

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Jänner 2018

01

1 – 44

Beiträge

Gift im Markenprodukt

Michael Woller und Christian Hauer ↻ 4

Rabatte im (Unions-)Kartellrecht Florian Neumayr ↻ 11

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 12

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 15

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 20

Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren ↻ 21

Leitsätze

Nr 1 – 10 ↻ 22

OGH 24. 8. 2017, 4 Ob 130/17x, Reisebüroleistung Guido Donath ↻ 22

OLG Wien 11. 7. 2017, 133 R 30/17k, Bauanwalt Reinhard Hinger ↻ 23

EuGH 4. 5. 2017, C-339/15, Vanderborght Silke Graf ↻ 24

Rechtsprechung

Geheimhaltungsverpflichtung – Weiterverwendung von Kundenlisten
für einen Konkurrenten Armin Bammer ↻ 28

Raimund/Baucherlwärmer III – Verletzungsklage und Widerklage
Christian Schumacher ↻ 32

Austria Asphalt – Zusammenschluss ohne Entstehung eines „Vollfunktionsunternehmens“
Raoul Hoffer ↻ 35

De lege ferenda

Geschäftsgeheimnisschutz heute und morgen

Dominik Hofmarcher ↻ 38

NEU!
Judikatur
des EPA

Geschäftsgeheimnisschutz heute und morgen

Zwischen Immaterialgüterrecht und Marktverhaltensregeln

Obwohl vertrauliches Know-how und Geschäftsgeheimnisse für Unternehmen eine genauso wichtige Rolle wie Patente und andere Rechte des geistigen Eigentums spielen,¹⁾ wird deren Schutz im nationalen Recht – materiell wie prozessual – bisher eher stiefmütterlich behandelt. Die bis 8. 6. 2018 umzusetzende GeschäftsgeheimnisRL²⁾ („RL“) bietet nun die Chance, den Geheimnisschutz auf ein neues Fundament zu stellen.

ÖBL 2018/11

A. Bedeutung des (Geschäfts-)Geheimnisschutzes

1. „Privatsphäre“ für Unternehmen

Natürliche und juristische Personen brauchen einen geschützten **Bereich der Vertraulichkeit**³⁾, in dem sie sich frei entfalten können. Dieser Bereich ist dem Zugriff durch Dritte grundsätzlich entzogen.

Im privaten Bereich spricht man idZ meist von der – ua durch Art 8 EMRK geschützten – **Privatsphäre**. Nach den Erläut zu § 1328a ABGB fallen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse allerdings nicht in diesen Bereich,⁴⁾ sie werden nach der Rsp des OGH auch nicht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des § 16

ABGB erfasst.⁵⁾ Die neue DSGVO ist auf juristische Personen ebenfalls nicht anwendbar.⁶⁾

1) Vgl ErwGr 2 GeschäftsgeheimnisRL.

2) RL (EU) 2016/943 des EP und des Rates v 8. 6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

3) *Ohly*, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1 (3).

4) ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 18.

5) OGH RIS-Justiz RS0009003 T 10.

6) Strittig ist, ob sich juristische Personen weiterhin auf § 1 DSGVO berufen können, vgl *Leissler/Wolffbauer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung – ein Weckruf an die Un-

Vor diesem Hintergrund sind Unternehmen auf den **Geschäftsgeheimnisschutz** angewiesen.

2. Die Funktionen des Geschäftsgeheimnisschutzes

a) Einziger Schutz der (Geschäfts-)Idee

„Am Anfang aller Rechte des geistigen Eigentums steht ein Geheimnis“ – so ist es in der Einleitung zum Richtlinienvorschlag der Kom⁷⁾ zu lesen. Tatsächlich kann man diesen Gedanken aber noch weiterspinnen, denn im Grunde steht am Anfang jeder (geschäftlichen) Tätigkeit – mag sich daraus ein Recht des geistigen Eigentums entwickeln oder nicht – ein Geheimnis. Schließlich setzt jede gezielte (geschäftliche) Handlung zunächst eine Überlegung und damit eine **Idee** voraus.⁸⁾ Diese Idee kann trivial, vielleicht aber auch genial sein. Eines ist diesen Ideen gemein – sie sind rechtlich **nicht monopolisierbar**⁹⁾ und können nur faktisch durch **Geheimhaltung** geschützt werden. Dieser faktische Schutz wird auf rechtlicher Ebene durch den Geschäftsgeheimnisschutz abgesichert.

