Kündigungsanfechtung, wenn diese Informationen über das Geschäftsgeheimnis enthalten.

Art. 5 der Richtlinie 2016/943/EU verwendet zwar eine verfahrensrechtliche Terminologie, indem er zur „Ablehnung“ eines „Antrags“ verpflichtet; nach österreichischem Verständnis muss diese Bestimmung aber auf eine Beschränkung des materiellrechtlichen Anspruchs selbst hinauslaufen. Andernfalls würde einem als berechtigt erkannten Anspruch die verfahrensrechtliche Durchsetzung verwehrt werden.

Abs. 4 gibt die Vorschriften wider, die die Richtlinie nach Art. 1 Abs. 2 lit. b bis d unberührt lässt. Die in Art. 1 Abs. 2 lit. a der Richtlinie angesprochene Meinungsäußerungsfreiheit wird bereits – in Umsetzung des Art. 5 lit. a – in Abs. 3 Z 2 lit. a berücksichtigt.

**Zu § 26f:****Zu Abs. 1:**

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die zuständigen Gerichte in dem Fall, dass in einer gerichtlichen Sachentscheidung ein rechtswidriger Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder eine rechtswidrige Offenlegung festgestellt wird, auf Antrag die Einstellung oder gegebenenfalls das Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, das Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte für diese Zwecke gegen den Rechtsverletzer erlassen können. Auch hier verwendet die Richtlinie unrichtigerweise eine verfahrensrechtliche Sprache, inhaltlich soll damit aber dem in seinen Geschäftsgeheimnissen Verletzten der Anspruch auf Unterlassung eingeräumt werden.

Mit der Einstellung und dem Verbot der Nutzung oder Offenlegung spricht die Richtlinie das Verbot der Fortsetzung einer noch andauernden und der Wiederholung einer erfolgten Nutzung ebenso an wie das Verbot der Durchführung einer drohenden Nutzung. Obwohl die Verhinderung eines drohenden rechtswidrigen Erwerbs eines Geschäftsgeheimnisses sich als Zweck der Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 findet, wird ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen den drohenden Erwerb in Art. 12 Abs. 1 aber nicht erwähnt. Ein solcher soll aber – wie nach bisherigem Recht – in Österreich weiterhin bestehen.

Abs. 1 setzt die Vorgaben der Richtlinie nach Art. 12 Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie erweitert um den Anspruch auf Unterlassung eines drohenden Erwerbs und dies angepasst an die österreichische Rechtssprache um.

**Zu Abs. 2:**

Nach Art. 13 Abs. 2 sollen Unterlassungsanordnungen nach Art. 12 Abs. 1 lit. a und b zurückgenommen werden können oder ihre Wirkung auf andere Weise entfallen, wenn die Voraussetzungen des Geheimnisschutzes aus vom Verletzer nicht zu vertretenden Gründen weggefallen sind. Auch hier darf die verfahrensrechtliche Terminologie der Richtlinie nicht darüber hinweg täuschen, dass es um den materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch geht, der im Fall einer durchgeführten oder drohenden Rechtsverletzung entstanden ist. Werden die betroffenen Informationen nach der Begründung eines konkreten Unterlassungsanspruchs allgemein bekannt und erlischt damit der Schutz des betroffenen Geschäftsgeheimnisses, so wird man nach österreichischem Verständnis von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr und damit einem Erlöschen des Unterlassungsanspruchs ausgehen können. Die Richtlinie lässt diese Rechtsfolge aber nur in den Fällen zu, in denen die maßgeblichen Umstände nicht vom Rechtsverletzer zu vertreten sind. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird das österreichische Recht dem mit dieser Richtlinienbestimmung verfolgten Zweck über die Instrumente der negativen Feststellungsklage bzw. der Oppositionsklage gerecht.

**Zu § 26g:**

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c und d haben die Mitgliedstaaten sicher zu stellen, dass im Fall eines rechtswidrigen Erwerbs, einer rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses die zuständigen Gerichte auf Antrag des Antragstellers geeignete Abhilfemaßnahmen hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte sowie Anordnungen zur Vernichtung von Gegenständen jedweder Art, die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern, treffen können. Art. 12 Abs. 2 konkretisiert die Maßnahmen nach Abs. 1 lit. c. Im Wesentlichen geht es daher um Vernichtung, Marktrückruf und die Beseitigung der rechtsverletzenden Qualität.

