



An das
 Bundesministerium für Digitalisierung
 und Wirtschaftsstandort
 Stubenring 1
 1011 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
 1045 Wien
 T +43 (0) 5 90 900DW | F +43 (0) 5 90 900233
 E rp@wko.at
 W <https://news.wko.at/rp>

E-Mail: post.c14@bmdw.gv.at

An das
 Präsidium des Nationalrats
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMDW-56.121/0001-C1/4/2018	Rp 516/2018/GB/VR Mag. Gabriele Benedikter	4299	18.07.2018

UWG-Novelle 2018, Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich gibt zu dem im Betreff genannten Entwurf des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort folgende Stellungnahme ab:

Mit ihren innovativen Produkten und Dienstleistungen sichern viele österreichische Unternehmen Arbeitsplätze und Einkommen in Österreich und sind international Marktführer in Nischenbereichen. Daher sind sie auch der Gefahr ausgesetzt, Opfer von Wirtschafts- und Industriespionage zu werden, wie eine 2015 unter Mitarbeit der Wirtschaftskammer Österreich durchgeführte Studie mit dem Titel „Wirtschafts- und Industriespionage in österreichischen Unternehmen“ bestätigt hat. Über 1.000 Unternehmen haben sich aktiv an diesem Projekt beteiligt, mit folgenden Ergebnissen:

- Ein großer Teil der Unternehmer schätzt einen hohen Anteil ihrer Informationen als besonders schutzwürdige Geschäftsgeheimnisse ein: **Nahezu 30% gaben an, dass mehr als die Hälfte der Informationen im Unternehmen Geschäftsgeheimnisse ausmachen.** Das stellt an einen effektiven Schutz in der Praxis hohe Anforderungen.
- In Bezug auf die Unternehmensgröße gibt es keine signifikanten Unterschiede. **Jedes Unternehmen ist potentiell betroffen.** Große Unternehmen verfügen in der Regel über umfangreichere Mechanismen und spezifischeres Know-how, wie sie ihre Geschäftsgeheimnisse schützen. In stärker regulierten Branchen wird die Qualität der getroffenen Maßnahmen höher eingeschätzt.
- Tatsächlich berichteten 5% der Unternehmen, in den vergangenen fünf Jahren mindestens einmal Opfer von Wirtschafts- und Industriespionage geworden zu sein (manche davon

sogar mehrfach). Insbesondere **klein- und mittelständische Unternehmen aus nahezu allen Branchen** sind von Spionagevorfällen **tangiert**. Mehr als die Hälfte dieser Unternehmen setzt weniger als zwei Mio. € jährlich um. Auf die verwendete Grundgesamtheit hochgerechnet würde das insgesamt rund 8.400 betroffene Unternehmen bedeuten.

- Drei Viertel der von Wirtschafts- und Industriespionage berührten Unternehmen hatten innerhalb der vergangenen fünf Jahre **neue Produkte oder Verfahren** auf den Markt gebracht. Zumeist wurden bis zu fünf Innovationen generiert.
- Die **Täter** kommen aus dem In- und Ausland und greifen (oft kombiniert) mit unterschiedlichsten Mitteln österreichische Unternehmen an ihren Standorten sowohl im In- als auch im Ausland an. Unabhängig von den verwendeten Werkzeugen stehen hinter jedem Angriff Menschen. In nahezu der Hälfte der Fälle kommen Mitbewerber als Täter in Frage.
- Neben dem unmittelbaren finanziellen Schaden entstehen aufseiten der Unternehmen eine Reihe weiterer **Schäden**: 71% der Unternehmen berichteten von unternehmenskritischen Folgeschäden, etwa durch den Verlust von Aufträgen und/oder Kunden, Reputationsschäden, etc.
- Dabei haben betroffene Unternehmen bisher nur **geringe Erwartungen** an die Erfolge einer **rechtlichen Verfolgung**: Nur ein Viertel erklärte, Behörden eingebunden zu haben, wobei dafür oftmals **Beweisprobleme** genannt wurden.

