

GASSAUER-FLEISSNER

RECHTSANWÄLTE - ATTORNEYS AT LAW

Per E-Mail

An das
Bundesministerium für Digitalisierung
und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

post.c14@bmdw.gv.at
cc: begutachtung@parlament.gv.at

Dr. Christian Gassauer-Fleissner
Mag. Jakob Bleckmann
Mag. Klaus Fischer
Dr. Dominik Göbel LL.M.
Dr. Istvan Rudnay LL.M./CM
Mag. Manuel Wegrostek LL.M.
Mag. Valerie Eder BA
Mag. Christopher Dlaska BSc

Wien, 26. Juli 2018
GF-2/04

Tel.: +43 1 205206-100
Fax: +43 1 205206-105
e-mail: c.gassauer@gassauer.com

Betreff: UWG-Novelle 2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

Vielen Dank für die Einladung zur Stellungnahme zur geplanten UWG-Novelle zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

Die EU-Initiative zur Verbesserung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen ist sehr zu begrüßen, damit auch die Umsetzung einer solchen Verbesserung in österreichisches Recht.

Die Novelle soll sich ausweislich des Titels des geplanten neuen Abschnitts des UWG auf „zivilrechtliche Sonderbestimmungen“ beschränken, umfasst aber auch zivilverfahrensrechtliche Regeln. Die Befassung mit der Materie böte Anlass, einerseits auch die strafrechtlichen Bestimmungen betreffend den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu überarbeiten. Dazu könnte die Beseitigung der Einschränkungen (Tatbestandsmerkmale) in den §§ 11f UWG gehören. Andererseits gibt es ein Bedürfnis für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch im Verwaltungsverfahren.

Auf mehr legislatischer Ebene wäre es vorteilhaft, die Terminologie in den §§ 11 bis 13 UWG an den neuen 3. Abschnitt anzupassen und nur mehr von Geschäftsgeheimnissen zu sprechen.

Zum allgemeinen Teil der Erläuternden Bemerkungen ist anzuführen, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen keineswegs nur im Interesse von Unternehmen und nicht kommerziellen

Forschungseinrichtungen liegt, sondern insbesondere auch im Interesse der Arbeitnehmer liegt. In der täglichen Praxis ist es (von Fällen der echten Betriebsspionage abgesehen (§§ 123ff StGB)) geradezu der häufigste Fall, dass ein Mitarbeiter (oft eines KMU) unter Mitnahme von Geschäftsgeheimnissen zur Konkurrenz oft buchstäblich im Nachbarort wechselt oder ein eigenes Unternehmen eröffnet und damit seinen (ehemaligen) Kollegen den Boden unter den Füßen wegzieht und ihre Arbeitsplätze beeinträchtigt oder gar vernichtet. Dies verdient Erwähnung. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen liegt auch im Interesse der Allgemeinheit sowie der Verbraucher¹.

Die EB zu § 26b Abs 2 verweisen auf die Richtlinie. Anzumerken ist, dass eine neue Art der Inhaberschaft kreiert wird, die vom Inhaber nach ABGB² und zB vom Patentinhaber³ nach § 33 PatG abweicht. Es ist zu fragen, ob dies im Sinne der Rechtsvereinfachung geboten ist, zumal Art 2 Z 2 RL nicht in Art 1 (1) Abs 2 RL enthalten ist. Egal, ob man Lizenzverträge als Verträge sui generis oder nach einer Mindermeinung als Bestandverträge qualifiziert, stellt sich die weitere Frage, ob die Inhaberschaft dadurch „übertragen“ wird. Angeregt wird weiters eine klarstellende Harmonisierung der Klagsbefugnis⁴ für Geschäftsgeheimnisse, Marken⁵ und Patente⁶.

Geschäftsgeheimnisse haben eine dem Immaterialgüterrecht stark angenäherte Rechtsposition⁷. Es wird daher angeregt, wiederum im Sinne der angestrebten Rechtsvereinfachung, die Geldansprüche jenen im Fall einer Patentverletzung anzugleichen. Insbesondere besteht kein Anlass, im § 26c Abs 2 das (angemessene) Entgelt von einer schuldhaften Verletzung abhängig zu machen. Das ist auch weder durch die Geheimnisschutz-RL noch durch die Rechtsdurchsetzungs-RL geboten.

Angeregt wird, ebenfalls analog zu bestehenden immaterialgüterrechtlichen Regelungen einen Rechnungslegungsanspruch vorzusehen.

In § 26c Abs 3 wird eine „angemessene Entschädigung“ vorgesehen. Einerseits besteht Anlass zu der Überlegung, ob hiermit bewusst etwas anderes als ein „Entgelt“ iSd Abs 2 vorgesehen werden soll. Andererseits dürfte die gegen Leistung einer solchen angemessenen Entschädigung erfolgende Fortsetzung von Handlungen dann nicht mehr rechtswidrig sein.

Da für Geschäftsgeheimnisse eine eigener neuer Abschnitt 3 über den zivilrechtlichen Schutz eingeführt werden soll, besteht an sich kein Grund, die kurze Verjährungsfrist des § 20 UWG auch dafür vorzusehen (EB zu § 26c Abs 1). Gerade in diesem Bereich gibt es nicht selten Fälle, bei denen sich Verdachtsmomente erst im Lauf der Zeit verdichten. Es wäre sinnvoll, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Art 9 RL, den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses nicht zu schnell in die Einleitung eines Gerichtsverfahrens zu zwingen.