b) Der Geschäftsgeheimnisschutz als notwendige Zwischenstufe am Weg zum Immaterialgüterrecht

In der Einleitung zum Richtlinienvorschlag fährt die Kom fort: „Schriftsteller geben nicht preis, an welchem Plot sie gerade arbeiten (künftiges Urheberrecht), Autobauer veröffentlichen nicht die Entwürfe eines neuen Modells (künftiges Geschmacksmuster), Unternehmen geben nicht die vorläufigen Ergebnisse ihrer technologischen Experimente bekannt (künftiges Patent) und halten Informationen über neue Markenartikel zurück (künftige Marke) usw.“¹⁰⁾ Die Kom rückt hier also die „**Lückenfüllungsfunktion**“ des Geschäftsgeheimnisschutzes in den Mittelpunkt, zumal der Schutz durch Immaterialgüter mitunter zu spät kommen kann.

Am unproblematischsten ist idZ der **urheberrechtliche Schutz**: Er entsteht ohne Registrierung mit dem Akt der Schöpfung, also unmittelbar mit der ersten Umsetzung einer Idee. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um eine eigentümliche geistige Schöpfung auf dem Gebiet der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste oder der Filmkunst handelt.¹¹⁾ Viele Umsetzungen von Ideen werden einem urheberrechtlichen Schutz daher von vornherein nicht zugänglich sein.

Marken- und musterrechtlicher Schutz entsteht grundsätzlich erst mit Registrierung. Von der ersten Idee bis zur Anmeldung kann erfahrungsgemäß einige Zeit vergehen (an den internen Entwicklungsprozess schließt idR auch noch eine rechtliche Prüfung). In dieser „Pre-Launch-Phase“ ist der Geschäftsgeheimnisschutz essentiell.

Ähnlich sieht es im **Patent- und Gebrauchsmusterrecht** aus. Hier ist der Weg von der Idee (auf diese Art und Weise könnte ein Problem technisch gelöst werden) zum Schutzrecht mitunter am längsten. Oftmals wird es jahrelanger Forschung und Entwicklung bedürfen, bis die Lösung der Aufgabenstellung in einer Patentschrift festgehalten werden kann und die Patentansprüche formuliert sind.

c) Der Geschäftsgeheimnisschutz als notwendige Ergänzung zu den Immaterialgüterrechten

Nach dem bisher Gesagten könnte man meinen, dass der Geschäftsgeheimnisschutz bloß eine „Lückenbüsserfunktion“ erfüllt. Das trifft freilich nicht zu. Vielmehr ist er eine notwendige Ergänzung zum Immaterialgüterrecht. Dies zeigt sich am deutlichsten daran, dass nicht jede Umsetzung einer Idee bzw jedes Leistungsergebnis dem Schutz als absolutes Schutzrecht **zugänglich** ist – das gilt insb für kommerzielle Geschäftsgeheimnisse.¹²⁾ In anderen Fällen ist ein Schutz durch Immaterialgüterrechte schlicht **zu teuer** – man denke etwa an einen territorial umfassenden Patentschutz.¹³⁾

Die Geheimhaltung hat gegenüber dem Patent- bzw Gebrauchsmusterschutz noch einen Vorteil: Die technische **Lösung** muss **nicht offengelegt** werden und bleibt so lange geschützt, solange sie geheim gehalten werden kann bzw solange kein Dritter dieselbe Lösung entwickelt und veröffentlicht. Vor diesem Hintergrund ist so mancher Erfinder geneigt, auf den „Deal“ mit dem Gesetzgeber – Offenlegung der Erfindung gegen Gewährung eines zeitlich befristeten Monopols – zu verzichten. Ein Schutz durch Geheimhaltung kommt freilich nicht in Betracht, wenn die technische Lösung einfach im Wege des Reverse Engineering¹⁴⁾ ermittelt werden kann.