Vor diesem Hintergrund erachtet die Wirtschaftskammer Österreich den gegenständlichen Entwurf **generell als ausgewogen** in der Umsetzung der Richtlinie sowie geeignet, den oben angeführten Anforderungen in der Praxis zu begegnen und Inhabern von Geschäftsgeheimnissen wirksame Maßnahmen zum Schutz ihres Know-how an die Hand zu geben. Wie sich aus den eingangs gemachten Ausführungen ergibt, stellt der Schutz von Geschäftsgeheimnissen einen wesentlichen Faktor für den wirtschaftlichen Erfolg dar.

Einer besseren Lesbarkeit wegen und auch zur Verbesserung der Rechtssicherheit könnte noch erwogen werden, die Bezeichnung „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse“ im UWG und in anderen Gesetzen (z.B. dem Abfallwirtschaftsgesetz 2002 oder § 55 Chemikaliengesetz 1996) durch die unionsrechtskonforme Bezeichnung „Geschäftsgeheimnisse“ zu ersetzen um klarzustellen, dass diese Begriffe identisch sind. Alternativ könnte die Klarstellung auch im Gesetzestext des UWG (z.B. in § 26a) erfolgen.

Zu „§ 26b. Begriffsbestimmungen“ sowie zu „§ 26h. Wahrung der Vertraulichkeit im Verfahren (Optionen 1 und 2)“ haben wir **spezifische Anmerkungen**.

Zu § 26b. Begriffsbestimmungen

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt ausdrücklich, dass diese Bestimmung die Definitionen des Art 2 der Richtlinie ohne „gold plating“ übernimmt. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass es zum Begriff „Geschäftsgeheimnis“ keine abschließende Aufzählung geben kann. Gemeinsam ist Geschäftsgeheimnissen, dass sie nicht ohne weiteres zugänglich sind. Die Wirtschaftskammer Österreich erachtet es daher für sehr praxistauglich, bei der **Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen** (§ 26b Abs. 1 Z 3) auf den Einzelfall abzustellen und teilt den Ansatz des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, dass die erwähnten Maßnahmen von der Größe und Branchenzugehörigkeit der Unternehmen sowie von der Art der

zu schützenden Geschäftsgeheimnisse abhängig sein werden. Wie sich in der eingangs erwähnten Studie gezeigt hat, können große Unternehmen umfangreichere Mechanismen und spezifischeres Know-how einsetzen um ihre Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Daher wird man für KMU, die naturgemäß über begrenzte finanzielle und personelle Ressourcen verfügen, einen geringeren Standard anzusetzen haben. Beispielhaft kann - wie auch in den Erläuterungen des Entwurfs erwähnt - hier der Beschluss des OGH vom 25.10.2016, 4 Ob 165/16t - *Ticketsysteme* herangezogen werden. Der Oberste Gerichtshof hat hier festgestellt, dass der für die Anwendung des derzeit noch geltenden § 11 UWG maßgebende Geheimhaltungswille nicht unbedingt ausdrücklich erklärt werden muss, sondern sich auch aus den Umständen ergeben kann und dass „Sicherheitslücken“ bei ansonsten funktionierenden Schutzmechanismen nicht notwendigerweise den Schluss zulassen, der Unternehmer hätte kein Interesse an der Geheimhaltung.

Der Schutz von Know-how soll auch unserer Auffassung nach eine sinnvolle Ergänzung der tradierten Schutzrechte des Geistigen Eigentums (Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster) darstellen. Die Wirtschaftskammer Österreich erachtet es daher für sachgerecht, in den Erläuterungen zu § 26b Abs. 2 bei der „Verfügungsgewalt über ein Geschäftsgeheimnis“ auch **Lizenzverträge** einzubeziehen.

