

## 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 (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 vom 15.06.2016 S. 1, in innerstaatliches Recht umgesetzt.

Unternehmen und 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 können 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 (EU) 2016/943 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 Rechtsbehelfe werden vorgesehen. Der effektive Schutz von Geschäftsgeheimnissen liegt nicht nur im Interesse der Unternehmer, sondern auch im Interesse des Wirtschaftsstandortes und damit im Interesse der Arbeitsplatzsicherung. Ein rechtswidriger Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung kann Arbeitsplätze beeinträchtigen oder gar vernichten.

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 noch vor einem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses wirksam abschrecken. Die zuständigen Gerichte werden 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 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 (EU) 2016/943].

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 behauptete Geschäftsgeheimnisse enthalten (Art. 9 Abs. 2 lit. a Richtlinie (EU) 2016/943), 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. Gerade dieses neue Verfahren sollte den potentiellen Rechtsverletzern aufzeigen, dass ein rechtswidriger Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nicht zielführend ist und potentielle Rechtsverletzer mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes das Risiko eines Verfahrens als hoch einschätzen.

Im Zusammenhang mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen können auch personenbezogene Daten vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses verarbeitet werden bzw. können Geschäftsgeheimnisse auch personenbezogene Daten des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses darstellen, deren Schutzverletzung (auch) nach datenschutzrechtlichen Maßstäben zu beurteilen sind. Im Verhältnis zu datenschutzrechtlichen Vorschriften gilt Folgendes: § 1 DSGVO 2018 statuiert grundsätzlich das Grundrecht

auf Geheimhaltung von Daten für natürliche und juristische Personen. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten hat nach den Grundsätzen der §§ 4ff DSG 2018 und nach den Bestimmungen der DSGVO zu erfolgen. Ergänzend dazu können Geheimhaltungspflichten – wenn notwendig und verhältnismäßig – durch nationales oder EU-Recht vorgesehen werden (vgl. ErwG 164 DSGVO, Art. 90 DSGVO).

Im Zusammenhang mit Arbeitnehmern ist generell zu berücksichtigen, dass die Mobilität von Arbeitnehmern nicht eingeschränkt werden sollte. Die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes, BGB. Nr. 80/1965, idgF bleiben unberührt.

**Finanzielle Auswirkungen:**

- Keine erheblichen Auswirkungen

**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 (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. Die zivilrechtlichen Tatbestände nach §§ 11 und 12 sind von den neuen Bestimmungen in §§ 26a bis 26j umfasst.

**Zu Z 2 (§ 25 Abs. 3):**

Art. 15 der Richtlinie (EU) 2016/943 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 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 § 26e, ist der bisherige Verweis obsolet. Die Urteilsveröffentlichung entsprechend der Richtlinie (EU) 2016/943 ist im Entwurf in § 26h Abs. 6 und 7 geregelt.

**Zu Z 3 (§§ 26a bis 26j):**

Der neue Abschnitt gliedert sich in Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen, rechtswidriges Verhalten und – entsprechend der Richtlinie (EU) 2016/943 – Beschreibung rechtmäßigen Verhaltens. Anschließend folgen im Einklang mit der Systematik der Richtlinie (EU) 2016/943 die zivilrechtlichen Ansprüche.

**Zu § 26a:**

Diese Bestimmung gibt zusammengefasst die Inhalte des neuen Unterabschnitts wieder. Die Bestimmungen des 2. Unterabschnitts des 1. Abschnitts finden Anwendung auf die Bestimmungen des neuen Unterabschnitts, sofern nichts Gegenteiliges geregelt wird.

Abs. 2 gibt die Vorschriften wieder, die die Richtlinie (EU) 2016/943 nach Art. 1 Abs. 2 lit. b bis d unberührt lässt. (Die in Art. 1 Abs. 2 lit. a der Richtlinie (EU) 2016/943 angesprochene Meinungsäußerungsfreiheit etc. wird – in Umsetzung des Art. 5 lit. a – in § 26d Abs. 3 Z 2 lit. a berücksichtigt.)

**Zu § 26b:**

§ 26b übernimmt die Begriffsbestimmungen aus Art. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943. Die Definition von Geschäftsgeheimnissen orientiert sich auch an der deutschen Übersetzung von Art. 39 TRIPS-Abkommen („zu tun haben“ statt „umgehen“). Die Richtlinie (EU) 2016/943 bezweckt gem. Art. 6 Abs. 1 nur einen zivilrechtlichen Schutz.