Der Entwurf schlägt auch hier vor, die „Maßnahmen des Gerichts“ über den materiellrechtlichen Beseitigungsanspruch umzusetzen, wobei der geltende und auch für die Durchsetzung von Geschäftsgeheimnissen heranzuziehende § 15 UWG in Umsetzung der Richtlinienvorgaben dahingehend konkretisiert werden soll, dass aufgrund des Beseitigungsanspruchs der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Vernichtung rechtsverletzender Produkte sowie von Gegenständen, die das Geschäftsgeheimnis enthalten, sowie den Rückruf rechtsverletzender Produkte vom Markt und die Beseitigung der rechtsverletzenden Qualität solcher Produkte verlangen kann.

Bei der Möglichkeit, die Vernichtung nur von Teilen zu verlangen, geht es auch um eine Frage des Umfangs des Anspruchs, die über Einwand des Verletzers zu berücksichtigen ist. Für die Lösung dieser Frage sind die in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie festgelegten Kriterien für die Verhältnismäßigkeit zu beachten. Für sachliche Begrenzungen des Beseitigungsanspruchs auf das für den Schutz des jeweiligen Gegenstandes Wesentliche finden sich Vorbildregelungen etwa in § 82 Abs. 3 und 4 Urheberrechtsgesetz, BGBl. Nr. 111/1936 in der jeweils geltenden Fassung sowie in § 148 Abs. 3 bis 5 Patentgesetz, BGBl. Nr. 259/1970 in der jeweils geltenden Fassung, auf die der Entwurf in den Abs. 2 und 3 zurückgreift.

Die Richtlinie spricht in Art. 12 Abs. 1 lit. d sowie in Abs. 3 die Überlassung von Gegenständen an den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses als Alternative zur Vernichtung oder der Entfernung aus dem Markt an. Der Entwurf übernimmt diese Option in § 26g Abs. 4 UWG in Anlehnung an die Muster des § 82 Abs. 5 UrhG und § 148 Abs. 6 PatentG.

Nach Art. 12 Abs. 4 sind die Maßnahmen nach Art. 12 Abs. 1 lit. c und d auf Kosten des Rechtsverletzers durchzuführen; bei besonderen Gründen kann hievon abgesehen werden. Der Entwurf schlägt vor, von diesem Grundsatz der Kostentragung – wie auch bisher beim Beseitigungsanspruch nach dem UWG und vergleichbarer Bestimmungen – keine Ausnahme zu machen. Die Richtlinie lässt einen solchen weitergehenden Schutz durchaus zu (s. Art. 1 Abs. 1 zweiter Unterabs.).

Nach Art. 12 Abs. 1 richtet sich auch der Beseitigungsanspruch gegen den Rechtsverletzer. Die Richtlinie enthält damit aber keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass die vom Beseitigungsanspruch betroffenen Gegenstände im Eigentum oder der Verfügungsgewalt einer anderen, an der rechtswidrigen Handlung unbeteiligten Person stehen. Dieser Umstand wird allerdings im Rahmen der durch Art. 13 Abs. 1 vorgegebenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen sein. Der Entwurf schlägt in Abs. 5 vor, diese Frage ausdrücklich nach dem Vorbild des § 15 UWG zu lösen und den Beseitigungsanspruch gegen der Rechtsverletzer davon abhängig zu machen, dass ihm die Verfügungsgewalt über den betroffenen Gegenstand zusteht.

### **Zu § 26h werden zwei Optionen für die Begutachtung zur Verfügung gestellt:**

#### **Zu § 26h (Option I):**

§ 26h setzt Art. 9 der Richtlinie um.

#### **zu Abs. 1.:**

In Anlehnung an § 37j Abs. 1 Kartellgesetz 2005, BGBl. I Nr. 61/2005 in der jeweils geltenden Fassung muss der verfahrenseinleitende Schriftsatz keine detaillierte Informationen über das Geschäftsgeheimnis enthalten.

#### **zu Abs. 2.:**

Ziel der Richtlinie ist, dass im Verfahren ein besserer Schutz von Geschäftsgeheimnissen gewährleistet wird, um die Durchsetzung von Verstößen zu erleichtern. Als Grund für ein Absehen von einer Klage wurde von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen häufig angeführt, dass während des Verfahrens das Geschäftsgeheimnis zu wenig geschützt ist. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes im Bereich der Sicherstellung von Geschäftsgeheimnissen ist es daher erforderlich, Vorkehrungen im Verfahren zu treffen. Ein an die Prozessbeteiligten gerichtetes Verbot, die ihnen im Zuge des Verfahrens bekannt gewordenen Geschäftsgeheimnisse nicht zu nutzen, würde nicht ausreichen (vgl. *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016, 404 (406)).