Zu § 26h. Wahrung der Vertraulichkeit im Verfahren (Optionen I und II)

Im Allgemeinen:

Beim Geheimnisschutz geht es um „**Zugangsschutz**“ gegen unlautere Erlangung und Verwertung von Informationen. Geschäftsgeheimnisse sind kein absolutes Recht, d.h. sie gewähren ihrem Inhaber nicht die Möglichkeit, Dritte von jeglicher Benutzung auszuschließen. Andererseits haben Geschäftsgeheimnisse einen wirtschaftlichen Wert und sind handelbar. Auch das relativ geschützte „Know-how“ ist ein Immaterialgut und die Richtlinie sieht vor, dass derjenige, der Geschäftsgeheimnisse rechtswidrig erwirbt, nutzt oder offenlegt, auf Unterlassung, Beseitigung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann - wie bei der Verletzung absoluter Schutzrechte.

Aus dem materiellen Recht folgt prozessual ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Da der Schutz von Know-how aber nicht als absolutes Recht, sondern als bloßer Zugangsschutz ausgestaltet ist (s.o.), **setzt die Rechtsdurchsetzung den Fortbestand der Schutzposition voraus**. Das Verfahrensrecht muss die Rahmenbedingungen schaffen, die die Rechtsdurchsetzung ermöglichen, ohne dass der Geheimnisschutz durch Offenbarung verloren geht oder ein potentieller Mitbewerber im Rahmen des Prozesses, d.h. in lauterer Weise, Kenntnis vom Geheimnis erlangt. Zugleich muss der Verletzungsprozess aber auch den Anforderungen des Art 6 EMRK sowie dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit genügen.

Art 6 EMRK normiert für jedermann das Recht, dass über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen von einem unabhängigen, unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren verhandelt wird.

Ein **Beispiel** soll die oben gemachten Ausführungen verdeutlichen:

K produziert ein Produkt P. Er hat sein Herstellungsverfahren durch ein **Patent** geschützt. B bietet nun auf dem Markt ein vergleichbares Produkt P1 an. K vermutet, dass B sein Verfahren verwendet und will ihm die weitere Nutzung untersagen. Um seinen Unterlassungsanspruch durchzusetzen, muss K den Bestand seines Schutzrechtes sowie die Verletzung durch B nachweisen. Ist P1 von gleicher Beschaffenheit wie P, muss B gem.

§ 155 PatG beweisen, dass er ein anderes Verfahren angewendet hat. Ist dies der Fall, wird K zwar den Prozess verlieren, nicht aber sein Verfahrenspatent.

Produziert K nach einem **Geheimverfahren**, muss er nachweisen, dass B nach demselben Verfahren produziert und die Kenntnis darüber gerade von ihm und unlauter erlangt hat. Um zu überprüfen, ob K und B dasselbe Verfahren verwenden, müssen beide in den Prozess eingeführt werden. Stellt sich heraus, dass B eine andere Methode anwendet, weiß dieser nun über das Verfahren des K Bescheid. **K verliert nicht nur den Prozess, sondern auch seinen Geheimnisschutz.** Umgekehrt droht aber auch B die Aufdeckung seines Geschäftsgeheimnisses. Es ist fraglich, ob B Maßnahmen treffen kann, seine Geheimnisse, an deren Wahrung er ein berechtigtes Interesse hat (z.B. bei einer Betriebsbesichtigung) entsprechend zu schützen.

Wird die materielle Rechtsposition durch die Rechtsdurchsetzung gefährdet, liegt darin ein **Verstoß gegen den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz**, weil der Anspruch auf Unterlassung nur auf dem Papier bestünde. Daraus resultiert die besondere Herausforderung, das Verfahren zu eröffnen, den Sachverhalt zu ermitteln, ein in der Instanz nachprüfbares Ergebnis zu erzielen und ein entsprechend vollstreckbares Urteil über ein Geheimnis zu erlassen, ohne dieses selbst preiszugeben.