Besonders wichtige Innovationsschritte oder Erfindungen, die aus faktischen Gründen nicht geheim gehalten werden können, werden daher häufig durch absolute Registerrechte (Patent, Gebrauchsmuster, Design) geschützt – der Rest wird faktisch durch Geheimhaltung monopolisiert.¹⁵⁾

d) Schutz von Daten

Es existiert – aus unterschiedlichsten Gründen – **kein Sonderrecht** zum Schutz nicht-personenbezogener Daten (Stichwort Data Ownership).¹⁶⁾ Abgesehen vom möglichen Datenbankschutz für bereits strukturierte Daten bleibt daher nur der Schutz als Geschäftsgeheimnis. Ob das Geheimniskriterium erfüllt ist, hängt von den Daten und den Datenanwendungen ab.

Voraussetzung für den Schutz als Geschäftsgeheimnis ist nach geltendem Recht **ua**, dass die Information bloß einer **bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt** ist.¹⁷⁾ Beim Datenaustausch in vernetzten Umgebungen bzw im Fall der Zurverfügungstellung von Daten an Kunden kann man mE durchaus großzügig sein, was den eingeweihten Personenkreis betrifft, soweit es sich insgesamt um eine „Closed Group“ handelt. Dies entspricht mE auch der RL, die darauf abstellt, dass die fraglichen Informationen „weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind.“¹⁸⁾

B. Dogmatische Einordnung des (Geschäfts-)Geheimnisschutzes

Die Diskussion, ob der Geschäftsgeheimnisschutz nun eher zum **Immaterialgüterrecht** oder zum **Lauterkeitsrecht** gehört, hat zwar primär akademische Bedeutung. Dennoch bringt die Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur gewisse Erkenntnisgewinne – auch im Hinblick auf die Umsetzung der RL. →

ternehmen, ecolex 2016, 1114; *Leissler*, Datenschutz für juristische Personen – ein Blick in die Zukunft, ecolex 2017, 1222.

7) Richtlinienvorschlag der Kommission, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52013PC0813> (8. 1. 2018).

8) Vgl dazu auch *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2017) 16.

9) Vgl mwN *Kucsko*, ecolex 2014, 253 und *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2017) 184.

10) Siehe FN 7.

11) § 1 Abs 1 UrhG.

12) *McGuire*, Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind? GRUR 2015, 424 (425).

13) Da in der Patentschrift die technische Lösung offenbart wird, muss die Erfindung in allen relevanten Territorien zum Patent angemeldet werden.

14) Art 3 Abs 1 lit b GeschäftsgeheimnisRL stellt klar, dass Beobachtung, Untersuchung, Rückbau oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das bzw der öffentlich verfügbar gemacht wurde oder sich im rechtmäßigen Besitz des Erwerbers der Information befindet, der keiner rechtsgültigen Pflicht zur Beschränkung des Erwerbs des Geschäftsgeheimnisses unterliegt, zulässig ist.

15) *McGuire*, GRUR 2015, 424 (425).

16) Vgl die Analyse von *Wiebe*, Wem gehören maschinenengineerte Daten? ecolex 2017, 783.

17) Vgl OGH RIS-Justiz RS0079599.

18) Art 2 GeschäftsgeheimnisRL.

1. Geistiges Eigentum

Eigentum bedeutet, dass ein Rechtsobjekt einem Rechtssubjekt **ausschließlich zugeordnet** ist. Der Eigentümer hat das alleinige Recht, mit der Sache nach Belieben zu schalten und zu walten und jeden Dritten davon auszuschließen.¹⁹⁾ Mit gewissen Abstufungen und Modifikationen, die sich insb aus der **Ubiquität des Immaterialien** ergeben,²⁰⁾ gilt dies auch für geistiges Eigentum. Dabei sind die gewährten Ausschließungsrechte freilich nicht unbeschränkt, sondern regelmäßig auf die **Funktionen** des jeweiligen Schutzrechts zugeschnitten.²¹⁾