Die vorgeschlagene Regelung ist in der Richtlinie gedeckt. Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie wird nicht in Art. 1 Abs. 1 angeführt und ist daher ein Fall der Mindestharmonisierung.

In der Entscheidung OGH 5.9.2017, 4 Ob 83/17k zu § 151b PatentG führte der OGH bereits aus, dass die Konsequenz des Schutzes vertraulicher Informationen nicht die Verweigerung des Eingriffs ist, vielmehr sind die Geheimhaltungsinteressen einer Partei durch verfahrensrechtliche Mittel zu schützen. In C-450/06, *Varec* entschied der EuGH, dass die Geheimhaltungsinteressen einer Partei gegenüber den Verfahrensrechten der anderen Partei abzuwägen sind. Dabei sei es Sache des Gerichts zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Modalitäten die Vertraulichkeit im Hinblick auf die Verteidigungsrechte zu wahren ist.

Welche Vorkehrungen oder Maßnahmen zum Schutze des Geschäftsgeheimnisses getroffen werden, obliegt dem Gericht. In Anlehnung an § 37j Abs. 6 Z 4 KartG 2005 wird die Möglichkeit angeführt, einen Sachverständigen zu bestellen, welcher in die Unterlagen des Geschäftsgeheimnisinhabers Einsicht nimmt und eine Zusammenfassung anfertigt. Diese Zusammenfassung sollte so ausgestaltet sein, dass sie als Entscheidungsgrundlage für das Gericht ausreichend ist und Aktenbestandteil wird.

Hinsichtlich der Einschränkung der Akteneinsicht der Parteien entschied der OGH (RIS-Justiz RS0110043), dass die Ausnahmen in § 219 Abs. 1 ZPO nicht abschließend geregelt sind, weshalb weitere gesetzliche Regelungen getroffen werden können. Aktenbestandteile, welche das Geschäftsgeheimnis beinhalten, sollen daher wie Entwürfe von Urteilen und Beschlüssen, Protokolle über Beratungen und Abstimmungen des Gerichtes und solche Schriftstücke, welche Disziplinarverfügungen enthalten, der Akteneinsicht entzogen seien. Das Gericht hat jedenfalls selbst Zugang zu den Dokumenten, auch wenn sie nicht Aktenbestandteil werden.

**zu Abs. 3.:**

Der Schutz der vertraulichen Informationen muss so ausgestaltet sein, dass er mit der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang steht. Es ist sicherzustellen, dass die Partei aufgrund eines begründeten Antrags dennoch Zugang zu allen vorgebrachten Beweismitteln betreffend das Geschäftsgeheimnis nur dann erhält, wenn sie darlegen kann, dass dies für die eigene Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Interesse eines fairen Verfahrens oder zur Durchsetzung sonstiger legitimer Interessen jedenfalls erforderlich ist.

Die Entscheidung, die eine Offenlegung anordnet, kann gesondert angefochten werden.

Eine etwaige Offenlegung erfolgt nur gegenüber der antragstellenden Partei.

**zu Abs. 4.:**

Alle Personen, die dennoch aufgrund des Verfahrens von dem Geschäftsgeheimnis Kenntnis erlangen, dürfen dieses weder nutzen noch offenlegen (Umsetzung des Art. 9 Abs. 1).

Unter „alle Personen“ sind neben den am Verfahren beteiligten Personen auch Sachverständige oder Gerichtsbedienstete zu verstehen.

**zu Abs. 5.:**

Dieser setzt Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie um.

**zu Abs. 6.:**

Der in Art. 15 der Richtlinie vorgesehene Anspruch des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses auf Veröffentlichung des Urteils gegen den Verletzer wird im Wesentlichen schon durch § 25 Abs. 3 bis 7 UWG umgesetzt, wobei freilich die derzeit in § 25 Abs. 3 vorgesehene Einschränkung um die Fälle der Geheimnisverletzung nach den §§ 11 und 12 aufzuheben war.

Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie trägt den Gerichten bei der Entscheidung über die Urteilsveröffentlichung eine von den Regelungen in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie (und § 26c Abs. 2 des Entwurfs) etwas abweichende Interessenabwägung auf, deren Umsetzung in Abs. 1 vorgeschlagen wird.

Die nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie gebotene Wahrung der Geschäftsgeheimnisse wird über die Herstellung einer vertraulichen Urteilsfassung sichergestellt. Diese soll der Veröffentlichung zugrunde gelegt werden.