Im Besonderen:

Zu Option II

Aus den allgemeinen Ausführungen ergibt sich, dass v.a. aus wirtschaftlicher Sicht **Option II nicht weit genug geht.**

Zwar gilt ab dem Antrag einer Partei an das zuständige Gericht, ein Geschäftsgeheimnis oder angebliches Geschäftsgeheimnis als vertraulich einzustufen, eine Geheimhaltungspflicht potentiell unbefristet gegenüber jedermann, der im Lauf von Know-how-Verletzungsprozessen Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen erhält; jedoch bleiben mangels der Möglichkeit, die Gegenseite komplett von Teilen des Verfahrens auszuschließen, weiterhin erhebliche wirtschaftliche Risiken für den Geheimnisinhaber bestehen.

Setzt sich Option II durch, befürchten wir, dass Unternehmen sich weiterhin wohl überlegen werden, ob sie ihr Know-how in einen Prozess einführen und offenlegen oder lieber doch für sich behalten wollen, „die bittere Pille schlucken“ und auf ein Verfahren verzichten.

Zu Option I

Option I sieht in ihrem Absatz 2 hingegen vor, dass das Gericht auf Antrag oder auch von Amts wegen Vorkehrungen und Maßnahmen zu treffen hat, dass **keine Partei** (weder der Kläger noch der Beklagte) im Laufe des Verfahrens **neue Informationen** über das gegenständliche Geschäftsgeheimnis erhält, **die über seinen bisherigen Wissenstand hinausgehen** (und dazu womöglich noch für den Ausgang des Verfahrens ohne Belang sind). Das bringt uE sehr viel mehr an **Rechtssicherheit**, nicht nur für den Know-how-Schutz an sich, sondern auch für Inhaber von Geschäftsgeheimnissen, die sich nicht scheuen, im Fall von Rechtsverletzungen den Zivilrechtsweg zu beschreiten (§ 26c Abs. 1).

Innovativer und globalen Herausforderungen (Geheimnisschutz in den USA) besser beegend ist uE Option I, zumal der EuGH, aber auch unser OGH schon den Weg dorthin vorgezeigt haben, wie sich auch aus den Erläuterungen zu Option I ergibt. In einer Verfassungsordnung, die einen umfassenden Schutz von Unternehmensgeheimnissen durch die Eigentumsgarantie (Art 1 1. ZP EMRK) und das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG) vorsieht, kann es erforderlich sein, dass ein Gericht eine Interessenabwägung vornimmt, wenn sich zwei Parteien mit ihren grundrechtlich

geschützten Interessen - Geheimnisschutz auf der einen Seite und Parteienghör auf der anderen - **gleichrangig** gegenüberstehen.

So räumt auch Art 15 der Datenschutz-Grundverordnung natürlichen Personen das Recht ein, vom Verantwortlichen umfassend Auskunft über die Verarbeitung ihrer Daten zu erhalten. Würden durch diese Informationen allerdings beispielsweise Geschäftsgeheimnisse einer Bank bzw. eines Kreditinstituts oder Dritter gefährdet, kann dieses Auskunftsrecht beschnitten werden (§ 4 Abs. 6 DSG 2018); fühlt sich eine Person durch eine verweigerte Auskunft in ihren Rechten verletzt, hat sie die Möglichkeit, Beschwerde bei der Datenschutzbehörde zu erheben. Zu berücksichtigen können weiters einschlägige Branchenbestimmungen sein, z.B. die Wahrung des Bankgeheimnisses gem. § 38 BWG.