Da eine physische Zuordnung durch „Besitz“ nicht möglich ist, wird die erforderliche Publizität regelmäßig durch die Eintragung in ein **Register** gewährleistet.²²⁾

Genauso wie das Eigentum iSd § 365 ABGB hat auch das geistige Eigentum am verfassungsrechtlichen **Eigentumsschutz** teil.²³⁾

2. Konzept des Geschäftsgeheimnisschutzes im aktuellen Recht

Die §§ 11 – 13 UWG statuieren klassische **Verbotsnormen**: „*Wer [...] ist mit [...] zu bestrafen*“. Dasselbe gilt freilich für die strafrechtlichen Normen der §§ 122 – 124 StGB. Betont werden nicht geschützte Rechtspositionen, sondern verbotene Verhaltensweisen. Schon von der Regelungstechnik her ist damit ein deutlicher Unterschied zu den immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen zu erkennen, die jeweils die Schutzposition des Inhabers definieren²⁴⁾ und diesem ein Ausschließungsrecht zuweisen.

3. Konzept des Geschäftsgeheimnisschutzes nach der GeschäftsgeheimnisRL

Anders als das UWG verfolgt die RL einen **schutzrechtsähnlichen Ansatz**.²⁵⁾ Dies zeigt sich schon daran, dass vom „Inhaber“ eines Geschäftsgeheimnisses gesprochen wird. Die Regelungstechnik entspricht im Wesentlichen jener des Immaterialgüterrechts – die RL determiniert den **Umfang und die Grenzen des Geschäftsgeheimnisschutzes**.

Ungeachtet dessen statuiert die RL aber **kein absolutes Recht** – vielmehr bleibt es beim „**Zugangsschutz**“: Es geht um die unlautere Erlangung und Verwertung von Informationen. In diesem Zusammenhang ist es auch bezeichnend, dass die RL in Art 3 zunächst einen Katalog rechtmäßiger Handlungen enthält. Rechtmäßig ist dabei insb eine unabhängige Entdeckung oder Schöpfung (Art 3 Abs 1 lit a). Hier gibt es gewisse Parallelen zum Urheberrecht: Auch im Urheberrecht greift eine echte Doppelschöpfung nicht in die Verwertungsrechte des Urhebers ein.²⁶⁾ Im Bereich des Geschäftsgeheimnisschutzes ist freilich auch ein Erkenntnisgewinn durch Reverse Engineering – und damit eine bestimmte Form des „Abschauens“ – zulässig (Art 3 Abs 1 lit b).²⁷⁾

Wie bisher ist damit nicht das Geschäftsgeheimnis/Know-how selbst geschützt; vielmehr ist die **unredliche Erlangung** und anschließende **Nutzung** untersagt – dies ist schon insofern gerechtfertigt, als an die Entstehung des Schutzes weder gegenständliche (Schutzobjekt), inhaltliche (Schöpfungshöhe), noch formelle (Registerverfahren) Anforderungen gestellt werden.²⁸⁾ Ein absolutes Recht an Geschäftsgeheimnissen wäre auch deshalb problematisch, weil Mitbewerber bei jeder Innovation riskieren würden, ein fremdes ihnen per definitionem unbekanntes Recht an einer übereinstimmenden Leistung zu verletzen.²⁹⁾

Wie *Ohly*³⁰⁾ betont, zwingt ein **immaterialgüterrechtliches Verständnis** aber keineswegs dazu, die geheime Information ihrem Inhaber absolut gegenüber gutgläubigen Dritten oder unabhängig von der Lauterkeit der Eingriffshandlung zuzuweisen.³¹⁾

C. Defizite des aktuellen Geschäftsgeheimnisschutzes

1. Fragmentarische materielle Bestimmungen

In Deutschland wurde der Geheimnisschutz als Aschenputtel und Stiefkind des Geistigen Eigentums und Lauterkeitsrechts bezeichnet.³²⁾ Ein ähnlicher Befund trifft auf den österr Geheimnisschutz zu. Tatsächlich verfolgen das dt und das österr Recht derzeit einen ähnlich untauglichen Ansatz: Vorgesehen sind **strafrechtliche Normen**, an die **akzessorisch zivilrechtliche Ansprüche** knüpfen.³³⁾