¹ *Duursma* in M. Gumpoldsberger/Baumann, UWG § 11 RZ 1

² § 309

³ Vgl. *Friebel/Pulitzer*, Österreichisches Patentrecht, 277

⁴ § 26c Abs 1 letzter Satz

⁵ Siehe dazu den Entwurf für § 14 MSchG in der zur Begutachtung ausgesandten Fassung. Dadurch wird der Verweis auf die bestehende Judikatur in den EB zu § 26c Abs 1 überholt.

⁶ hinsichtlich derer anders als für das Markenrecht idgF keine Judikatur vorliegt, welche Unsicherheit durch die in der vorigen FN angesprochene Markenrechtsnovelle noch verstärkt wird.

⁷ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG² § 13 RZ 47

Wiederum aus Gründen der Rechtsvereinfachung wäre eine Harmonisierung der Terminologie in § 26f des Entwurfs und etwa § 22 PatG wünschenswert. Sollte das nicht möglich sein, wäre eine Behandlung in den EB sinnvoll.

Richtig führen die EB in ihrem allgemeinen Teil als wesentlichen Aspekt des Rechtsschutzdefizits nach geltender Rechtslage die Gefahr an, dass gerade erst durch den Prozess der Gegner oder eine andere Person durch ihre Teilnahme am Prozess das Geschäftsgeheimnis insgesamt oder bis dahin unbekannte Teile davon erfährt. Bestimmungen wie § 226 ZPO und der generell zu begrüßende Wunsch nach Verkürzung der Dauer von Prozessen erlauben eine behutsame Herangehensweise an das Thema im Prozess derzeit nicht. Das grundsätzliche Ziel der Richtlinie und damit auch der Umsetzung ist es aber gerade, die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen wirksamer verfolgen zu können. Die etwa gegenüber Patenten viel höhere „Flüchtigkeit“ von Geschäftsgeheimnissen erlaubt, vielmehr verlangt eine Sonderregelung. Eine solche wird zweckmäßigerweise durch die Option I für § 26h vorgeschlagen, welcher daher gegenüber der Option II unbedingt der Vorzug zu geben ist. Dem Vernehmen nach wird von mancher Seite die Option II befürwortet, weil (1) der Kläger bei Klageeinbringung ohnehin schon alles wisse, welche Verletzungshandlungen der Beklagte begangen hat und (2) grundrechtliche Überlegungen das erforderten. Aus Sicht des Praktikers ist die zu (1) angeführte Annahme faktisch nicht zutreffend. Zu (2) sind Ausgangsbasis einerseits das durch das Recht auf Eigentum grundrechtlich geschützte Geschäftsgeheimnis⁸ und das verfahrensrechtliche Grundrecht auf ein faires Verfahren andererseits. Innerhalb des Letzteren stehen einander der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Anspruch auf Effektivität des Rechtsschutzes gegenüber⁹. Das Zusammentreffen von Grundrechten ist durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter größtmöglicher Entfaltung aller beteiligten Grundrechtspositionen auszubalancieren¹⁰. Option I umfasst alle diese Parameter und gibt dem Gericht ein flexibles Instrumentarium an die Hand, um im Einzelfall die passende Vorgangsweise finden zu können. Ein im Grundsatz vergleichbares System findet im Wesentlichen den gleichen Grundrechten verpflichteten Deutschland seit Jahren etwa im Bereich des § 140c dPatG Anwendung. Durch Option I findet im Vergleich dazu eine bessere gesetzliche Determinierung statt. Zu bedenken bleibt, dass Geschäftsgeheimnisse solche einer klagenden, aber auch solche einer beklagten Partei sein können. § 26h Abs 1 idF der Option I könnte dabei, um auch Geschäftsgeheimnisse der beklagten Partei besser zu umfassen, dahin abgeändert werden, dass im ersten Satz die Wortfolge „sowie seiner Verletzung entfällt“, und im zweiten Satz die Wortfolge „dass sich der geltend gemachte Anspruch“ durch die Worte „das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses“ ersetzt wird.

Kritisch zu bewerten ist § 26j Abs 5. Zum einen erscheinen die EB zum Gesetzeswortlaut nicht kompatibel, wird doch einmal vom Antragsgegner, das andere Mal von einem Dritten gesprochen. Außerdem wird durch das Einbeziehen von jeglichen geschädigten Dritten das Risiko für Antragsteller absolut uferlos und unabsehbar. Dies droht den Zweck des ganzen Unterfangens, besseren Rechtsschutz von Geschäftsgeheimnissen herbeizuführen, auszuhebeln. In Folge der schon erwähnten höheren Flüchtigkeit von Geschäftsgeheimnissen sind einstweilige Verfügungen wichtig, zumal nach mehrjähriger Prozessdauer im Hauptverfahren das Geschäftsgeheimnis oftmals nur mehr ein ehemaliges

⁸ So auch die EB zu § 26c Abs 1

⁹ R. *Klaushofer* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte § 18 RZ 56.

¹⁰ Vgl dazu H. *Eberhard* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte § 8 RZ 82

gewesen sein wird. Die RL verlangt nicht, dass ihr Art 11 Abs 5 in Form einer reinen Erfolgshaftung¹¹ gesichert wird. Durch die vorgesehene Regelung würde auch ohne Not eine Bresche in Grundlagen des österreichischen Schadenersatzrechtes geschlagen, wonach mittelbare Schäden grundsätzlich nicht zu ersetzen sind.

Die Einführung von Übergangsbestimmungen wäre zu begrüßen.

Mit vorzüglicher Hochachtung
Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH



Dr. Christian Gassauer-Fleissner

¹¹ Kodek in Angst/Oberhammer (Hrsg), EO³ § 394 RZ 3