Entsprechend dazu ist für Gerichte ein **flexibles Instrumentarium** erforderlich, das - abhängig vom Gegenstand des Geheimnisses - den legitimen Interessen des Geheimnisträgers Rechnung trägt. Das zuständige Gericht sollte in den verschiedenen Prozesssituationen die Möglichkeit haben, differenziert vorzugehen und dazu sollte ihm eine „Tool Box“ für den Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und rechtlichem Gehör an die Hand gegeben werden, z.B. durch

- die Möglichkeit, in der Klage bzw. der Klagebeantwortung lediglich das Bestehen eines nur allgemein umschriebenen Geschäftsgeheimnisses zu behaupten, dessen Offenlegung im erforderlichen Umfang aber der Anordnung des Gerichts in einem prozessleitenden Beschluss oder einer vorbereitenden Tagsatzung (in denen das Gericht auch geeignete Geheimhaltungsmaßnahmen anordnet) vorzubehalten, ohne dadurch die Schlüssigkeit des Klagsvorbringens zu gefährden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das Gericht zunächst die erforderlichen Geheimhaltungsmaßnahmen anordnen kann, das Vorbringen aber erst danach entsprechend zu konkretisieren ist;
- Abklärung zunächst anderer anspruchsbegründender Fakten (z.B., ob der Vorwurf, der Beklagte habe sich illegitim Zugang zu Informationen des Klägers verschafft, zutrifft). Ist der Anspruch schon mangels dieser Sachverhaltselemente zu verneinen, erübrigt sich die Beweisaufnahme über das Geschäftsgeheimnis;
- Anordnung geeigneter Geheimhaltungsmaßnahmen durch prozessleitenden Beschluss oder eine vorbereitende Tagsatzung;
- Ermöglichung eines vorgeschalteten Verfahrens zur Beweisaufnahme nach dem Vorbild des "Düsseldorfer IP-Verfahrens" (beschrieben etwa bei *McGuire*, GRUR 2015, 430);
- Ausschluss der (Volks-)Öffentlichkeit von (die Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses betreffenden Teilen) der Verhandlung;
- gesetzliche Regelung der Beweislast entsprechend § 155 PatG oder eine prozessleitende Beschlussfassung über die Beweislastverteilung;
- Einschränkung der Akteneinsicht für den Gegner, insbesondere aber für Dritte ("Verschlussakten");
- „Black Box-Verfahren“, bei dem einem gerichtlich beauftragten Sachverständigen die Befundaufnahme und Gutachtenserstattung übertragen wird, wobei dieser konkret formulierte Fragen so (idR also nur mit „Ja“ oder „Nein“) zu beantworten hat, dass das geprüfte Geschäftsgeheimnis nicht offengelegt wird (Beispiele s. *McGuire*, GRUR 2015, 430);
- Möglichkeit der Beziehung speziell zur Verschwiegenheit verpflichteter Parteienvertreter, die ihrerseits auch nicht an die Partei berichten dürfen (vorzugsweise

also Parteienvertreter, die nicht auch Verfahrensanwälte sind); sie stellen die korrekte Abwicklung der Beweisaufnahme sicher;

- Ausschluss geheimnisgeschützter Fakten aus der Urteilsveröffentlichung (etwa im RIS);
- Erwägung einer ausschließlichen Zuständigkeit des Handelsgerichtes Wien (wie bei Klagen wegen Patent- oder Markenverletzung).

Diese Überlegungen und Forderungen stehen weder mit den Vorgaben der Richtlinie noch mit den geltenden österreichischen Zivilverfahrensgesetzen in Widerspruch (vgl. das Verfahrensermessen in der Zivilprozessordnung).

Die Wirtschaftskammer Österreich ersucht daher, Option I gemäß den oben gemachten Vorschlägen anzupassen und umzusetzen. Im Besonderen ist darauf zu achten, dass jedenfalls dem Gericht alle relevanten Informationen für seine Entscheidung(en) zugänglich gemacht werden bzw. zur Verfügung stehen.

Mit einer entsprechenden Umsetzung des Hauptpunktes der Richtlinie, nämlich der Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren, könnte auch dem Wunsch der Unternehmen nach einer besseren Zusammenarbeit mit der Justiz Rechnung getragen werden.

Die Stellungnahme wird auch dem Präsidium des Nationalrates im Wege der elektronischen Post an die Adresse begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt.

Freundliche Grüße



Dr. Harald Mahrer
Präsident



Karlheinz Kopf
Generalsekretär