Die Spezialnormen des Geheimnisschutzes finden sich in den **§§ 11 – 13 UWG** (bzw **122 – 124 StGB**). Diese Bestimmungen setzen die Begriffe des Geschäfts- sowie Betriebsgeheimnisses voraus, ohne sie zu definieren. Es wird weder geregelt, wann und bei wem ein Geschäftsgeheimnis entsteht, noch welche Vorkehrungen der Inhaber zu treffen hat, um die Information geheim zu halten. Es existieren auch keine allgemeinen Bestimmungen zum rechtmäßigen bzw rechtswidrigen Erwerb und zur rechtmäßigen bzw rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung – nicht einmal in Form von Generalklauseln (zumal Straftatbestände nicht zu breit und unspezifisch sein dürfen).

Was das österr Recht anbietet, sind **fragmentarische Straftatbestände**, die jeweils ganz spezifische Fallkonstellationen erfassen. Da der zivilrechtliche Schutz (§ 13 UWG) an diesen Tatbeständen – samt Vorsatzerfordernis – anknüpft, bleibt er genauso fragmentarisch. Es verwundert daher nicht, dass ein Großteil der Fälle auf Basis der **Generalklausel des § 1 UWG** entschieden wird. Es mag zwar zutreffen, dass der OGH auf diese Weise viele Lücken schließt³⁴⁾ – dies ist der Rechtsklarheit und -sicherheit in einem so sensiblen Bereich wie dem Geschäftsgeheimnisschutz aber alles andere als zuträglich. Die Rsp des OGH zeigt im Übrigen, welche dogmatischen Kunstgriffe mitunter erforderlich sind, um vermeintlich klare Fälle zu lösen.³⁵⁾

2. Fehlende prozessuale Bestimmungen

Eigentlich noch trister sieht es im (Zivil-)Prozessrecht aus. Das Verfahrensrecht muss **Rahmenbedingungen** schaffen, die die **Rechtsdurchsetzung ermöglichen**, ohne dass der Geheimnisschutz durch Offenbarung verloren geht oder ein potentieller Mitbewerber im Rahmen des Prozesses – dh in lauterer Weise –

19) § 354 ABGB.

20) Vgl *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2017) 21 f.

21) So schützt etwa das Markenrecht nur vor einer Benutzung im geschäftlichen Verkehr für bzw im Zusammenhang mit Waren und Dienstleistungen, wenn dadurch eine Funktion der Marke beeinträchtigt wird.

22) Eine Ausnahme bildet das Urheberrecht, wobei hier konsequenterweise nicht der Prioritätsgrundsatz gilt und eine Doppelschöpfung nicht in die Verwertungsrechte des Urhebers eingreift.

23) Vgl für Deutschland *Ohly*, GRUR 2014, 1 (3).

24) *McGuire*, GRUR 2015, 424 (426f).

25) *McGuire*, Der Schutz von Know-how im System des Immaterialgüterrechts, GRUR 2016, 1000 (1005).

26) Dies ist konsequent: Anders als die gewerblichen Schutzrechte ist das Urheberrecht eines Dritten idR nicht aus einem öffentlichen Register ersichtlich.

27) Dies steht im Einklang mit der im Lauterkeitsrecht geltenden Nachahmungsfreiheit.

28) *McGuire*, GRUR 2015, 224 (426) mwN.

29) *McGuire*, GRUR 2015, 224 (426).

30) *Ohly*, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1 (4).

31) Ähnlich *McGuire*, GRUR 2016, 1000 (1005), wonach das Immaterialgüterrecht ausreichend flexibel sei, um einen für Geschäftsgeheimnisse maßgeschneiderten Schutz zu etablieren.

32) *Ohly*, GRUR 2014, 1 (1) mwN.

33) *Ohly*, GRUR 2014, 1 (2) mwN unter Hinweis auf die Parallellität der dt und österr Rechtslage.

34) *Ummenberger-Zierler*, Schutz von betrieblichem Know How in Europa – die EU-Harmonisierungsrichtlinie im Vergleich zur Rechtslage in den USA, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2017, 349 (361 f).

35) OGH 27. 7. 2017, 4 Ob 78/17 z. *Generalabonnement*, eclex 2017, 1091 (*Hofmarcher*); *Kucsko/Hofmarcher*, Wir brauchen bitte ein Geheimnisschutzgesetz, eclex 2017, 1090.

Kenntnis vom Geheimnis erlangt.³⁶⁾ Davon kann im geltenden österr (Zivilprozess-)Recht keine Rede sein:

Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen kann lediglich die **Öffentlichkeit ausgeschlossen** und die **Akteneinsicht beschränkt** werden – beides liegt letztendlich aber im Ermessen des Gerichts. Verschlussakten(teile) gibt es im Zivilprozess nicht.

Im Wesentlichen gibt die ZPO den Parteien ansonsten bloß die Möglichkeit, die Einführung eines Geschäftsgeheimnisses in ein Gerichtsverfahren zu verhindern.³⁷⁾ Das hilft freilich nicht, wenn das Geschäftsgeheimnis Gegenstand des Prozesses ist: Der Kläger muss sein Geschäftsgeheimnis offenbaren und einen entsprechenden Unterlassungsanspruch formulieren; der Beklagte wiederum hat ein Interesse darzulegen, dass er das Geschäftsgeheimnis nicht verwendet oder es nicht unlauter erlangt hat – dazu muss er seinerseits oftmals ein Geschäftsgeheimnis offenbaren. Das Zivilprozessrecht ignoriert diese Problematik gänzlich – es ist nicht einmal eine Verschwiegenheitspflicht (gegenüber Dritten) für die Prozessbeteiligten vorgesehen. Oftmals stehen die Parteien daher vor der Entscheidung, ein Geschäftsgeheimnis durch Offenlegung im Rahmen des Gerichtsverfahrens zu gefährden oder den Prozess zu verlieren – im schlimmsten Fall beides. Es scheint fraglich, ob das **Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** vor diesem Hintergrund gewahrt ist.³⁸⁾

Zwar handelt es sich bei den zentralen materiellen Bestimmungen zum Geschäftsgeheimnisschutz um strafrechtliche Normen. Ungeachtet dessen enthält aber auch die StPO keine Vorschriften zur Abwägung der Interessen des Privatanklägers und des Beklagten in Verfahren betreffend die (angebliche) Verletzung von Geschäftsgeheimnissen. Dass diesbezüglich ein Regelungsbedürfnis besteht, zeigt nicht zuletzt eine rezente Entscheidung des OGH ua zum Recht auf (Beschränkung der) Akteneinsicht.³⁹⁾

D. Umfassender (zivilrechtlicher) Ansatz der GeschäftsgeheimnisRL

Die RL verfolgt einen umfassenden Ansatz und zeichnet – analog zu den Immaterialgüterrechten – ein Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor. Ein allfälliger strafrechtlicher Schutz bleibt unberührt. Es handelt sich um eine Mindestharmonisierung mit einzelnen vollharmonisierten Bereichen (Art 1 Abs 1).

Die RL bringt erstmals eine **Definition** des Geschäftsgeheimnisses (Art 2 Z 1) und bestimmt, wer **Inhaber** des Rechts ist (Art 2 Z 2). Es ist zu hoffen, dass die Definitionen des Art 2 – obwohl sie unverständlicherweise nicht vollharmonisiert sind⁴⁰⁾ – wortgetreu in das nationale Recht übernommen werden; schließlich würde jede Abweichung den Sinn und Zweck der RL konterkarieren und Probleme im Hinblick auf die Auslegung schaffen. Es mag zwar sein, dass die vom OGH erarbeitete Definition⁴¹⁾ mit der RL im Einklang steht, weil die Schutzvoraussetzungen geringer sind und der Schutz damit über jenen der RL hinausgeht.⁴²⁾ Mit der Beibehaltung dieser Definition würde man österr Unternehmen aber insofern einen Bärendienst erweisen, als der Schutz im Ausland unter Umständen entfallen würde, wenn dort die strengere Definition laut RL gilt, sich das Unternehmen aber nur an die österr Vorgaben gehalten hat. Allenfalls wäre zu erwägen, auf nationaler Ebene zusätzlich klarzustellen, wann und bei wem der Schutz entsteht⁴³⁾ (denkbar wäre etwa eine Vermutungsregelung wie in § 40 b UrhG) und allenfalls auch, wann er endet (wobei interessanter wäre, in welchen Fällen der Schutz jedenfalls nicht endet).

Die RL legt sodann auch die **Schutzposition** des Rechteinhabers fest – bezeichnenderweise wird dabei zunächst klargestellt, was der Inhaber auf Basis der RL nicht verbieten kann (Art 3) –, allen voran die unabhängige Entdeckung/Schöpfung sowie Reverse Engineering; erst danach folgt das eigentliche „**Ausschlie-**

ßungsrecht“ (Art 4). Als rechtswidrig gilt dabei auch der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, wenn eine Person wusste oder hätte wissen müssen, dass sie unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt war, die dieses rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat (Art 4 Abs 4). Zudem ist – Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vorausgesetzt – auch das Herstellen, Anbieten, Inverkehrbringen, Einführen, Ausführen oder Lagern von rechtsverletzenden Produkten (Art 2 Z 5) untersagt (Art 4 Abs 5). All dies muss nun im österr Recht geklärt werden. Darüber hinaus enthält die RL auch noch **Schrankenbestimmungen**, die die Abwägung mit anderen geschützten Interessen betreffen und wohl eher als Klarstellung zu verstehen sind (Art 5).

Art 9 steckt sodann den Rahmen für die **Abwägung** zwischen dem Recht des Geheimnisträgers auf **effektiven Rechtsschutz** und dem des Prozessgegners auf ein **faïres Verfahren** ab.⁴⁴⁾ Zwar gleicht diese Aufgabe im Detail der Quadratur des Kreises; während die RL den Mitgliedstaaten in diesem Bereich einiges an Spielraum lässt, schreibt sie aber zumindest den einfachsten und naheliegendsten Schutz zwingend vor: Jene Personen, die am Gerichtsverfahren beteiligt sind oder Zugang zu den Dokumenten haben, sind nicht befugt, ein Geschäftsgeheimnis oder ein angebliches Geschäftsgeheimnis zu nutzen oder offenzulegen, das von den zuständigen Gerichten als vertraulich eingestuft worden ist. Diese **Geheimhaltungspflicht** besteht solange, bis gerichtlich festgestellt ist, dass kein Geschäftsgeheimnis vorliegt oder das Geschäftsgeheimnis allgemein bekannt oder zugänglich wird (Art 9 Abs 1). Ferner muss nach der RL zumindest die Möglichkeit bestehen, den Zugang zu vorgelegten Dokumenten ganz oder teilweise zu beschränken, die Teilnahme an Anhörungen einzuschränken und Dritten nur geschwärzte Urteilsausfertigungen zugänglich zu machen (Art 9 Abs 2). Zwar sieht die RL vor, dass mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Vertreter Zugang erhalten bzw anwesend sein dürfen; da Art 9 Abs 2 in den Bereich der Mindestharmonisierung fällt, wären aber auch weitergehende Bestimmungen – zB ein In-Camera-Verfahren – zulässig.⁴⁵⁾ Ein solches Verfahren, bei dem nur das Gericht, nicht aber der Gegner Zugang zu Beweisen erhält, würde zwar einige Probleme lösen, aber wiederum neue schaffen (die Beweiswürdigung wäre nicht überprüfbar bzw bekämpfbar und das Gericht könnte sich weder in der Begründung noch im Spruch mit dem Geschäftsgeheimnis auseinandersetzen).⁴⁶⁾ Würde es eine ideale Lösung geben, wäre sie wohl schon gefunden. Wichtig ist mE, dass den Gerichten eine „**Toolbox**“ zur Verfügung gestellt wird, um auf die Besonderheiten jedes Falls eingehen, die widerstreitenden (grundrechtlich geschützten) Interessen abwägen und sodann entsprechende Vorkehrungen/Anordnungen treffen bzw Verfahren anwenden zu können. In diesem Bereich besteht jedenfalls ein erheblicher Umsetzungsbedarf. →

36) Vgl *McGuire*, GRUR 2015, 424 (428).

37) Vgl Verweigerung der Urkundenvorlage gem § 305 ZPO, Aussageverweigerungsrecht gem § 321 ZPO – dies sind übrigens die einzigen zwei Bestimmungen der ZPO, die das Wort „Geschäftsgeheimnis“ enthalten.

38) Vgl *McGuire*, GRUR 2015, 424 (428).

39) OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17 v (15 Os 69/17 m, 15 Os 73/17 z, 15 Os 74/17 x), MR 2017, 225 (*Engin-Deniz*), siehe in diesem Heft ÖBl LS 2018/5 Seite 24.

40) Dies obwohl ErwGr 14 die Bedeutung einer homogenen Definition betont.

41) Vgl OGH RIS-Justiz RS0079599.

42) Vgl OGH 15. 10. 2016, 4 Ob 165/16t, *Ticketsysteme*, *ecolex* 2017, 53 (*Horak*).

43) Vgl zu dieser Problematik *Klein/Wegener*, Wem gehören Geschäftsgeheimnisse? GRUR-Prax 2017, 394.

44) *McGuire*, GRUR 2016, 1000 (1007); ErwGr 25.

45) Vgl *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016, 404 (404).

46) Weniger problematisch ist die Situation freilich dann, wenn klar ist, dass der Gegner das Geschäftsgeheimnis kennt und lediglich darüber gestritten wird, ob es unrechtmäßig erlangt oder verwertet wurde.

Schließlich enthält die RL detaillierte Bestimmungen zum **einstweiligen Rechtsschutz** (Art 10 und 11; besonders interessant: Gestattung der einstweiligen Weiterverwendung des strittigen Geschäftsgeheimnisses gegen Sicherheitsleistung) sowie zu den **endgültigen Maßnahmen** aufgrund einer Sachentscheidung (Art 12 – 15; besonders interessant: Rückruf rechtsverletzender Produkte). Insgesamt entsprechen die Rechtsbehelfe im Wesentlichen jenen im Immaterialgüterrecht – sie sind im Großen und Ganzen von der DurchsetzungsRL bekannt. Angesichts der eher rudimentären Bestimmungen im UWG scheint auch hier eine Erweiterung/Klarstellung angebracht.

E. Umsetzung

Für die Umsetzung der RL gibt es unterschiedliche Optionen. Der umfassende Ansatz der RL und die Nähe zu den Immaterialgüterrechten sprechen dafür, den Geschäftsgeheimnisschutz analog zu den Immaterialgüterrechten in einem eigenständigen Gesetz zu regeln. Wahrscheinlicher ist freilich eine Umsetzung im Rahmen des UWG, wenngleich der (entsprechend erweiterte) Geschäftsgeheimnisschutz dort eher einen Fremdkörper bilden

und das Gesetz noch unübersichtlicher machen würde – nach der RL kommt es zudem weder auf ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs bzw im geschäftlichen Verkehr noch auf eine Mitbewerberstellung an. Ferner berührt der Geheimnisschutz zahlreiche Rechtsbereiche. Es bleibt zu hoffen, dass die RL kohärent – etwa in einem eigenen Abschnitt – umfassend und möglichst wortgetreu umgesetzt wird, um die Rechtsanwendung zu erleichtern, Rechtssicherheit zu schaffen und damit den Wirtschaftsstandort Österreich zu stärken.

F. Zusammenfassung

Der Geschäftsgeheimnisschutz im österr Recht weist – in materiel-ler wie auch in prozessualer Hinsicht – gravierende Lücken auf. Die GeschäftsgeheimnisRL verfolgt einen umfassenden Ansatz. Vorgezeichnet wird – freilich ohne ein absolutes Recht zu schaffen – ein immaterialgüterrechtsähnlicher Schutz. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Ansatz auch in der Umsetzung Ausdruck findet und sich der österr Gesetzgeber eng an der RL orientiert.

*Dominik Hofmarcher
Rechtsanwalt, Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Wien*