**zu Abs. 7.:**

Dieser setzt Art. 9 Abs. 2 lit. c der Richtlinie um. Für den Umfang der Veröffentlichung ist jedenfalls § 25 Abs. 4 heranzuziehen. Nur wenn im Spruch der Entscheidung selbst Passagen in der vertraulichen Fassung zu streichen wären, so wäre dies bei der Veröffentlichung zu berücksichtigen und zwischen einer vertraulichen und nicht vertraulichen Fassung ohne Geschäftsgeheimnisse zu differenzieren.

**Zu § 26h (Option II):**

Abs. 1 sieht vor, dass auf Antrag einer der Parteien ihr (angebliches) Geschäftsgeheimnis vom Gericht als vertraulich einzustufen ist.

Diese Einstufung gem. Abs. 1 hat nach Abs. 2 zur Folge, dass es von allen Personen, die nur aufgrund des Verfahrens davon Kenntnis erlangen, weder genutzt noch offengelegt werden darf (Umsetzung des Art. 9 Abs. 1; es wird – um in Folge einen einzigen Begriff verwenden zu können – von „geheim zu halten“ gesprochen). Die RL gibt keine Entscheidungskriterien vor. Da es den Parteien gegenüber nicht geheim ist (deren Zugang hierzu nicht beschränkt ist) und auch die Zeugen oder Sachverständigen damit befasst werden können, wenn dies für das Beweisverfahren notwendig ist, also alle am Verfahren Beteiligten es erfahren, ist die Rechtsverfolgung oder -verteidigung durch die Vertraulichkeitsentscheidung grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Es ist daher nicht erforderlich, bei der Entscheidung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die einzelnen Voraussetzungen, die Informationen aufweisen müssen, um ein Geschäftsgeheimnis zu sein, sind bloß zu bescheinigen.

Abs. 3 regelt das Verfahren zur Vertraulichkeitsentscheidung und deren Anfechtbarkeit. Da die Entscheidung, mit der die Einstufung eines (angeblichen) Geschäftsgeheimnisses als vertraulich erfolgt, nur dann wesentlich in die Rechtsposition (des ASt) eingreift, wenn sie abweislich ausfällt, soll auch nur diese anfechtbar sein (die Anfechtbarkeit ergibt sich aus § 514 ZPO). Einer Anfechtbarkeit einer stattgebenden Entscheidung bedarf es hingegen nicht, weil den Parteien und Dritten damit lediglich untersagt wird, Informationen, die sie ausschließlich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erlangt haben, außerhalb desselben zu nutzen oder zu veröffentlichen, wohingegen die Rechtsverfolgung oder -verteidigung im Verfahren nicht beschnitten wird. Zur Sicherstellung der Vertraulichkeit bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Gerichts wird ein vorläufiges Geheimhaltungsgebot vorgesehen.

Mit Abs. 4 soll sichergestellt werden, dass der Umstand des Verbots der Nutzung oder Offenlegung auch allen bekannt ist, damit sie sich daran halten können und damit Sanktionen verhängt werden können (§ 301 StGB – zumindest bedingter Vorsatz).

Abs. 5 setzt Art. 9 Abs. 2 der RL um. Abs. 6 legt fest, wann die Entscheidung getroffen wird und deren Wirkungen.

Abs. 7 sieht für Sonderfälle eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Geheimhaltung vor. Grundrechteabwägung.

Abs. 8 setzt Art. 9 Abs. 2 lit. a um, indem die Akteneinsicht beschränkt wird.

Das Gericht hat nach Abs. 9 zwei Ausfertigungen herzustellen. Damit wird Art. 9 Abs. 2 lit. c umgesetzt.

#### **Zu § 26i:**

Die Bestimmung setzt Art. 10 der Richtlinie 2016/943/EU um. Darüber hinaus wird ein subsidiärer Verweis auf die Bestimmungen der EO für die einstweilige Verfügung vorgeschlagen, zumal die Regelungen der Richtlinie 2016/943/EU teilweise rudimentär sind. § 24 ist zu beachten, der eine Abweichung zu den Regelungen der EO dahingehend vorsieht, dass eine einstweilige Verfügung auch erlassen werden kann, wenn die in § 381 EO bezeichneten Voraussetzungen (Gefährdung des Anspruchs) nicht zutreffen.

In Anlehnung an § 151b PatentG kann auch die Sicherung von Beweismitteln mittels einstweiliger Verfügung beantragt werden.