Zu Abs. 1:

Geschäftsgeheimnisse iSd § 26b Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943]. 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. Da die Richtlinie (EU) 2016/943 neben technischen auch kommerzielle Geheimnisse schützt, sind neben den Geschäftsgeheimnissen auch die bisher sog. Betriebsgeheimnisse erfasst. Von dieser Definition sind hingegen jedenfalls belanglose Informationen und allgemeine Erfahrungen, Wissen, Fähigkeiten und Qualifikationen ausgenommen, 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. Das Gericht prüft hier nach objektiven Kriterien, ob ein Geschäftsgeheimnis iSd § 26b Abs. 1 vorliegt (vgl. zB auch ErwG 14 zur Richtlinie (EU) 2016/943, wonach ein „legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung“ Voraussetzung ist). Daher entfällt auch durch eine allenfalls erforderliche Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses im Verfahren der Geheimnischarakter nicht.

Definitionsgemäß sind Geschäftsgeheimnisse solche, die nicht ohne weiteres für jedermann 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; 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 und nur begrenzte finanzielle Ressourcen 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 vom Unternehmer nicht ausdrücklich erklärt werden muss, sondern sich auch nur 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. Es genügt, dass für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer dieser Wille des Unternehmers klar sein musste (4 Ob 394/86, *Tenniskartei*, ÖBl 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 (EU) 2016/943 gedeckt.

Zu Abs. 2: Damit wird die Definition des „Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses“ von der Richtlinie (EU) 2016/943 übernommen. Es kommt auf die Verfügungsgewalt (engl. „controlling“) an. Diese kann etwa in Lizenzverträgen näher geregelt werden und dem Lizenznehmer ausdrücklich übertragen werden.

Zu Abs. 3 und 4: Damit wird die Definition für Rechtsverletzer und rechtsverletzende Produkte aus der Richtlinie (EU) 2016/943 übernommen.

#### **Zu § 26c:**

§ 26c fasst die in Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 geregelten Fälle des rechtswidrigen Erwerbs, der rechtswidrigen Nutzung und rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zusammen, wobei jedoch das Element der Zustimmung als Thema der rechtmäßigen Nutzung in § 26d Abs. 1 aufgenommen wird.

Dem Rechtsunterworfenen wird damit dargelegt, welche Vorgangsweisen grundsätzlich rechtswidrig sind.

Zu Abs. 3 ist auf die Ausführungen zu § 26e Abs. 3 zu verweisen.

**Zu § 26d:**

Zu Abs. 1:

Während die Richtlinie (EU) 2016/943 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.

Zu Abs. 2:

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

In Abs. 2 Z 3 versteht man unter „bestehenden Vorschriften“ auch die hierzu ergangene Judikatur [vgl. Gepflogenheiten – siehe Art. 3 Abs. 1 lit. c Richtlinie (EU) 2016/943.]

Abs. 3 fasst die Fälle zusammen, in denen nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 der Erwerb, die Nutzung und die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses rechtmäßig sind.

In Abs. 3 Z 2 werden die Ausnahmen des Art. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 aufgezählt.

Abs. 3 Z 2 lit. b setzt Art. 5 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943] ist.

Im Sinne des Legalitätsprinzips kann sich Fehlverhalten nur auf eine rechtswidrige Handlung beziehen und es würde zu weit gehen, wenn 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 Geschäftsgeheimnisses durch Dritte gem. Abs. 3 Z 2 lit. b führen könnte.

Abs. 3 Z 2 lit. c setzt Art. 5 lit. c der Richtlinie (EU) 2016/943 um. Abs. 3 Z 2 lit. d setzt Art. 5 lit. d der Richtlinie (EU) 2016/943 um. Beispiele für ein legitimes Interesse 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 (EU) 2016/943 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.

**Zu § 26e:**

Zu Abs. 1:

Art. 12 der Richtlinie (EU) 2016/943 regelt – wenngleich mit anderer Terminologie – Ansprüche auf Unterlassung („gerichtliche Anordnungen“) bzw. Beseitigung („Abhilfemaßnahmen“) aus einer Verletzung des Geheimnissschutzes; Art. 14 der Richtlinie (EU) 2016/943 harmonisiert den Schadenersatz. Der Entwurf schlägt vor, die bewährte österreichische Terminologie beizubehalten und an dieser Stelle 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 erzielten Gewinne, die auf der missbräuchlichen Handlung beruhen, 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. An dieser Stelle sei auch auf die Judikatur (RIS-Justiz RS0076504) verwiesen, welche als Lückenschluss im UWG in Fällen, in welchen es für die Verfolgung des Anspruches gegen den Rechtsverletzer erforderlich ist, einen Rechnungslegungsanspruch des Verletzten in Anlehnung an die Vorschriften des Immaterialgüterrechts bejaht.

Hinsichtlich der Haftung ist § 17 UWG anzuwenden.

Bei der Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes können nach der Richtlinie (EU) 2016/943 darüber hinaus gegebenenfalls allfällige wirtschaftliche Faktoren wie der (immaterielle) Schaden, der dem

Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder rechtswidrige Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses entstanden ist, berücksichtigt werden.

Mit Abs. 1 wird auch Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 umgesetzt, der als Schutzberechtigten den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses bestimmt. Aktivlegitimiert ist somit der in § 26b Abs. 2 definierte Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses, also auch der Lizenznehmer, wenn ihm im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen worden ist.

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 der Eigenart des Geheimnisses, der vom Inhaber angewandten Schutzmaßnahmen, der Vorwerfbarkeit des Verhaltens beim Erwerb, der Nutzung oder Offenlegung sowie der Folgen dieses Verhaltens heranzuziehen.

Zu Abs. 2:

§ 16 UWG sieht schon derzeit für den Fall einer schuldhaften Rechtsverletzung (wie Art. 14 der Richtlinie (EU) 2016/943) 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 pauschalierten Schadenersatzes, wenn dies der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses – unabhängig vom Nachweis der Höhe des Schadens – verlangt.

Zu Abs. 3:

Der Entwurf fasst die in Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 geregelten Fälle, die die in § 26e Abs. 1 vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen, in § 26c zusammen. Die Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 nach § 26e Abs. 3 Z 1 der Nutzer oder Offenleger, der erst nach Beginn der Nutzung oder Offenlegung Kenntnis von Tatsachen erlangt, aufgrund derer er wusste oder hätte wissen müssen, dass ihm das Geschäftsgeheimnis unmittelbar oder mittelbar über eine andere diesbezüglich rechtswidrig handelnde Person bekannt geworden ist.

Für die Fälle der nachträglichen Schlechtgläubigkeit verpflichtet Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2016/943 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 Abs. 4:

Die Verjährungsfrist für Unterlassungsklagen nach § 20 Abs. 1 1. HS. UWG (6 Monate) wäre vor allem aufgrund der oft besonders komplizierten Vorbereitungen derartiger Klagen erheblich zu kurz. Der rechtswidrige Erwerb, die rechtswidrige Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen wird vom Inhaber des geschützten Geheimnisses in den meisten Fällen mit erheblicher zeitlicher Verzögerung wahrgenommen, weil der Verletzer vielfach unbemerkt und im Geheimen gehandelt hat. Die Verdachtsmomente verdichten sich oft erst im Laufe der Zeit. Daher ist für diesen Unterabschnitt diese Sonderbestimmung des § 26e Abs. 4 heranzuziehen. Nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 beträgt die absolute Verjährungsfrist höchstens sechs Jahre.

**Zu § 26f:**

Zu Abs. 1:

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 nach Art. 12 Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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:**

Zu Abs. 1:

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 rechtswidrigen 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.

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 (EU) 2016/943 lässt einen solchen weitergehenden Schutz durchaus zu (s. Art. 1 Abs. 1 zweiter Unterabs.).

Zu Abs. 2:

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 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.

Zu Abs. 3:

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit können nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 unter Berücksichtigung der besonderen Umstände gegebenenfalls folgende Kriterien herangezogen werden: der Wert oder andere spezifische Merkmale des Geschäftsgeheimnisses, die zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffenen Maßnahmen, das Verhalten des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Genehmigung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnten, die legitimen Interessen Dritter, das öffentliche Interesse und der Schutz der Grundrechte.

Zu Abs. 4:

Die Richtlinie (EU) 2016/943 spricht in Art. 12 Abs. 1 lit. d sowie in Abs. 3 die Überlassung von Gegenständen gegen Vergütung 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. Das Gericht soll hier im Einzelfall auf Antrag und nach Ermessen entscheiden.

Zu Abs. 5:

Nach Art. 12 Abs. 1 richtet sich auch der Beseitigungsanspruch gegen den Rechtsverletzer. Die Richtlinie (EU) 2016/943 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 den Rechtsverletzer davon abhängig zu machen, dass ihm die Verfügungsgewalt über den betroffenen Gegenstand zusteht.

#### **Zu § 26h:**

§ 26h setzt einerseits Art. 9 der Richtlinie (EU) 2016/943 um und regelt andererseits spezielle verfahrensrechtliche Bestimmungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, sowohl des Klägers als auch des Beklagten.

Zu Abs. 1:

Der Geheimnisinhaber muss das Vorliegen der Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses (sowie seiner Verletzung) entsprechend vorbringen, und ein Anspruch auf den Schutz desselben schlüssig ableitbar sein. Der Geheimnisinhaber muss daher noch keine wesentlichen Informationen über das Geschäftsgeheimnis im erstmals das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses behauptenden Schriftsatz preisgeben, bevor den Verfahrensbeteiligten eine Verschwiegenheitspflicht auferlegt und sonstige Geheimhaltungsmaßnahmen (Abs. 4) gesetzt werden. Ein reduziertes Beweismaß ist hier ausreichend.

Zu Abs. 2:

Ziel der Richtlinie (EU) 2016/943 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, Maßnahmen 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 (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, *Zak* 2016, 404 (406)]. Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie (EU) 2016/943 nicht nur die Geheimnisphäre eines potenziellen Verletzers, sondern auch jene des Verletzten schützt, um diesem seine effektive Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen [vgl. *Rassi*, ebenda (405)].

Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 wird nicht in Art. 1 Abs. 1 angeführt und ist daher ein Fall der Mindestharmonisierung und erlaubt bessere Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Die vorgeschlagene Regelung ist damit von der Richtlinie (EU) 2016/943 gedeckt.

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. Würde man in jedem Fall Akteneinsicht gewähren, würde man dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter den Vorzug geben gegenüber dem Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums und sonstigen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten. Daher waren im konkreten Fall Lösungen anzubieten, die einen ausgewogenen Kompromiss darstellen.

So sollte das Gericht u.a. die Möglichkeit haben, einen Sachverständigen zu bestellen, welcher in die Unterlagen des Geschäftsgeheimnisinhabers Einsicht nimmt und eine Zusammenfassung anfertigt. Der Sachverständige nimmt lediglich einen Befund über die ihm gegenüber offengelegten Informationen auf und legt dann dem Gericht in der Zusammenfassung darüber Bericht. Diese Zusammenfassung enthält auch keine Teile von Geschäftsgeheimnissen. Die Zusammenfassung wird den Akten beigelegt und unterliegt der Akteneinsicht.

Hingegen die Unterlagen zu Geschäftsgeheimnissen, deren Inhalt der Sachverständige als Geschäftsgeheimnis oder Teile davon gekennzeichnet hat, sowie der Befund und das Gutachten des Sachverständigen sind vom Recht auf Akteneinsicht ausgenommen und nur dem Gericht zugänglich. Das Gericht hat jedenfalls Zugang zu sämtlichen der Beurteilung des Sachverständigen zugrundeliegenden Unterlagen. Damit wird das gesamte Beweisverfahren hinsichtlich dieses zentralen Punktes vom Gericht durchgeführt. Das Sachverständigengutachten kann daher vom Entscheidungsorgan überprüft werden und liegt die Entscheidung beim Gericht. 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 oder Teile davon beinhalten, sollen daher wie Entwürfe von Urteilen und Beschlüssen, Protokolle über Beratungen und Abstimmungen des Gerichtes und solche Schriftstücke, welche Disziplinarverfügungen enthalten, zwar Aktenbestandteil sind, aber der Akteneinsicht entzogen sein. Das Gericht hat jedenfalls selbst Zugang zu den Dokumenten, auch wenn sie nicht Aktenbestandteil werden.

Die Möglichkeit der Heranziehung eines Sachverständigen ergänzt das Instrumentarium im Rahmen seiner Möglichkeiten („Toolbox“), die schon jetzt dem Gericht zur Verfügung stehen, wie zB:

- Vorbereitende Tagsatzung, die der Erörterung der zur Wahrung der Vertraulichkeit dienenden Maßnahmen mit den Parteien sowie zur anschließenden Beschlussfassung des Gerichts über derartige Maßnahmen dient.
- Möglichkeit, auch in der Klagebeantwortung für den Antragsgegner lediglich das Bestehen eines nur allgemein umschriebenen Geschäftsgeheimnisses darzulegen, dessen Offenlegung im erforderlichen Umfang aber der Anordnung des Gerichtes in einem prozessleitenden Beschluss oder einer vorbereitenden Tagsatzung (in denen das Gericht auch geeignete Geheimhaltungsmaßnahmen anordnet) vorzubehalten, ohne dadurch die Schlüssigkeit des Vorbringens 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 (zB, ob der Vorwurf, der Beklagte habe sich illegitim Zugang zu Informationen des Klägers verschafft, zutrifft)

Zu Abs. 3:

Hier wird sichergestellt, dass die verfahrensgegnerische Partei aufgrund eines begründeten Antrags dennoch Zugang zu allen vorgebrachten Beweismitteln betreffend das Geschäftsgeheimnis 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 Parteien haben das Recht, zu Verfahrensvorgängen, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, Stellung zu nehmen, sie haben Anspruch auf allseitiges rechtliches Gehör. Sie haben insbesondere das Recht, ihren Standpunkt darzulegen und sich zu allen Tatsachen und zu sämtlichen Beweisergebnissen, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden, zu äußern. Die Partei hat damit auch die Möglichkeit, die Klage zurückzuziehen, bevor eine Offenlegung verfügt wird:

Der Antragsgegner (hins. des Antrags nach Abs. 3) kann nach § 237 Abs. 1 zweiter Satz ZPO bis zur Entscheidung darüber, wenn er gleichzeitig auf den Anspruch verzichtet, die Klage ohne Zustimmung des Beklagten zurücknehmen, um u.a. die Geheimhaltung seines Geschäftsgeheimnisses auf diesem Wege sicherzustellen. Der Verzicht als eine prozessuale Verfügung über den mit der Klage verfolgten Anspruch muss eindeutig erklärt werden, wenn er die Grundlage für eine endgültige formale Anspruchs erledigung abgeben soll.

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

Eine etwaige Offenlegung erfolgt nur gegenüber der antragstellenden Partei. Die Prüfung, ob nun ein entsprechender Antrag iSd Abs. 3 durch den Verfahrensgegner tatsächlich erforderlich und gerechtfertigt ist, obliegt den Gerichten.

Zu Abs. 4:

Alle Personen, die nur aufgrund der Teilnahme an dem Verfahren von dem Geschäftsgeheimnis Kenntnis erlangen, unterliegen gem. Abs. 4 der Verpflichtung zur Geheimhaltung. Sie dürfen das Geschäftsgeheimnis weder nutzen noch offenlegen. Die betroffenen Personen sind vom Gericht über diese Pflicht zu belehren (Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/943).

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 (EU) 2016/943 um.

Zu Abs. 6:

Der in Art. 15 der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 trägt den Gerichten bei der Entscheidung über die Urteilsveröffentlichung eine von den Regelungen in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 etwas abweichende Interessenabwägung auf, deren Umsetzung in Abs. 6 vorgeschlagen wird. Bei der Beurteilung, ob ein berechtigtes Interesse nach § 25 Abs. 3 auf Urteilsveröffentlichung besteht, ist zu prüfen, ob dieses verhältnismäßig ist, wobei gegebenenfalls der Wert des Geschäftsgeheimnisses, das Verhalten des Rechtsverletzers beim Erwerb, der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses sowie die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Wahrscheinlichkeit einer weiteren rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses und bei der Veröffentlichung dieser Information darüber hinaus, ob eine solche Maßnahme der Privatsphäre und dem Ruf des Rechtsverletzers Schaden zufügen kann, ebenso zu berücksichtigen sind.

Die nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 um. Für den Umfang der Veröffentlichungen ist jedenfalls § 25 Abs. 4 heranzuziehen, um sicherzustellen, dass keine Geschäftsgeheimnisse veröffentlicht werden.

#### **Zu § 26i:**

Die Bestimmung setzt Art. 10 der Richtlinie (EU) 2016/943 um. Darüber hinaus wird ein subsidiärer Verweis auf die Bestimmungen der EO für die einstweilige Verfügung vorgeschlagen, zumal die Regelungen der Richtlinie (EU) 2016/943 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 sowie § 87c UrhG kann auch die Sicherung von Beweismitteln mittels einstweiliger Verfügung beantragt werden. Der Verweis in Abs. 1 letzter Satz auf § 26h stellt klar, dass die Vertraulichkeit des Geschäftsgeheimnisses auch bei Verhängung von einstweiligen Verfügungen zu wahren ist. Dabei hat das Gericht insbesondere die Möglichkeit, Maßnahmen nach § 26h Abs. 2 zu treffen.

Eine Abweichung zu § 396 EO ist vorzusehen, zumal die Bestimmung nicht den Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 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 (EU) 2016/943 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:**

Zu Abs. 1:

Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 regelt, dass dem Antragsteller die Vorlage von Beweisen aufgetragen werden kann.

Es wird zwar in Art. 11 Abs. 1 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.

Diese gesonderte Anführung der anspruchsbegründenden Umstände, die zu bescheinigen sind, ist ohnedies in den Regelungen der Anspruchsgrundlagen enthalten.

Zu Abs. 2:

Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 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 besonderen Umständen des Falls Rechnung zu tragen, gegebenenfalls dem Wert und anderen spezifischen Merkmalen des Geschäftsgeheimnisses, den zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffenen Maßnahmen, dem Verhalten des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, den Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, den legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Gewährung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte, den legitimen Interessen Dritter, dem öffentlichen Interesse und dem Schutz der Grundrechte. Die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses stellt im österreichischen Recht iZm Geschäftsgeheimnissen bei der Antragstellung von Sicherungsmitteln einen Fremdkörper dar. An eine Berücksichtigung des öffentlichen Interesses wird daher nur in Ausnahmefällen zu denken sein. Die Richtlinie stellt keine Fallbeispiele zur Verfügung.

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 (EU) 2016/943 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. 3 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 um.

Abs. 5 soll entsprechend Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 einen Ersatzanspruch des Antragsgegners oder eines unmittelbar geschädigten Dritten für den durch die einstweilige Verfügung entstandenen Schaden vorsehen, soweit kein rechtswidriger Erwerb, keine rechtswidrige Nutzung oder rechtswidrige Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses vorlag.

#### **Zu Z 4: (§ 33d):**

Nach § 33d Abs. 1 UWG ist derjenige zu bestrafen, welcher gegen die Bestimmungen der Artikel 3 bis 5 der Verordnung (EU) 2018/302 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der

Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. Nr. L 60 vom 02.03.2018 S. 1, verstößt. Damit wird Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 2018/302 umgesetzt. Zuständige Strafbehörden sind die Bezirksverwaltungsbehörden, also die Bezirkshauptmannschaften, in Städten mit eigenem Statut der Bürgermeister (Magistrate) und in Wien der Magistrat der Stadt Wien. Gegen einen Strafbescheid nach § 33d steht das Rechtsmittel der Beschwerde an die Landesverwaltungsgerichte offen.

Soweit Organe der zuständigen Behörde nach Abs. 2 eine Übertretung gemäß Abs. 1 durch KMU feststellen und die Voraussetzungen des § 371c Abs. 1 und 2 GewO 1994 erfüllt sind, so können sie nach dem Grundsatz „Beraten statt Strafen“ vorgehen.

Die Verordnung (EU) 2018/302 betr. Geoblocking gilt i.Ü. gem. Art. 1 Abs. 2 „nicht für rein inländische Sachverhalte, bei denen sich alle wesentlichen Bestandteile der Transaktionen auf einen einzigen MS beschränken.“

**Zu Z 5 (§ 44 Abs. 11):**

Hier wird das erforderliche Inkrafttretensdatum verankert.

Zugleich wird klargestellt, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gemäß diesen neuen Bestimmungen (zB Definition) für alle Sachverhalte gilt, die nach diesen Inkrafttretensdaten verwirklicht werden.

Zur vorliegenden Novelle ist bis Ende 2021 eine Evaluierung über die Anwendung insb. der Bestimmung des § 26h vorgesehen.

**Zu Z 6 (§ 45 Ziffer 3):**

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

**Zu Art. 2 (Änderung der Zivilprozessordnung):**

**Zu Z 1 (§ 172 Abs. 2):**

Österreichische Diktion ist zwar „Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse“, in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 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).

**Zu Artikel 3 (Änderung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes).**

**Zu Z 1 (§ 3 Abs. 1 Z 3):**

Hier erfolgt eine notwendige formale Ergänzung im Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz. Danach ist die Bundeswettbewerbsbehörde nicht nur für die Vorschriften zur Umsetzung der bisher im Anhang unter Z 3 angeführten Richtlinien, sondern ab Inkrafttreten auch für eine neue Verordnung zuständig. Demnach ist die Bundeswettbewerbsbehörde gem. Anhang Z 3 lit. d auch für die Verordnung (EU) 2018/302 betr. Geoblocking zuständig.

**Zu Z 2 (Anhang Z 3 lit. d):**

Im Anhang der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz wurde unter der Nummer 22 die Verordnung (EU) 2018/302 angefügt [vgl. Art. 10 Verordnung (EU) 2018/302]. Diese Änderung ist im Anhang zum Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz darzustellen.