Eine Abweichung zu § 396 EO ist vorzusehen, zumal die Bestimmung nicht den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Gem. § 396 EO ist die Vollziehung der einstweiligen Verfügung unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem die Bewilligung verkündet oder der Antrag stellenden Partei durch Zustellung des Beschlusses bekannt gegeben wurde, mehr als ein Monat verstrichen ist. Die Richtlinie sieht diese Restriktion nicht vor. Daher wird in Abs. 2 geregelt, dass die Vollziehung der einstweiligen Verfügung auch dann zulässig ist, wenn seit deren Bewilligung mehr als ein Monat vergangen ist.

#### **Zu § 26j:**

Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2016/943/EU) regelt, dass dem Antragsteller die Vorlage von Beweisen aufgetragen werden kann. Es wird zwar nicht ausdrücklich geregelt, dass der Anspruch zu bescheinigen ist, allerdings wird die Vorlagepflicht deswegen vorgesehen, damit sich die Gerichte mit ausreichender Sicherheit davon überzeugen können, dass der Anspruch besteht. Die Regelung beinhaltet daher auch, dass eine Bescheinigung des Anspruchs erforderlich ist.

zu Abs. 2.: Art. 11 Abs. 2 der RL regelt die bei der Entscheidung zu berücksichtigenden besonderen Umstände. Bei der Entscheidung über die Stattgebung oder Abweisung eines Antrags und der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist den besonderen Umständen des Falls Rechnung zu tragen, gegebenenfalls einschließlich des Wertes und anderer spezifischer Merkmale des Geschäftsgeheimnisses, der zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffenen Maßnahmen, des Verhaltens des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, der Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, der legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Gewährung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte, der legitimen Interessen Dritter, des öffentlichen Interesses und des Schutzes der Grundrechte.

Wenngleich diese Umstände bei der Beurteilung des Bestehens des Anspruchs im Hauptverfahren maßgebend sind, ist es doch etwas anderes, ob sie bloß bei der Beurteilung des Anspruchs zu berücksichtigen sind oder ob sie generell unabhängig davon bei der Entscheidung über die einstweilige Verfügung maßgebend sind. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadenersatzanspruches muss nämlich nicht zum selben Ergebnis führen, wie die der Verhältnismäßigkeit einer einstweiligen Verfügung, zumal jeweils andere Rechtsfolgen ausgelöst werden können. Die mit einstweiliger Verfügung zu verhängenden Maßnahmen sind durch § 26h Abs. 1 nicht abschließend geregelt und müssen auch aus diesem Grund einer eigenen, vom Bestehen des Anspruchs unabhängigen, Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten können.

Die Bescheinigung kann durch eine Sicherheitsleistung nicht ersetzt werden. Dies wird in Abs. 3 klargestellt.

Art. 11 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2016/943/EU ist bereits durch § 391 Abs. 2 EO umgesetzt. Abweichend sieht § 391 Abs. 2 EO vor, dass die einstweilige Verfügung auch von Amts wegen aufgehoben werden kann. Diese Möglichkeit sollte im Sinne einer systemkonformen RL-Umsetzung beibehalten werden.

Abs. 4 setzt Art. 11 Abs. 4 lit. b der Richtlinie um.



Abs. 5 soll entsprechend Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie einen Ersatzanspruch des Antragsgegners für den durch die einstweilige Verfügung entstandenen Schaden vorsehen.

**Zu Z 4 (44 Abs. 11):**

Hier wird das erforderliche Inkrafttretensdatum verankert.

**Zu Z 5 (§ 45 Ziffer 3):**

Hier wird darauf hingewiesen, dass die gegenständliche Umsetzung ins UWG auf der Richtlinie 2016/943/EU basiert.

**Zu Art. 2 (§ 172 Abs. 2):**

Österreichische Diktion ist zwar „Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse“, in Umsetzung der Richtlinie 2016/943/EU soll aber auch der Einfachheit halber nur mehr von Geschäftsgeheimnissen gesprochen werden, die selbstverständlich auch die Betriebsgeheimnisse umfassen sollen. Auch § 321 ZPO spricht von Geschäftsgeheimnissen (und Kunstgeheimnissen), auch bei dieser Bestimmung wird das Betriebsgeheimnis als erfasst angesehen (wenn von manchen auch unter Kunstgeheimnis subsumiert).

Damit wird Art. 9 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2016/943/EU umgesetzt. Zugang haben neben den Parteien auch jeweils drei Vertrauenspersonen. Diese repräsentieren die Öffentlichkeit und dienen der Gewährleistung eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK.