

Forum Wettbewerbsrecht 2017

Das Forum Wettbewerbsrecht wurde anlässlich der UWG-Reform vor zehn Jahren ins Leben gerufen und hat sich seitdem als wissenschaftliche Veranstaltung zur Diskussion über aktuelle Themen des Wettbewerbsrechts etabliert. Wir möchten das zehnjährige "Jubiläum" der UWG-Reform zum Anlass nehmen, ein wenig Bilanz zu ziehen und die wichtigsten Themenbereiche beleuchten, welche Fragen im Mittelpunkt der Diskussion standen und geklärt wurden, aber auch, welche Probleme weiter offen sind und uns in den nächsten Jahren beschäftigen werden. Gleichzeitig soll die Veranstaltung ein österreichweites Forum für Networking, Austausch und Diskussion bieten.

Veranstalter:

INFOLAW – Forschungsverein für Informations- und Immaterialgüterrecht
www.infolaw.at

Wissenschaftliche Leitung und Organisation:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.
(Universität Göttingen / Forschungsverein Infolaw)

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M.
(Wirtschaftsuniversität Wien)

Univ.-Prof. Ing. Dr. Clemens Appl, LL.M.
(Donau-Universität Krems / Forschungsverein Infolaw)

Dr. Roman Heidinger, M.A.
(Universität Göttingen / Forschungsverein Infolaw)

Mag. Hannes Seidelberger
(Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb)

Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M.
(Universität Wien)

Veranstaltungsort:

Festsaal des OGH (Justizpalast), Schmerlingplatz 11, 2.OG, 1010 Wien

Anmeldung:

Teilnahmegebühr: € 150,- | Ermäßigte Teilnahmegebühr: € 100,-
(bei Einlangen der Anmeldung bis zum 13. November 2017, danach € 200.-)

Zur Anmeldung benützen Sie bitte das beiliegende Anmeldeformular.
Eine elektronische Version des Formulars ist unter www.forum-wbr.at abrufbar.
Bitte beachten Sie die Teilnahmebedingungen auf der Rückseite!



Tagungsprogramm

Donnerstag, 23. November 2017

ab 08:30 Empfang und Begrüßungskaffee

09:00 Begrüßung

09:15-10:45 Aktuelle lauterkeitsrechtliche Judikatur

HR Dr. Erich Schwarzenbacher (Oberster Gerichtshof)

Keynote: 10 Jahre UWG-Reform 2007 - Highlights einer Dekade

Mag. Hannes Seidelberger (Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb)

10:45-11:15 Kaffeepause

11:15-13:00 Verbraucherleitbild und Irreführung: Etablierte Grundsätze und offene Fragen

RA Dr. Axel Anderl, LL.M. (DORDA Rechtsanwälte)

Univ.-Prof. Ing. Dr. Clemens Appl, LL.M. (Donau-Universität Krems / Infolaw)

Vergleichende Werbung: gestern, heute, morgen

RA Dr. Rainer Herzig (Preslmayr Rechtsanwälte)

13:00-14:15 Mittagessen im „Justizcafe“ (in der Tagungsgebühr inkludiert)

14:15-16:00 Aggressive Geschäftspraktiken

RA FH-Prof. Dr. Peter Burgstaller, LL.M. (Prof. Hintermayer & Partner)

Ausbeutung und Know-how-Schutz

Univ.-Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. (Universität Göttingen / Infolaw)

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. (Eurolawyer)

16:00-16:30 Kaffeepause

16:30-18:00 Geklärte und offene Fragen des Rechtsbruchtatbestands

RA Dr. Bernhard Tonninger (Tonninger Schermaier & Partner Rechtsanwälte)

Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht

RA Dr. Andreas Frauenberger (Northcote.Recht)

18:00 Schlussworte

Forum Wettbewerbsrecht 23.11.2017

Aktuelle lauterkeitsrechtliche Judikatur

Dr. Erich Schwarzenbacher

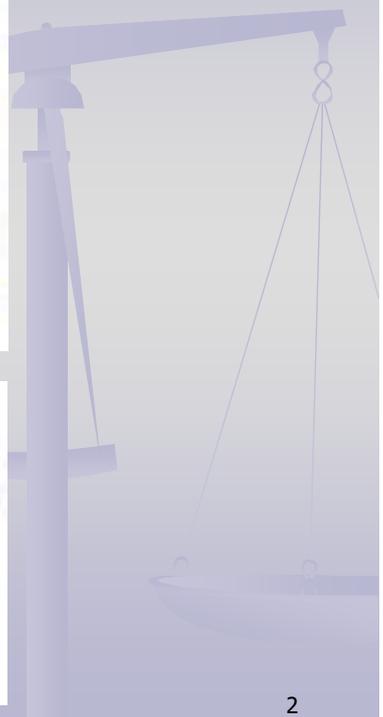
1



ITIKAT – ÖZ ITIMAT 4 Ob 116/16m



2



ITIKAT – ÖZ ITIMAT

4 Ob 116/16m

- Beurteilungsspielraum bei der Klärung der von konkreten Umständen abhängigen Verwechslungsgefahr
- Keine erhebliche Rechtsfrage bei Abweichen des Rekursgerichts von eigener Rsp (auch bei identischen Sachverhalten)
- Keine Bindungswirkung („Entscheidungs-harmonie“)

3

ITIKAT – ÖZ ITIMAT

4 Ob 116/16m

■ Wiltschek in ÖBI 2017/53:

„sehr formalistisch“

■ Rassi in GRUR-Prax 2017, 480:

„Aus einer (noch dazu begründungslosen) Zw eines Rm mangels erhebl. Rechtsfrage kann nicht abgeleitet werden, dass der OGH die angefochtene Entscheidung inhaltlich billigt. Eine Zw bringt lediglich zum Ausdruck, dass der zweiten Instanz keine aufzugreifende Fehlbeurteilung unterlief bzw eine solche nicht aufgezeigt wurde.“

4

Wettbewerbsschutzverband

4 Ob 171/16z

- Zwei Kriterien für die Aktivlegitimation nach § 14 UWG:
- Förderung der Mitgliederinteressen (die durch die beanstandeten Handlungen berührt werden) durch außergerichtliche Aktivitäten
- Vertretung von Mitgliedern aus der Branche des Beklagten

5

Wettbewerbsschutzverband

4 Ob 171/16z

- Information auf Website über angestrengte Verfahren, Vorträge, Zeitungsinserate, Wettbewerbssprechtage
- Mitgliedschaft einer Interessengemeinschaft mit (im Hinblick auf die Beklagte) branchenspezifischen Mitgliedern

6

Wettbewerbsschutzverband

4 Ob 171/16z

- Rechtsmissbrauch:

Verfolgung sachfremder Ziele, übermäßige Prozesstätigkeit, bloße Förderung anwaltlicher Gebühreninteressen

Behauptungs- und Beweispflicht der beklagten Partei

7

Handeln im geschäftlichen Verkehr

4 Ob 267/16t

- Kläger: Taxiunternehmer
- Beklagte: GmbH im Alleineigentum eines Bundeslandes, der der Eigentümer die Aufgaben einer **Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft** übertragen hat
- Begehren:
 - a) Gebot, es zu Zwecken des Wettbewerbs **zu unterlassen**, den Fahrgästen eine **kostenlose** (bzw unter dem derzeit gültigen Tarif der Beklagten liegende) **Beförderung** mit einer bestimmten Linie **anzubieten** oder zu ermöglichen;
 - b) 90.000 EUR Schadenersatz

8

Handeln im geschäftlichen Verkehr

4 Ob 267/16t

- Vorwurf:
- Verstoß gegen § 1 UWG durch **sittenwidrigen Eingriff in den Wettbewerb** zu Gunsten der Konzessionärin im Verkehrsverbund, die die Linie betreibt.
- Die Linie werde entgegen den Bestimmungen der Leistungsausschreibung **kostenlos** angeboten.
- Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung
- Verstöße gegen KraftfahrlinienG, G über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs

9

Handeln im geschäftlichen Verkehr

4 Ob 267/16t

- **Erstgericht:** Stattgebung - Die Weisung der Beklagten an die Konzessionärin, kostenlose Personenbeförderung durchzuführen, ohne über Genehmigungen nach dem KflG zu verfügen, ist Rechtsbruch nach § 1 UWG.
- **Berufungsgericht:** Abweisung - Seit Vorliegen des Bewilligungsbescheids des LH kein Gesetzesverstoß, zuvor trifft ein Unlauterkeitsvorwurf allenfalls die Konzessionärin. Daher kann ungeprüft bleiben, ob ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt.
- **OGH:** Abweisung bestätigt.

10

Handeln im geschäftlichen Verkehr

4 Ob 267/16t

- Tätigkeit der öffentlichen Hand:
- a) **Hoheitliches** Handeln
(Kartell- und Lauterkeitsrecht entzogen)
- b) privatrechtliches Handeln **mit unternehmerischem Charakter** (Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit)
- c) privatrechtliches Handeln **ohne unternehmerischen Charakter** („Gebühr“ statt marktbezogener Preisbildung; Erfüllung typischer Aufgaben zB der Daseinsvorsorge oder Schaffung von Infrastruktur)
- Hier c): Maßnahme aus Gründen der Umwelt- und Infrastrukturpolitik oder des Tourismus;
„gemeinwirtschaftliche“ Kraftfahrlinie im öffentlichen Verkehrsinteresse

11

Fashion Television

4 Ob 252/16m

- Wettbewerb auf dem Markt von Mode-Fernsehprogrammen
- Schwestergesellschaft der Beklagten wird **„Fashion One“** verboten (4 Ob 148/14i: Verwechslungsgefahr mit Marke der dortigen Klägerin)
- Beklagte reagiert: Erwirbt von kanadischer Gesellschaft **Lizenzrechte** an Unionsmarken:

**FASHION
TELEVISION
THE CHANNEL**

**T
FASHION
TELEVISION**

12

Fashion Television

4 Ob 252/16m

- Strahlt Programm „**Fashion TV**“ aus
- Macht Unterlassungsansprüche gegen Klägerin geltend (Verfahren unterbrochen)
- Begehren:
- Verbot der Markennutzung für Mode-TV
- Vorwurf: Verstoß gegen § 1 UWG, weil die Beklagte ihre Lizenzrechte **sittenwidrig** (in Kenntnis der Lösungsreife der Marken) **erworben** habe

13

Fashion Television

4 Ob 252/16m

- **Erstgericht**: Sicherungsantrag abgewiesen wegen Wirksamkeit einer Parteienvereinbarung, die der Klägerin untersagt, eine EV vor 1.12.2016 zu erwirken.
- **Rekursgericht**: Abweisung bestätigt. Sittenwidriger Markenrechtserwerb begründet keinen Unterlassungsanspruch.
- **OGH**: Abweisung im Ergebnis bestätigt. Kein bösgläubiger Markenrechtserwerb, weil Bekl. nur **Lizenrechte** an Marke erworben hat.

14

Fashion Television

4 Ob 252/16m

- **Unlauterer Behinderungswettbewerb**

liegt nicht schon dann vor, wenn ein Kennzeichenrecht angeblich sittenwidrig erworben worden ist; es müsste auch als **"Sperrzeichen"** verwendet werden.

- Letzteres führte zu einem Anspruch des Behinderten auf **Einwilligung in die Löschung**
- oder zu einem **Einwand des Behinderten** gegen kennzeichenrechtliche Ansprüche des Störers; keiner dieser Fälle liegt hier vor.

15

Sportlerbilder II

4 Ob 45/17x

- Klägerin: Medieninhaberin und **Sponsorin** der Herren-Fußballnationalmannschaft (exklusives Werberecht)
- Beklagte Medieninhaberin bewirbt im Vorfeld der Fußball-EM ihre Zeitung mit einem **„täglichen EM-Poster zum Rausnehmen“** und legt ihrem Produkt ein entsprechendes Poster bei
- Hauptbegehren: Gebot, bei Herausgabe von Druckschriften keine Bildnisse von Mitgliedern des Fußballnationalteams ohne deren Zustimmung/ohne Zustimmung des ÖFB zu Verkaufsförderungszwecken zu verwenden.

16

Sportlerbilder II

4 Ob 45/17x



17

Sportlerbilder II

4 Ob 45/17x

- **Erstgericht:** Hauptsicherungsantrag stattgegeben
- **Rekursgericht:** Eventualsicherungsantrag (Verbot irreführende Ankündigungen betreffend Anzahl und Motiv der Poster) stattgegeben
- **OGH:** EV des Erstgerichts wiederhergestellt

Die unautorisierte Verwendung von Personenbildnissen kann nach § 78 UrhG nur vom Abgebildeten verfolgt werden, aber gegen die berufliche Sorgfalt (§ 1 UWG) verstoßen.

Die **zulässige Bildberichterstattung** ist von der (zustimmungsbedürftigen) **Eigenwerbung mit Abbildung** von Personen des öffentlichen Lebens abzugrenzen. Bei letzterer überwiegt der Aspekt der Absatzförderung.

18

wirksam und verträglich 4 Ob 269/16m

IHRE INNOVATIVE THERAPIE:

- ✓ WIRKSAM UND VERTRÄGLICH
- ✓ EINFACH VERSCHREIBBAR
- ✓ AUF HERZ UND NIEREN GEPRÜFT

SYNJARDY® Erstattungskriterien

Bei Patientinnen mit Diabetes Typ II

- Die Behandlung darf erst ab einem HbA_{1c} größer 7 begonnen werden.
- Die Behandlung hat nur als Second-line-Therapie zu erfolgen.



HELL-GELBE BOX (REZ)

EMPA-REG OUTCOME

- Kein Einsatz bei einer Kreatinin-Clearance kleiner 60 ml/min.
- Regelmäßige Kontrollen der Nierenfunktionsparameter gemäß Fachinformation.
- Regelmäßige HbA_{1c}-Bestimmungen sind durchzuführen.
- [Wehlärzte:] Empagliflozin/Metformin eignet sich für eine chef(kontroll)ärztliche Langzeitbewilligung für 6 Monate (L6).

Synjardy
(Empagliflozin/
Metformin)

19

wirksam und verträglich 4 Ob 269/16m

- Beide Parteien vermarkten Diabetesmedikamente. Die Klägerin begehrt mit EV ein Verbot der Aussagen
- „wirksam und verträglich“ oder „auf Herz und Nieren geprüft“, wenn dies nicht ausreichend belegt ist.
- Die Werbung erfolgte gegenüber Ärzten.
- Die Beklagte hat durch eine **in Fachkreisen bekannte Studie bescheinigt**, dass ihr Arzneimittel besonders gründlich in Bezug auf Herz- und Nierenerkrankungen geprüft worden ist.
- Das **Erstgericht** wies den Sicherungsantrag ab, das **Rekursgericht** erließ die EV antragsgemäß.

20

wirksam und verträglich

4 Ob 269/16m

- OGH: Sicherungsantrag abgewiesen.
- a) „**wirksam und verträglich**“ ist keine irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten (so aber das Rekursgericht).
- Verständnis des Fachpublikums: Die beworbenen Arzneimittel sind **im Rahmen des Üblichen auch verträglich**, das heißt, die Nebenwirkungen beeinträchtigen (mangels außergewöhnlicher Nebenwirkungen und Gegenanzeigen) das normale (unbeschwerte) Lebensgefühl und den alltäglichen Lebensvollzug nicht.
- b) „**auf Herz und Nieren geprüft**“ ist keine marktschreierische Aussage und kein Verstoß gegen das Objektivitätsgebot (so aber das Rekursgericht).
- Aussage trifft zu, weil die beworbenen Arzneimittel **intensiv** und erfolgreich im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf Herz (kardiovaskuläre Ergebnisse) und Niere (Nierenerkrankungen etc.) **wissenschaftlich überprüft** wurden.

4 IMMER 4 Cent

4 Ob 250/16t

- Werbung für einen Mobiltelefonie-Tarif:
- **4 IMMER 4 Cent in alle Netze 4 EUR Grundgebühr**
- **4 IMMER: Telefonieren Sie für immer um 4 Cent in alle Netze für immer nur 4 EUR Grundgebühr**
- Rekursgericht: EV erlassen
- Darin liegt das Versprechen eines **gleichbleibenden Grundentgelts auf Vertragsdauer**. Bei derart beworbene Verträge darf das Entgelt nicht erhöht werden.
- OGH: ao Revisionsrekurs zurückgewiesen

Ticketsysteme

4 Ob 165/16t

- Kläger: erzeugt und vertreibt **Eintrittssysteme für Skigebiete**
- Beklagter: **Mitbewerber**
- Die Klägerin betreibt Server, auf denen sie mit der Nutzung der Eintrittssysteme verbundene Kundendaten speichert.
- Der Beklagten gelingt es, unter **Umgehung der Zugangssperren** auf diese Daten zuzugreifen, was nur durch IT-Spezialisten mit Spezialsoftware nach gezielter Suche nach Schwachstellen möglich war.
- Sie verwendet die gewonnenen Daten, um damit **Kunden der Klägerin abzuwerben**, indem sie Ausdrücke der Daten als Beleg für Sicherheitsmängel verwendet

23

Ticketsysteme

4 Ob 165/16t

- **OGH: Bestätigung der EV**, mit der der Beklagten verboten wird, die aus der Verfügungsmacht der Klägerin widerrechtlich erlangten Daten zu nutzen
- Die strittigen Daten sind **Geschäftsgeheimnisse**. Der Geheimhaltungswille ergibt sich aus dem Schutz der Datenbank durch ein **Passwort**. Sicherheitslücken erlauben keinen Umkehrschluss.
- Die **RL 2016/943** über Geschäftsgeheimnisse steht dieser Auffassung nicht entgegen.

24

Ticketsysteme

4 Ob 165/16t

- Es handelt sich auch um **Geschäftsgeheimnisse der Klägerin**, weil sich die Kundendaten faktisch in ihrer Verfügungsmacht befanden und sie ein erhebliches Eigeninteresse an deren Geheimhaltung hatte.
- Der Zugriff erfolgte **rechtswidrig** (Verstoß gegen DSGVO)

25

Sicherheitsleistung

4 Ob 271/16f

- Kläger: Verein von Gastgewerbetreibenden
- Beklagter: Gastronom
- Vorwurf: Verstoß gegen Nichtraucher-Schutzbestimmungen des § 13 TabakG
- EV erlassen und vom Rekursgericht bestätigt
- Beklagter bekämpft in dritter Instanz nur mehr **Sicherheitsleistung von 50.000 EUR**

26

Sicherheitsleistung

4 Ob 271/16f

- OGH: **keine Sicherheitsleistung**
- Im gewerblichen Rechtsschutz ist eine Sicherheitsleistung vor allem dann angebracht, wenn mangels verlässlicher Klärung des Sachverhalts eine **abweichende Entscheidung im Hauptverfahren realistischerweise möglich** erscheint.
- Bei unstrittiger Sachverhaltsgrundlage kann die Berechtigung des Anspruchs im Allgemeinen schon im Sicherungsverfahren abschließend geklärt werden.
- **Kein Sicherungsinteresse** wird in solchen Fällen daher dann mehr bestehen, wenn der OGH im Sicherungsverfahren abschließend entschieden und damit die **Rechtslage geklärt** hat.

UNLAUTERER WETTBEWERB IN DER PRAXIS

10 Jahre UWG-Reform 2007 – Highlights einer Dekade

Mag. Hannes Seidelberger

Forum Wettbewerbsrecht 2017

Entstehung der UWG-Novelle 2007

UNLAUTERER WETTBEWERB
IN DER PRAXIS

Studie zu Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken:

- ➔ Die RL-UGP soll im UWG umgesetzt werden
- ➔ Als RahmenRL soll eine möglichst knappe Umsetzung erfolgen
- ➔ Begriffe und Definitionen sollen aber wortwörtlich übernommen werden
- ➔ Darüber hinausgehende Änderungen bleiben der geplanten Gesamtreform des UWG vorbehalten

Arbeit an der UWG-Novelle 2007

Gründung einer Arbeitsgruppe UWG mit Vertretern der Wissenschaft, der Praxis und der Sozialpartner

- ➔ Zahlreiche Sitzungen der Legisten mit den Experten
- ➔ Grundlage der Umsetzung war ein Entwurf von Prof. Gernerth
- ➔ Conclusio: Einheitliches UWG soll erhalten bleiben
- ➔ Aber auch die bisherige Rechtsprechung insbesondere zum Mitbewerberschutz soll uneingeschränkt fortgeführt werden

Interessante Punkte der UWG-Novelle 2007

Folgende Details zeigen näher diskutierte Punkte der Umsetzung:

- ➔ Spätere Einfügung der „sonstigen unlauteren Handlung“ im § 1 Abs 1 UWG (B2B-Bereich)
- ➔ Grund waren Bedenken, dass die Definition der Geschäftspraktik zu eng ausgelegt werden könnte
- ➔ § 1a UWG wurde auf „Marktteilnehmer“ erweitert
- ➔ Man wollte nicht nur die Verbraucher, sondern auch Unternehmer vor aggressiven GP schützen

Weitere Punkte der UWG-Novelle 2007

Kernpunkt war die Umsetzung der UGP-RL, aber auch ein Auskunftsanspruch wurde damit eingeführt:

- ➔ Problem, dass sich Anbieter hinter Postfächern und anonymen Telefonnummern verstecken
- ➔ Bestimmte klagsbefugte Einrichtungen erhalten dafür ein Auskunftsrecht (nach deutschem Vorbild)
- ➔ Aber die auskunftserteilenden Unternehmen können dafür Kostenersatz verlangen
- ➔ Auskunftserteilung für „anonyme Inserate“ ursprünglich auch angedacht, aber nicht umgesetzt

Weitere Punkte der UWG-Novelle 2007

Außerdem wurde Möglichkeit einer Vorauszahlung der Kosten einer Urteilsveröffentlichung eingeräumt

- ➔ § 25 Abs 6 UWG ermöglicht diesen Antrag
- ➔ Damit soll dem Risiko begegnet werden, dass nach durchgeführter Veröffentlichung die Kosten nicht ersetzt werden
- ➔ Vorauszahlung binnen vierwöchiger Frist
- ➔ Davon kann abgesehen werden, wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dies nicht zulassen

Was kam nicht mit der UWG-Novelle 2007?

Was wurde diskutiert, aber nicht aufgenommen?

- ➔ Kein expliziter Auskunftsanspruch bei Medien aller Art (ergibt sich aber aus Mittäterhaftung der Rechtsprechung bei offenkundigen Verstößen)
- ➔ Kein Gewinnabschöpfungsanspruch (wurde nicht als notwendig bzw. sachgerecht angesehen)
- ➔ Keine Gesamtreform des UWG (wurde zwar für die Zukunft angekündigt, aber ist jetzt kein Thema mehr, weil kein Bedarf besteht)

Ausgangslage nach der UWG-Novelle 2007

Zitat aus den erläuternden Bemerkungen der österreichischen UWG-Novelle 2007:

„Die Änderungen des UWG durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie dürften die österreichische Rechtsprechung nur unerheblich ändern.“

Einheitliche Auffassung der Arbeitsgruppe UWG in Österreich + Literatur

Erwartete Neuerungen

- ➔ Bestimmung im Anhang zur Kinderwerbung
- ➔ Regelungen bei Irreführung zu Verwechslungsgefahr und Verhaltenskodizes
- ➔ Informationspflichten bei Aufforderung zum Kauf (EuGH C-122/10 – Ving Sverige)
- ➔ Aggressive Geschäftspraktiken auch nach Geschäftsabschluss

Berufliche Sorgfalt

- ➔ Zentraler Maßstab der UGP-Richtlinie wird immer mehr mit Leben erfüllt
- ➔ Handeln gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten bzw dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben
- ➔ Bei Irreführung und Aggressivität keine Prüfung der beruflichen Sorgfalt (C-345/11 – CHS Tour)
- ➔ Auch Verhaltensregulative wie Ehrenkodex für die österreichische Presse relevant

Unerwartete Änderungen

- ➔ Grünbuch zum Verbraucherschutz der EK als Vorläufer der UGP-Richtlinie
- ➔ Parallel **Vorschlag einer Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt**
- ➔ Dieser Entwurf wurde von EK in weiterer Folge zurückgezogen (ABL C 64/3 vom 17.3.2006)
- ➔ (Falsche) Erwartungshaltung: Koppelungsangebote mit Zugaben und Gewinnspielen bleiben von UGP-Richtlinie unberührt

„Paukenschläge“ des EuGH

- ➔ C-261/07 u C-299/07 VTB/Total Belgium bzw Galatea/Sanoma als erste Vorabentscheidung
- ➔ Art 2 lit d UGP-Richtlinie definiert **Begriff der Geschäftspraktik laut EuGH mit einer besonders weiten Formulierung**
- ➔ Folgeentscheidungen zu Vorlagen aus Deutschland und Österreich

Weitere Unvereinbarkeiten

- ➔ Verbot von Preisermäßigungen während bestimmter Zeiten mit der UGP-Richtlinie unvereinbar (EuGH C-126/11 – INNO)
- ➔ Das Gleiche gilt bezüglich allgemeinem Verbot von Verlustverkäufen (EuGH C-343/12 - Euronics Belgium)
- ➔ Entscheidend ist, **ob diese Regelungen auch auf den Schutz der Verbraucher abzielen**

Ausnahmen von UGP-RL

- ➔ Immobilien und Finanzdienstleistungen sind ausgenommen, wobei Koppelungsverbot zulässig ist, wenn mindestens ein Bestandteil diese Ausnahmen betrifft (EuGH C-265/12 – Citroen Belux)
- ➔ Ein Verbot berührt die UGP-Richtlinie auch nicht, wenn keine Verbraucherschutzziele verfolgt werden (wie zB Verbot des Offenhaltens von Geschäften an allen Wochentagen, EuGH C-559/11 – Pelckmans Turnhout)

Per-se Verbote fallen

Conclusio dieser unerwarteten „Liberalisierung“:

Nationale Regelungen, welche grundsätzliches Verbot von bestimmten Geschäftspraktiken verhängen, ohne die Möglichkeit vorzusehen, die Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen, sind von ihrem Wesen her restriktiver als die Regelungen der UGP-RL, sofern sie keine Deckung im Anhang („schwarze Liste“) finden oder nicht davon ausgenommen sind

Sonderfall Bewilligungspflicht

- ➔ Geschäftspraktiken in von Form Ausverkäufen nach öUWG bewilligungspflichtig
- ➔ Laut EuGH verwehrt es die UGP-RL einem nationalen Gericht, das Abstellen einer nicht unter den Anhang fallenden Geschäftspraktik nur deshalb anzuordnen, weil diese nicht vorab von der zuständigen Behörde bewilligt wurde, **ohne sie anhand der in den Art 5 bis 9 genannten Kriterien auf ihre Unlauterkeit zu prüfen** (C-206/11 – Köck)

EuGH C-206/11 – Köck

- ➔ Die nationalen Maßnahmen können darin bestehen, ein **sanktionsbewehrtes System der Vorweggenehmigung für bestimmte Praktiken vorzusehen**, deren Charakter im Hinblick auf die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken eine solche Kontrolle erfordert
- ➔ Das damit geschaffene System darf jedoch nicht dazu führen, dass eine Geschäftspraktik – ohne dass sie auf ihre Unlauterkeit geprüft würde – allein deshalb verboten wird, weil sie nicht vorab genehmigt wurde

Zusammenschau

- UWG-Novelle 2007 als scheinbar vollständige Umsetzung der RL-UGP
- Dann noch drei weitere “verpflichtende” Novellen zur Umsetzung der RL-UGP
- UWG-Novelle 2016 mit dem Verbot der Bestpreisklausel erste freiwillige Änderung des UWG durch den österreichischen Gesetzgeber seit 2006

- Neue Ziffer 32 im Anhang eingefügt
- Bestpreisklauselverbot für Buchungsplattformen gegenüber Beherbergungsunternehmen (“lex.booking.com”)
- Derartige Vereinbarungen sind absolut nichtig (auch rückwirkend)
- Günstigerer Preis generell erlaubt

Erstes Verletzungsverfahren

- ➔ **Erstmaliges Verfahren wegen mangelhafter Umsetzung der RL-UGP** konkret gegen Belgien nach einem Mahnschreiben mit elf Rügen wegen verschiedener Verstöße
- ➔ Bestimmte Gesetzesänderungen wurden durchgeführt, aber bezüglich drei Rügen war die EK nicht zufrieden zu stellen und klagte
- ➔ EuGH 10.7.2014, C-421/12 Europäische Kommission / Königreich Belgien

EuGH C-421/12 – Teil 1

- ➔ Nach über 20 Vorlageverfahren auch aus Belgien nun erste konkrete Verurteilung eines Mitgliedstaates wegen Unvereinbarkeit nationaler Regelungen mit der RL-UGP als Maximalharmonisierung
- ➔ Unzulässig ist zunächst eine **Ausnahme** vom Anwendungsbereich in der nationalen Umsetzung **für einzelne Gruppen wie hier Freiberufler, Zahnärzte und Heilgymnasten**

EuGH C-421/12 – Teil 2

- ➔ Unvereinbar mit der RL-UGP ist die Vorgabe, dass die **Ankündigung einer Preisermäßigung sich auf einen gesetzlich definierten Preis beziehen muss**, vorliegend den tiefsten Preis, der während des Monats angewandt wurde, der dem ersten Tag der betreffenden Ankündigung vorausging
- ➔ Ebenso europarechtswidrig ist das **Verbot der Ankündigung einer Preisermäßigung für einen Zeitraum von mehr als einem Monat und für eine Dauer von weniger als einem Tag**

EuGH C-421/12 – Teil 3

- ➔ Europarechtswidrig ist das **generelle Verbot, Produkte im Wandergewerbe zu verkaufen, sofern der Verkauf in der Wohnung des Verbrauchers stattfindet und Waren oder Dienstleistungen im Wert von mehr als 250 Euro betrifft**
- ➔ Ebenfalls unvereinbar ist eine nationale Bestimmung, welche es **untersagt, eine Reihe von Waren wie Edelmetalle, Edelsteine und echte Perlen im Wandergewerbe zu verkaufen**

Die „unfreiwilligen“ GewO-Novellen

- Weitere Rechtsangleichung UGP-RL
- Aufsuchen von Personen liberalisiert
- Nun zulässig für kosmetische Artikel (BGBl I 48/2015), Uhren aus Edelmetall, Gold- / Platinwaren, Juwelen und Edelsteinen (BGBl I 155/2015)

Weitere Änderung des § 57 GewO

- Verbot im Abs 3 bei allfälligen Werbezusendungen aufgehoben, diese mit der Ankündigung unentgeltlicher oder vom Zufall abhängiger Zuwendungen wie etwa Preisausschreiben zu verbinden

Neufassung Leitlinien UGP-RL

- Verbraucherbild / berufliche Sorgfalt
- Fälle von geplanter Obsoleszenz
- Dynamic Pricing
- Umweltbezogene Aussagen
- Online-Plattformen und Social Media

Ausblick

- ➔ Weitere „Überraschungen“ möglich
- ➔ Strenge Auslegung der UGP-Richtlinie durch EuGH, aber Liberalisierung bei darüber hinaus gehenden nationalen Verboten
- ➔ Das Ziel einer Harmonisierung bei den Geschäftspraktiken wird erreicht, auch wenn Regelungen auf der Strecke bleiben

Weitere Informationen

- ➔ www.schutzverband.at (siehe auch Punkt Schutzverband und dann rechts Links)
- ➔ <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/recht/europaeisches/aktuelles/>
- ➔ http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_de.pdf

Verbraucherleitbild und Irreführung: Etablierte Grundsätze und offene Frage

Forum Wettbewerbsrecht, 23.11.2017

RA Dr Axel Anderl, LL.M. (DORDA Rechtsanwälte)
Univ Prof Dr Clemens Appl, LL.M. (Donau-Universität Krems)

Donau-Universität Krems
Universität für Weiterbildung



DORDA

WIR SCHAFFEN KLARHEIT.

WIR SCHAFFEN KLARHEIT.

Donau-Universität Krems
Universität für Weiterbildung



DORDA

Agenda

- I. Grundsätze
- II. Entwicklung
- III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild
- IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)
- V. Ausblick

I. Grundsätze

Ausgangspunkt: Allgemeiner Verbraucherbegriff

- Definition in Art 2 lit a UGP-RL
 - „jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“
 - Somit juristische Personen nicht erfasst
 - Ausschluss von Ideal-Vereinen oder Ideal-Personengesellschaften
- Keine Definition im UWG
- Daher: Allgemeine Abgrenzung nach § 1 KSchG
 - Jeder, der kein Unternehmer ist, ist Verbraucher
 - Schließt juristische Personen mit ein

I. Grundsätze

Verbraucherleitbild als Maßstab

- Im Rahmen des Irreführungstatbestandes
 - § 2 Abs 1 UWG: „einen Marktteilnehmer [...] derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“
 - Beurteilung der Täuschungseignung
 - Beurteilung der Relevanz
- Bei Prüfung der Spürbarkeit
 - § 1 Abs 1 Z 2 UWG: „unlautere Geschäftspraktik [...], die [...] geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers [...] wesentlich zu beeinflussen“

II. Entwicklung

Leitbild des „flüchtigen Verbrauchers“

- Gesamteindruck des adressierten Verbraucherkreises basiert auf
 - flüchtiger Betrachtung
 - mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit
- Abstellen auf „Durchschnittsinteressenten“
 - *„pflegt eine geschäftliche Ankündigung weder genau, vollständig und kritisch zu würdigen noch grammatikalische und philologische Überlegungen anzustellen“ (OGH 4 Ob 123/88)*
- Kritik als Ausgangspunkt
 - *„an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbrauchers, der gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung durch Werbung geschützt werden muss“ (Emmerich, Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage)*

II. Entwicklung

„Informierter und verständiger Durchschnittsverbraucher“

- Abkehr vom flüchtigen Verbraucher
 - „unterrichteter Verbraucher“ (EuGH C-290/90)
 - „verständiger Verbraucher“ (EuGH C-470/93 – *Mars*)
 - von dem erwartet werden kann zu wissen, *„dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht unmittelbar ein Zusammenhang besteht“*
- Meilenstein: EuGH C-210/96 - *Gut Springenheide*
 - *„mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“*
 - *„average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“*

II. Entwicklung

„Informierter und verständiger Durchschnittsverbraucher“

- Differenzierter Durchschnittsverbraucherbegriff
- Abstellen auf den Grad der jeweiligen Aufmerksamkeit
- Situative Bestimmung nach Bedeutung der beworbenen Ware
 - „*Flüchtig*“ bei Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Alltags
 - „*Mit normaler Aufmerksamkeit zuwenden*“ bei Waren „*von nicht unerheblichen Preis und einer nicht nur kurzen Lebensdauer*“
- StRSpr seit OGH 4 Ob 196/00b – *Lego Klemmbausteine*
 - „*auf den Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers [ist] abzustellen*“
- Maßfigur auch bekannt als „*mündiger Konsument*“
 - OGH 4 Ob 245/07v - *Die neue Nr 1 der ÖAK*

II. Entwicklung

RL-UGP / UWG-Nov 2007

- **Keine Legaldefinition** des Durchschnittsverbrauchers UGP-RL
- Jedoch: Aufnahme in Erwägungsgründe
 - ErwGr 18: „***Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist***“
 - Zu berücksichtigen sind **soziale, kulturelle und sprachliche Faktoren**.
 - **Gruppenspezifische Beurteilung**, wenn eine Geschäftspraktik an eine bestimmte Gruppe adressiert ist
 - Sonderfall: **besonders schutzwürdige Verbraucher**
- Entspricht Leitbild des EuGH
 - Abweichungen in deutscher Fassung gehen auf unterschiedliche Übersetzungen zurück: „*average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*“
- Keine Legaldefinition des Verbraucherbegriffs im UWG aufgenommen
 - Ermöglicht weitere Entwicklung des Verbraucherleitbildes

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

EuGH Rs C-465/98 – *D'arbo* („naturein“)

- „Naturein“ für Erdbeerkonfitüre
 - trotz Einsatz von Pektin bzw Rückständen von Blei und Kadmium
- EuGH: Steht der Bezeichnung nicht entgegen
 - Pektin: es ist davon auszugehen, *„dass Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung der Erzeugnisse richten, zunächst das Zutatenverzeichnis lesen“*; das Vorhandensein von Pektin kann den Kunden daher nicht irreführen
 - Blei/Kadmium: *„in Folge der Verschmutzung von Luft und Wasser in der natürlichen Umwelt vorhanden“*
- „Darbo-Doktrin“: Fokus auf das Zutatenverzeichnis
- *„Notwendigen Irreführungsschutz viel zu gering bewertet“*
 - *Schuhmacher* zu 4 Ob 200/05y, wbl 2006/62

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

OGH 4 Ob 228/10y - *Waldbeeren-Fruchtschnitte*

- Irreführung von „Waldbeeren-Fruchtschnitte“ verneint
 - trotz Mangel an Waldbeeren ganz oder in Stücken und blickfangartigem Abbilden der Früchte; Produkt beinhaltet jedoch Waldbeersaft
 - OGH: Mündiger Konsument erwarte *„weder eine unter Verwendung ganzer Früchte, noch – im Verhältnis zu anderen Obstzutaten – überwiegend aus Waldbeeren hergestellte Fruchtschnitte“*
- Zutatenverzeichnis
 - ersichtlich, dass keine Waldbeeren ganz oder in Stücken enthalten sind
 - Darbo-Doktrin
- Aufgeklärtheit der Maßfigur hoch angesetzt

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

OGH 4 Ob 116/12f - 24K-rat Deluxe Formula

- Irreführung von „24K-rat“ verneint
 - Mündiger Konsument erwarte sich bei Bezeichnung mit dem Namen 24K-rat DELUXE FORMULA nicht, „dass sich darin sichtbare Goldplättchen mit einem Reinheitsgehalt von 24 Karat befinden“
 - OGH schließt explizit an „Waldbeeren-Fruchtschnitte“ an
- Liste der Inhaltsstoffe nicht ausdrücklich adressiert
- Informiertheit des Durchschnittsverbrauchers auch hier hoch angesetzt

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

EuGH C-195/14 – BVV/Teekanne

- Abbildung von Himbeeren und Vanilleblüten auf Teeverpackung
- „Früchtetee mit natürlichen Aromen“, „nur natürliche Zutaten“
- Zutatenliste: verwendete Aromen nicht aus Himbeeren und Vanille gewonnen



III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

EuGH C-195/14 – *BVV/Teekanne*

- Entscheidungsgründe EuGH
 - Durchschnittsverbraucher lesen „*zunächst das Verzeichnis der Zutaten*“
 - Zutatenverzeichnis „*kann jedoch für sich allein nicht ausschließen, dass die Etikettierung des Erzeugnisses*“ trotzdem irreführend sein kann
 - Bei der Prüfung sind „*verwendete Begriffe, Abbildungen sowie Platzierung, Größe, Farbe, Schriftart, Sprache, Syntax und Zeichensetzung*“ zu berücksichtigen
- BGH I ZR 45/13 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer II*
 - „*Zutatenliste allein nicht geeignet, die in den Vordergrund gerückten, objektiv unrichtigen Angaben auf der Produktverpackung durch klarstellende Angaben aufzuklären*“

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

EuGH C-195/14 – *BVV/Teekanne*

Kritische Würdigung

- Entmündigung des Verbrauchers?
- Jedenfalls: Informationsbeschaffungslast reduziert
- Aspekt der situativ adäquaten Aufmerksamkeit rückt – zu Recht – in den Vordergrund
- Fokus ist auf den Gesamteindruck einer Geschäftspraktik zu legen
- Angleichung der lebensmittelrechtlichen Rechtsprechung an allgemeine Grundsätze

III. Leitentscheidungen zum aktuellen Verbraucherleitbild

BGH I ZR 129/13 – *Schlafzimmer komplett*

- Komplettes Schlafzimmer, wenn das Bett nur als Bettgestell ohne Zubehör inkludiert ist
- Aufklärender Hinweis vorhanden; Sternchenhinweis fehlt
 - „... der angesprochene Verbraucher [werde] sich bei einer beabsichtigten **Investition** regelmäßig für den **gesamten Inhalt einer Werbeaussage interessieren** und sich ebenfalls mit den Teilen der Werbung befassen wird, die in kleinerer als der im Blickfang gehaltenen Schrift abgefasst sind. Er werde daher bei der beanstandeten Werbung den **Hinweis am unteren Rand der jeweiligen Werbeabbildung zur Kenntnis nehmen, ...**“
- Keine Irreführung anzunehmen
- Daher: **Situativer Kontext – insb die Investition - ist entscheidend für die Beurteilung der Aufmerksamkeit**
 - S auch BGH I ZR 170/08 - *Ford-Vertragspartner*

III. Auswirkungen in der aktuellen Rsp (Beispiel)

OLG Düsseldorf I-20 U 123/16 - *Unübertroffene Wirksamkeit*

- **Spitzen- oder Alleinstellungswerbung für Arzneimittel:**
 - „Unübertroffene Wirksamkeit im 10. Jahr“
 - „Seit Markteinführung von X zur Behandlung der nAMD konnte für kein Präparat eine höhere Wirksamkeit nachgewiesen werden“
- **Adressatenkreis:** Fachbesucher des Kongresses „Augenheilkunde im Spannungsfeld zwischen Studien und „Real Life““
- *„Heutzutage [ist] bei der Beurteilung, wie eine Werbeaussage bei einem Produkt wie dem vorliegenden vom angesprochenen Verkehr aufgefasst wird, nicht auf das Verständnis eines nur flüchtigen Adressaten, sondern auf das eines **durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen** abzustellen.“* (Rn 11)
 - *„Maßgeblich ist deshalb hier das Verständnis eines mit den genannten Merkmalen ausgestatteten Augenarztes. Dieser verfügt nicht nur über die **erhöhte Auffassungsgabe** und die **sprachlichen Fähigkeiten**, die ihm das LG zugebilligt hat“*

III. Auswirkungen in der aktuellen Rsp (Beispiel)

OLG München 6 U 3973/16 – *Patent Pending*

- **Angabe „patent pending“ auf Verpackung von Interdentalreiniger**
- **Adressatenkreis:** das allgemeine Publikum
- **Situative Bewertung:**
 - *„Die typische Situation, bei der der angesprochene Verkehr den Hinweis „patent pending“ zur Kenntnis nimmt, ist dahingehend zu skizzieren, dass der potenzielle Käufer von Interdentalreinigern das Produkt der Bekl. bzw. bei einem breiteren Sortiment, das auch Produkte von Wettbewerbern umfasst, im Regal betrachtet, in die Hand nimmt und gegebenenfalls, wenn er die Verpackung umdreht, den Hinweis „patent pending“ liest.“*
 - *„Bei „patent pending“ handelt es sich um keinen Begriff, der der englischen Umgangssprache zugeordnet werden kann in dem Sinne, dass auch der weitergehende Teil des angesprochenen Verkehrs, der im Verhältnis zum vorgenannten Personenkreis zahlenmäßig deutlich überwiegen dürfte, ihn nach der Lebenserfahrung in seinem Bedeutungsgehalt zutreffend erfasst.“*

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Ausgangspunkt

- Durchschnittsverbraucher bildet normativen Maßstab
- Basis für die Ermittlung der maßgeblichen Verkehrsauffassung
- Art der Ermittlung weder in UWG noch UGP-RL festgelegt
- Grundsatz nach EuGH C-210/96 – *Gut Springenheide*
 - Gericht hat darauf abzustellen, wie Durchschnittsverbraucher Angabe auffassen
 - Rechtsfrage
 - „*Hat das Gericht besondere Schwierigkeiten, zu beurteilen, ob die betreffende Angabe irreführen kann, so verbietet das Gemeinschaftsrecht ihm jedoch nicht, dies nach Maßgabe seines nationalen Rechts durch ein Sachverständigengutachten oder eine Verbraucherbefragung zu ermitteln*“
 - Tatfrage
 - EuGH folgt tendenziell dem Regel-Ausnahme-Prinzip

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Ausgangspunkt

Differenzierung nach OGH (stRsp; zB OGH 4 Ob 174/07b – *Kontrazeptiva*):

- Rechtsfrage
 - Wenn zur Beurteilung der Wirkungen einer Werbeaussagen die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen
- Tatfrage
 - Wenn dies nicht der Fall ist
- Selbe Frage wird einmal als Rechts-, einmal als Tatfrage behandelt
- Prozessrechtlich fragwürdig

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Prozessuale Konsequenzen

- Beurteilung als Rechtsfrage
 - Gericht kann Erfahrungssätze auch ohne Beweisaufnahme zugrunde legen
 - Anwendung von Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und (Fach-) Wissen des Gerichts
 - Im Instanzenzug von Obergericht abänderbar

- Beurteilung als Tatfrage
 - Beweise über Wirkung der Werbung sind aufzunehmen
 - Insbesondere Sachverständigenbeweis, Konsumentenbefragung
 - Provisorialverfahren: Beschränkung auf parate Bescheinigungsmittel

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Praktische Probleme I

- Verfügt das Gericht über die notwendige Erfahrung zur Beurteilung des Verständnishorizonts der Adressaten?
 - Wann sind Erfahrungssätze nicht mehr gerichtsnotorisch, sondern müssen durch sachverständige Expertise ermittelt werden?
 - Tatsachenerhebungen sind zeitaufwändiger → genaue Auseinandersetzung des Gerichts mit dem konkreten Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise
 - Tendenz daher in Richtung "*Heranziehung von Erfahrungssätzen aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung*"
 - Nicht unproblematisch und gefährdet eine sachgerechte Entscheidungsfindung

- Gerichtsnotorische Erfahrung ist in der Regel nicht gegeben bei
 - Geschäftspraktiken, die ein Fachpublikum adressieren
 - zB Ärzte, IT-Experten

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Praktische Probleme II

- Herangezogene Erfahrungssätze sind erst im Urteil ersichtlich
 - Gericht muss nicht offenlegen, welche Erfahrungssätze es heranziehen wird
 - Für Parteien schwer zu entscheiden, ob sie selbst Erfahrungssätze vorbringen und beweisen sollen
 - Anders, wenn Provisorial- und Hauptverfahren geführt werden
 - Möglichkeit im Hauptverfahren, Behauptungen und Beweise entgegenzuhalten
 - Wenn herangezogener Erfahrungssatz vom Gericht nicht vorab nicht offengelegt
 - Überraschende Rechtsansicht iSd § 182a ZPO?

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Rechtsprechung in Österreich

- OGH 17 Ob 16/10t – *schladming.com*
 - www.schladming.at gegen www.schladming.com
 - Unterschiedliche TLD → Zuordnungsverwirrung?
 - Erstgericht: hat das vom Beklagten beantragte Gutachten aus dem EDV-Bereich nicht eingeholt und auf die ständige Rechtsprechung verwiesen (TLD haben außer Betracht zu bleiben) → Rechtsfrage
 - Berufungsgericht: das Gutachten sei nicht zu entscheidungsrelevanten Behauptungen beantragt worden → Rechtsfrage
 - OGH: Parteien steht es frei, Erfahrungssätze zu behaupten und unter Beweis zu stellen oder den Beweis der Unrichtigkeit der vom OGH zugrunde gelegten Erfahrungssatz anzutreten
 - Erstgericht hat im fortgesetzten Verfahren SV-Gutachten einzuholen

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Rechtsprechung in Österreich

- OGH 17 Ob 15/11x – *wagrain.com*
 - Erst- und Berufungsgericht weisen Einholung eines demoskopische Gutachten zur Beurteilung der Zuordnungsverwirrung bei Durchschnittsverbraucher ab
 - Begründung: Anwendung eines Erfahrungssatzes des täglichen Lebens und daher um eine Rechtsfrage
 - OGH:
 - Beklagten steht der Beweis eines davon abweichenden Erfahrungssatzes frei
 - "*Dass ein solcher Beweis aus Sicht des Gerichts wenig Aussicht auf Erfolg haben mag, ist kein Grund, seine Aufnahme zu verweigern.*"

IV. Ermittlung (Tatfrage vs Rechtsfrage)

Rechtsprechung in Österreich

- OGH 4 Ob 45/97i
 - Vergleich der Gesamtmortalitätsreduktion einer Wirksubstanz mit einer Arzneispezialität in einem Werbefolder für Fachärzte
 - Gerichtet an ein Fachpublikum
 - Rekursgericht: Irreführungseignung als Tatfrage beurteilt
 - OGH: es ist die psychologische Wirkung der Werbebotschaft auf Fachkreise zu beurteilen, ohne dass es auf das inhaltliche Verständnis ankäme
 - ➔ Rechtsfrage

V. Ausblick

- Mangels abschließender Legaldefinition wird das Konzept des Durchschnittsverbrauchers weiterhin Gegenstand einer dynamischen, kontextbezogenen Rechtsfortbildung durch die Rspr bleiben
- Komplexität der zu bewertenden Sachverhalte wächst, angesichts von Geschäftspraktiken ggü abgegrenzten Zielgruppen mit Spezialwissen (Fachpublikum)
 - Zunahme von Sachverständigenbeweisen (Tatfrage)
 - oder vermehrte Entscheidung durch Gericht (Rechtsfrage)?
- Leitbild des Durchschnittsverbrauchers und dessen konkrete Anwendung im Einzelfall bleibt als zentrales Bewertungskriterium dem rechtswissenschaftlichen Diskurs als „Dauerbrenner“ erhalten

Kontakt

Dr Axel Anderl, LL.M.
T: +43 1 533 47 95 – 23
E: axel.anderl@dorda.at

Univ Prof Ing Dr Clemens Appl, LL.M.
T: +43 2732 893 – 2411
E: clemens.appl@donau-uni.ac.at

Donau-Universität Krems · Dr Karl Dorrek Straße 30 · 3500 Krems

DORDA Rechtsanwälte GmbH · Universitätsring 10 · 1010 Wien
International Law Office - Information Technology Award for Austria 2014, 2015, 2016 & 2017
International Law Office - E-Commerce Award for Austria 2012 & 2013
International Law Office - Austrian Client Choice Award 2012, 2013, 2014 & 2018
IFLR European Awards - Austrian Law Firm of the Year 2013



Vergleichende Werbung: Gestern, heute, morgen

Dr. Rainer Herzig

Preslmayr Rechtsanwälte Wien

1. Einleitung
2. Gestern
3. Heute
4. Morgen?

1. Einleitung

Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung

Artikel 2

im Sinne dieser Richtlinie bedeutet

- a) "Werbung" jede Äußerung bei einer Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern; ...
- b) "Vergleichende Werbung" jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht.

Artikel 8 Abs 1

Diese Richtlinie hindert die Mitgliedsstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die bei irreführender Werbung einen weiterreichenden Schutz der Gewerbetreibenden und Mitbewerber vorsehen

Aber:

Unterabsatz 1 gilt nicht für vergleichende Werbung, soweit es sich um den Vergleich handelt.

Für vergleichende Werbung strebt die IrreführungsRL daher Vollharmonisierung an.

Artikel 4

Vergleichende Werbung gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

- a) Sie ist nicht irreführend im Sinne des Art 2b, Art 3 und Art 8 Abs 1 der vorliegenden Richtlinie oder im Sinne der Art 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL);
- b) sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung;
- c) sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaft dieser Waren und Dienstleistungen, zu denen auch der Preis gehören kann;
- d) durch sie werden weder die Marken, die Handelsnamen oder andere Unterscheidungszeichen noch die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft;

- e) bei Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht sie sich auf Waren der gleichen Bezeichnung;
- f) sie nutzt den Ruf einer Marke, eines Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers oder der Ursprungsbezeichnung von Konkurrenzerzeugnissen nicht in unlauterer Weise aus;
- g) sie stellt nicht eine Ware oder eine Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen dar;
- h) sie begründet keine Verwechslungsgefahr.

Art 4 IrreführungsRL stellt sowohl einen Zulässigkeits- als auch einen Verbotskatalog für vergleichende Werbung auf, über den der nationale Gesetzgeber nicht hinausgehen und den er auch nicht unterschreiten darf.

Artikel 7

Vom Werbenden sind Beweise für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint; bei vergleichender Werbung ist vom Werbenden zu verlangen, die entsprechenden Beweise kurzfristig vorzulegen.

Tatsachenbehauptungen sind als unrichtig anzusehen, wenn der verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er von dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde für unzureichend erachtet wird.

Verschiebung der Beweislast zum Beklagten

2. Gestern

Stammfassung des UWG (BGBl 1923/531):

- keine ausdrückliche Regelung

Rechtsprechung des OGH:

- zunächst (wahre) vergleichende Werbung zulässig (Ob I 750/25 – Abwehrvergleich; Ob I 314/24 – fehlende Wettbewerbsabsicht)

- ab 1936 “Verbotsprinzip”: vergleichende Werbung verstößt gegen § 1 UWG, wenn nicht zu ihrer Vornahme ein “hinreichender Grund” vorliegt (4 Ob 3/36):

Vergleichende Reklame stellt “immer einen sehr erheblichen Eingriff in die Rechtssphäre des Wettbewerbers dar, mag sie auch wahr und würdig sein” (4 Ob 3/36).

- wohl beeinflusst durch die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts (RG II 495/30 – Hellegold)
- Argumente des OGH für die Unzulässigkeit vergleichender Werbung:
 - Hinweis auf die Minderwertigkeit der Waren oder Leistungen erkennbarer Mitbewerber
 - Daher Systemvergleich mangels Erkennbarkeit im Regelfall zulässig

Verbotsprinzip

UWG-Novelle 1988 (BGBl 1988/422)

- § 2 Abs 1 UWG ergänzt um den Satz: “Vergleichende Preiswerbung, die nicht gegen diese Bestimmung oder § 1 UWG verstößt, ist jedenfalls zulässig.”
- Änderung der Rechtsprechung des OGH:
 - Der bloße Hinweis auf den höheren Preis eines Konkurrenten macht den Preisvergleich noch nicht sittenwidrig. Die damit verbundene Herabsetzung ist ebenso hinzunehmen wie der damit verbundene Hinweis auf die Günstigkeit der eigenen Preise (4 Ob 48/89 – Figurella)
 - Mit der Zulässigkeit der vergleichenden Preiswerbung wird das Interesse der Konsumenten an einer Preisinformation und Preistransparenz über das Schutzinteresse der betroffenen Mitbewerber gestellt. Diese Wertung ist unteilbar und daher auch außerhalb des reinen Preisvergleichs auf vergleichende Werbung in Form des Qualitätsvergleichs anzuwenden (4 Ob 41/90 – Media-Analyse 1988)

Ab 1990 Liberalisierung der Rechtsprechung

Umsetzung der RL 97/55/EG vom 6.10.1997 zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung durch die UWG-Novelle 1999 (BGBl I 1999/185) in § 2 UWG:

- “ (2) Vergleichende Werbung, die weder gegen Abs 1 noch gegen die §§ 1, 7 und 9 Abs 1 bis 3 verstößt, ist zulässig.
- (3) Zusätzlich ist vergleichende Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Leistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht, hinsichtlich des Vergleichs nur dann zulässig, wenn
1. sie sich bei Waren mit Ursprungsbezeichnung in jedem Fall auf Waren mit gleicher Bezeichnung bezieht oder
 2. sich der Vergleich auf ein Sonderangebot bezieht, der Zeitpunkt des Endes des Sonderangebotes und, wenn das Sonderangebot noch nicht gilt, der Zeitpunkt des Beginns des Zeitraums, in dem der Sonderpreis oder andere besondere Bedingungen gelten, klar und eindeutig angegeben werden.

- (4) Wer im geschäftlichen Verkehr gegen Abs 3 verstößt, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.
- (5) Im Verfahren auf Unterlassung oder Schadenersatz nach den Abs 1 bis 4 und Abs 6 sind vom Werbenden die entsprechenden Beweise für die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, in den Fällen irreführender Werbung aber nur dann, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verkehrsteilnehmer im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint.“

Ab 1997 “Europäisierung”

Umsetzung der RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr durch die UWG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/79):

“ § 2a

- (1) Vergleichende Werbung ist zulässig, wenn sie nicht gegen die §§ 1, 1a, 2, 7 oder 9 Abs 1 bis 3 verstößt.
- (2) Zusätzlich ist vergleichende Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Leistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht, nur dann zulässig, wenn
 1. sie sich bei Waren mit Ursprungsbezeichnung in jedem Fall auf Waren mit gleicher Bezeichnung bezieht oder
 2. sich der Vergleich auf ein Sonderangebot bezieht, der Zeitpunkt des Endes des Sonderangebotes und, wenn das Sonderangebot noch nicht gilt, der Zeitpunkt des Beginns des Zeitraums, in dem der Sonderpreis oder andere besondere Bedingungen gelten, klar und eindeutig angegeben werden.
- (3) Wer im geschäftlichen Verkehr gegen Abs 2 verstößt, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.
- (4) § 1 Abs 5 gilt sinngemäß.“

3. Heute

UWG-Novelle 2015 (BGBl I 2015/49):

“ § 2a

- (1) Vergleichende Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht, ist zulässig, wenn sie nicht gegen die §§ 1, 1a, 2, 7 oder 9 Abs 1 bis 3 verstößt.
- (2) Im Fall des Vergleichs von Waren mit Ursprungsbezeichnung ist jedenfalls auf Waren mit gleicher Bezeichnung Bezug zu nehmen.
- (3) Wer im geschäftlichen Verkehr gegen Abs 2 verstößt, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.
- (4) § 1 Abs 5 gilt sinngemäß.“

Beispiele aus der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung

a) Beweislast

OGH 4 Ob 173/02y – Emmi

Die Beklagte warb mit

- länger frische Vollmilch
- täglich länger frische Milch genießen, ohne täglich einzukaufen
- Emmi, die Längerfrische, bleibt als einzige Vollmilch Österreichs länger frisch

Die Klägerin warf der Beklagten (unter anderem) sittenwidrige vergleichende Werbung vor, weil sie durch die Ankündigung „länger frische Vollmilch“ der Eindruck erwecke, dass ihre Milch insoweit alle anderen vergleichbaren Erzeugnisse übertreffe, weil sie „als einzige Milch Österreichs länger frisch bleibt“.

Die Beklagte warb mit dem Vergleich Druckauflage von Österreich mit den Druckauflagen von Krone und Kurier.

Der OGH sah darin einen irreführenden Vergleich, weil zwar die Druckauflagen korrekt wiedergegeben wurden, allerdings der Eindruck erweckt wurde, diese sei das einzige oder zumindest entscheidende Kriterium für den Vergleich von Zeitungen.

Außerdem setze die Inanspruchnahme einer Spitzenstellung (Nummer 1 in Wien) einen stetigen und erheblichen Vorsprung voraus, was bei einer einmaligen Auflagedifferenz von etwa 200 Stück (0,12 % der Auflage) nicht der Fall sei.

Die Irreführungseignung des Vergleichs der Druckauflagen von Zeitungen, die einerseits als Kauf- und andererseits als Gratiszeitungen geführt werden, sah der OGH als nicht bescheinigt an. Die diesbezügliche Beweislast liege im konkreten Fall bei der Klägerin.

Die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptung ist zwar vom Beklagten zu beweisen, sie ist hier aber unstrittig. Für alle anderen Umstände ist der Werbende nur dann behauptungs- und beweispflichtig, wenn eine Interessenabwägung dies angemessen erscheinen lässt. Es ist für beide Seiten gleich schwierig, das Bestehen oder Nichtbestehen einer (deutlich) unterschiedlichen Leserzahl pro gedrucktem Exemplar der in den Vergleich einbezogenen Zeitungen nachzuweisen.

OGH 4 Ob 130/10m – Frauenmagazin D.O.

Das beklagte Marktforschungsinstitut hatte für die Herausgeberin eines Frauenmagazins eine Reichweitenstudie erstellt, die für deren Magazin eine Reichweite von 20 % und den ersten Platz auswies. Die klagende Mitbewerberin der Herausgeberin warf der Beklagten vor, ihre Studie sei mangelhaft, unplausibel und unter Missachtung der maßgeblichen Qualitätskriterien erstellt. Die Unterinstanzen wiesen ab.

In der Revision machte die Klägerin geltend, dass die Beweislastumkehr des § 1 Abs 5 UWG anzuwenden gewesen wäre. Dem folgte der OGH nicht. Eine Förderung fremden Wettbewerbs durch eine eigene geschäftliche Handlung der Beklagten könnte nur dann angenommen werden, wenn die Beklagte die Studie selbst publiziert hätte, was nicht der Fall war.

Bei irreführender Veröffentlichung einer an sich unbedenklichen Studie wäre die Kenntnis der Beklagten von der beabsichtigten irreführenden Werbung Voraussetzung für die Gehilfenhaftung. Bei Veröffentlichung einer irreführenden Studie könnte deren Überlassung eine Haftung begründen. Die Beklagte hat ihre Erhebungsmethoden genannt, sie methodisch unbedenklich.

b) Irreführung

4 Ob 34/03h – Preiswertester Baumarkt

Die Beklagte warb mit der angeblichen „Marktführerschaft auf dem Sektor der günstigsten Preise“. Sie bezog sich dabei auf zwei Studien, von denen nur eine auch Erhebungen zur Preisgünstigkeit durchführte. Bei dieser hatte die Beklagte nur bei den Personen, die sich als Kunden des jeweiligen Baumarktes bezeichnen, das beste Ergebnis erzielt, nicht hingegen beim repräsentativen Querschnitt der österreichischen Bevölkerung.

Nach der Unklarheitenregel muss bei einer mehrdeutigen Angabe der Werbende die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen. Das ist im vorliegenden Fall zu bejahen, weil nicht beide Studien in sämtlichen Befragungsvarianten die Beklagte als preiswertesten Baumarkt ausweisen, sich die Beklagte daher zu Unrecht auf zwei ihre angebliche Preisführerschaft nachweisende Marktstudien beruft.

4 Ob 109/08w – Bis zu 432 km mehr pro Jahr

Die Beklagte bewarb ihre Diesel-Treibstoffe damit, dass bei gleicher Tankfüllung bis zu 432 km pro Jahr und im Durchschnitt um 133 km pro weiter gefahren werden könne als mit herkömmlichen Diesel-Kraftstoffen. In einer Sternchen-Anmerkung fand sich der Hinweis „durchschnittlich getankte Menge Diesel von S-Tankkarten-Benutzern“. Getestet wurde durch ein unabhängiges Institut gegen Diesel EN 590 in dem für die Ermittlung von PKW-Treibstoffverbrauchen maßgeblichen NEDC-Zyklus.

Sowohl nach der Rechtslage vor als auch nach der UWG-Novelle 2007 ist beim Irreführungstatbestand zu prüfen,

- a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent, der eine dem jeweiligen Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht
- b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob
- c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

Die Aussage erlaubt unterschiedliche Vorstellungen über den Bezugswert des Vergleichs: Eine davon mag der durchschnittliche Jahresbedarf von bestimmten Kunden sein, denkbar ist aber auch eine Bezugnahme auf die durchschnittliche Jahresleistung von in Österreich oder der EU zugelassenen PKWs. Zudem kann die Ersparnis von „bis zu“ 432 km offenkundig nur in Ausnahmefällen erreicht werden; die durchschnittliche Ersparnis beträgt nicht einmal ein Drittel. Der (aufklärende) Hinweis war in wesentlich kleinerer Schrift gehalten und auch inhaltlich nicht geeignet, die Irreführung zu beseitigen, weil die Angabe des Bezugswertes fehlte. Der Hinweis auf die „durchschnittlich getankte Menge Diesel von S-Tankkartenbenutzern“ ließ offen, wie hoch auf dieser Grundlage die durchschnittliche jährliche Fahrleistung war.

4 Ob 120/06k - Blopress

Die Beklagte warb für ihr Arzneimittel mit dem Wirkstoff Candesartan mit einer Grafik, in der dieses Arzneimittel mit dem Arzneimittel eines Dritten mit dem Wirkstoff Losartan verglichen und das Arzneimittel der Klägerin mit dem Wirkstoff Valsartan mit dem Arzneimittel des Dritten verglichen wurde. Die Studien unterschieden sich in Aufbau, Design und Studiendauer. Sie leitete daraus ab, es gebe „nichts Besseres für Hypertoniepatienten“ als ihr Arzneimittel.

Alle drei Instanzen sahen in der Grafik eine irreführende vergleichende Werbung, weil der beanstandeten Grafik keine direkten Vergleichsstudien zugrunde lagen und daher „nicht Vergleichbares miteinander verglichen“ wurde.

Der negative Komparativ („nichts Besseres“) besagt seinem Wortlaut nach, dass die angepriesene Ware zur Spitzengruppe gehört; das Vorhandensein gleichwertiger Erzeugnisse wird nicht verneint. Im Einzelfall kann damit aber auch eine Alleinstellung zum Ausdruck gebracht werden. Dies ist im Zusammenhang mit der Gestaltung des Prospekts zu bejahen. Die Beweislast für die Richtigkeit liegt beim Beklagten.

4 Ob 94/14y – Schriftliche Abhandlungspflege

Der beklagte Rechtsanwalt veröffentlichte in einer Beilage zu einer Tageszeitung einen Artikel zum Verlassenschaftsverfahren, in dem er unter anderem die Behauptungen aufstellte

- „ein Verlassenschaftsverfahren ohne Rechtsanwalt ist wie eine Blinddarmoperation ohne Arzt“,
- das Verlassenschaftsverfahren könne mit Ausnahme der Todfallaufnahme zur Gänze durch einen Rechtsanwalt im Wege der schriftlichen Abhandlungspflege abgewickelt werden, wenn sich alle Erben einig seien
- schriftliche Abhandlungspflege durch einen Rechtsanwalt sei für die Erben auch vorteilhafter als die Durchführung durch einen Notar, weil begleitende Maßnahmen zum Verlassenschaftsverfahren von Rechtsanwälten kompetenter und für die Erben vorteilhafter als von Notaren abgewickelt werden könnten.

Trotz ihres marktschreierischen Charakters hat die Aussage einen überprüfbaren Tatsachekern.

Die Vergleiche der Leistungen zwischen Anwälten und Notaren ist irreführend, weil neben der Todesfallaufnahme der Notar als Gerichtskommissär auch zur Ausstellung einer Amtsbestätigung gemäß § 172 Außerstreitgesetz befugt ist.

Der Vergleich legt auch nicht offen, dass auch Notare zur schriftlichen Abhandlungspflege befugt sind.

c) Rufausbeutung

OLG Wien 1 R 163/10p – Stärkt Ihre Abwehrkräfte

Die Beklagte warb mit der Aussage „Jedes Joghurt stärkt Ihre Abwehrkräfte.“ Die Klägerin verwendet seit 1996 den Slogan „Actimel stärkt Ihre Abwehrkräfte“ und sah in der Werbung einen Verstoß gegen die §§ 1, 2 und 2a UWG, weil laut einer Studie das probiotische Joghurt der Klägerin die Abwehrkräfte stärker stärkt als ein normales Joghurt.

Das OLG Wien sah in der Werbung eine anlehende Werbung, die eine Art der vergleichenden Werbung sei und nur dann unzulässig sei, wenn sie gegen §§ 1, 1a, 2, 7 oder 9 Abs 1 bis 3 verstößt. Die Werbung der Beklagten beute in sittenwidriger Weise den Ruf der Klägerin aus und sei auch irreführend, weil die Vorstellungen, die die Umworbenen über ihre Bedeutung haben, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang stehen. Eine Rufausbeutung ist wettbewerbswidrig, wenn sich der Verletzer an den guten Ruf einer fremden Ware anhängt, um diesen für den Absatz der eigenen Ware auszunutzen. Eine sittenwidrige unzulässige Rufausbeutung liegt dann nicht vor, wenn der Hinweis auf das fremde Konkurrenzprodukt ausschließlich dazu dient, Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten der Konkurrenzprodukte deutlich zu machen. Von der Beklagten war Letzteres intendiert. Die suggerierten Gemeinsamkeiten liegen aber nicht in dem Umfang vor, wie von der Beklagten in der Werbung transportiert.

OGH 17 Ob 2/11k – Velux

Die Beklagte warb mit dem Angebot ihrer „Standard-Renovierungsfenster für gängige Velux-Typen“. Die klagende Herstellerin von Velux-Fenstern verfügt über einen Marktanteil von 85 % und erblickte darin eine unzulässige Rufausbeutung.

Der OGH erblickte darin einen Verstoß gegen Art 4 lit f IrreführungsRL, weil die Beklagte den Ruf der Marke in unlauterer Weise ausnützt. Die Unlauterkeit folgt aus dem Umstand, dass die Nennung der Marke des Marktführers unter den hier gegebenen Umständen nicht notwendig ist, und der Marktgegenseite für sie wesentliche Informationen zu vermitteln, kann doch jedes Dachfenster jedes Fremdherstellers gegen ein Produkt der Beklagten ausgetauscht werden.

OGH 17 Ob 19/11k – Oral B

Die Klägerinnen sind Inhaber mehrerer ORAL-B-Marken und vertreiben Zahnbürsten. Ihr Marktanteil beträgt 93,5 %. Die Beklagte vertreibt Zahnpflegeprodukte unter der Marke „Dr. Best“, darunter Wechselköpfe für Zahnbürsten der Klägerinnen.



Die Klägerinnen erblickten in der Werbung einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 MSchG.

Der OGH verneint einen Markeneingriff ebenso wie das Vorliegen eines Imitationsmarketings.

OGH 4 Ob 153/13y – Zapfhahnwerbung

Die Parteien bieten Halterungen für Werbeträger auf Zapfhähnen von Tankstellen an. Die Klägerin hat einen Marktanteil von zumindest 70 %. Der Beklagte (einzige englische Mitbewerber warb auf seiner englischsprachigen Website damit, dass er auch nach Österreich liefere mit der Aussage „N (Firmenschlagwort der Beklagten) offers a viable alternative to the A (Firmenschlagwort und Marke der Klägerin) proposition“ und bezeichnete ihr Produkt auf der englischsprachigen Website als „unique“. Die Klägerin erblickte darin eine unzulässige Rufausbeutung sowie die unzutreffende Inanspruchnahme einer Spitzenstellung.

Der OGH verneinte beides. Wegen der Bezugnahme auf den Mitbewerber liege eine vergleichende Werbung vor. Diese sei zulässig, weil sie weder aggressiv noch irreführend noch herabsetzend sei und auch keine Verwechslungsgefahren hervorrufe. Auch eine Rufausbeutung liege nicht vor, weil die sehr engen angesprochenen Verkehrskreise unternehmerisch tätig sind und die Produkte der Parteien kennen. Sie werden wegen der insofern marktbeherrschenden Stellung der Klägerin von selbst eine gedankliche Verbindung mit dieser herstellen. Dass die Beklagte dieses Kennzeichen im Fließtext ohne besondere Hervorhebung ausdrücklich nennt, statt abstrakt vom (ohnehin einzigen) Mitbewerber zu sprechen, wirkt sich im konkreten Fall nicht auf die Aufmerksamkeit aus. Der Fall ist daher nicht mit Velux (17 Ob 2/11k) vergleichbar.

Auch die Bezeichnung als „unique“ ist keine unrichtige Inanspruchnahme einer Spitzenstellung, weil sie nicht bloß einzig oder einzigartig bedeutet, sondern auch mit „special“ oder „particularly remarkable“ übersetzt werden kann.

d) Spitzenstellung

OGH 4 Ob 111/10t – A-Fenster

Die Beklagte warb für ihre Fenster mit den Behauptungen „Top-Qualität“, „Ein Produkt von höchster Qualität“, „Immer am neuesten Stand der Technik“, „Beste Isolierung und Dichtheit“, etc. Die Klägerin sah die Inanspruchnahme einer Spitzenstellung als irreführend an. Die Beklagte verteidigte sich mit marktschreierischer Anpreisung.

Der OGH führte aus, dass eine marktschreierische Anpreisung nur dann vorliegt, wenn sie sofort von niemandem wörtlich ernst genommen wird. Im Zweifel ob eine marktschreierische Anpreisung oder eine ernst gemeinte Behauptung vorliegt, ist immer das Letztere anzunehmen. Auch marktschreierische Anpreisungen lassen sich zumeist auf einen sachlich nachprüfbaren Tatsachekern zurückführen. Kann eine Werbebehauptung den Eindruck einer Spitzenstellung des Werbenden, zumindest aber die Vorstellung überdurchschnittlicher Qualität erwecken, dann ist für die Annahme einer rein subjektiven Meinungskundgebung kein Raum. Spitzenstellungswerbung vergleichende Werbung am Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 2 UWG zu messen. Wenn die Fenster der Beklagten allgemein bloß von guter bzw. durchschnittlicher Qualität sind, so bewirkt die Werbung mit der Zugehörigkeit zur „Spitzengruppe“ eine gegen § 2 UWG verstoßende Irreführung.

e) Systemvergleich

OGH 4 Ob 129/15x – FEINSTAUB/KEINSTAUB

Der beklagte Fachverband warb in Printmedien und auf der Website für Fernwärme mit folgender Gegenüberstellung:



Der klagende Kaminhersteller sah darin eine unzulässige vergleichende Werbung, weil 46 % der Fernwärme aus Biomasse erzeugt werden und aus Biomasse hergestellte Fernwärme von den gebräuchlichsten Heizsystemen die höchste Feinstaubemission aufweist.

Die Unterinstanzen wiesen ab, der OGH gab statt.

Der beklagte Fachverband ist zwar selbst nicht wirtschaftlich tätig, kann aber wegen der Förderung fremden Wettbewerbs in Anspruch genommen werden.

Die Werbung vergleicht nicht bloß die von einem einzelnen Haus ausgehende Feinstaubbelastung bei Verwendung unterschiedlicher Heizsysteme, sondern stellt auf die Gesamtumweltbelastung ab. Die blickfangartige Hervorhebung des Gegensatzpaares „FEINSTAUB“ und „KEINSTAUB“ legt das Verständnis nahe, heizen mit Fernwärme führe zu überhaupt keiner Feinstaubbelastung. Systemvergleiche müssen nach ständiger Rechtsprechung wahr, sachlich und informativ sein; Pauschalabwertungen, unnötige Bloßstellungen und aggressive Tendenzen sind auch dann sittenwidrig, wenn eine gezielte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber fehlt.

f) Objektivitätsgebot

4 Ob 209/14k – Guter Journalismus

Die Medieninhaberin der Gratiszeitung „Heute“ warb in einem Branchenblatt mit folgendem Inserat:



Die klagende Medieninhaberin von „Österreich“ meinte, dass damit suggeriert werde, ihr Produkt sei aufgrund seines schlechten Journalismus ein Ladenhüter und erblickte darin eine pauschale Herabsetzung. Die Beklagte verteidigte sich damit, dass es sich um ein humorvoll übertriebenes Werturteil handle, das einer objektiven Überprüfbarkeit entzogen sei.

Das Erstgericht wies ab, das Rekursgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung, die vom OGH bestätigt wurde.

Es handle sich um einen klassischen Fall vergleichender Werbung, weil die Beklagte in zweifacher Weise Bezug auf die Klägerin nehme. Zunächst durch das Zusammenspiel von Wort und Bild in Bezug auf „besseren Journalismus“, andererseits in Bezug auf die unterschiedlich gefüllten Verteilerboxen.

Eine Werbung, die gegen das Objektivitätsgebot verstößt, ist unlauter. Soweit der Werbung ein unterschiedlicher Verteilerfolg entnommen werden kann, ist er unproblematisch, weil laut der damals relevanten Media-Analyse „Heute“ mit 13,8 % eine höhere Reichweite als „Österreich“ mit 10 % hatte.

Dagegen beruht die Behauptung eines „besseren Journalismus“ auf einer nicht überprüfbaren Wertung. Diese darf nicht zum Gegenstand vergleichender Werbung gemacht werden, wenn sie einen Bezug zu einem oder mehreren genannten oder erkennbaren Mitbewerbern herstellt, dem oder denen ausdrücklich oder implizit ein „schlechterer“ Journalismus unterstellt wird.

Ein Widerspruch zur Entscheidung I ZR 134/07 des BGH (Gib mal Zeitung) wurde verneint, weil dort ein Vergleich der Leserkreise zweier Zeitungen zu beurteilen war. Der BGH habe angenommen, dass die Struktur der Leserschaft eine nachprüfbare, relevante, typische und wesentliche Eigenschaft einer Zeitung sei, wobei Aussagen darüber nicht bloß auf einer subjektiven Einschätzung, sondern auf objektiven Gegebenheiten beruhten.

4. Morgen?

Manche Streitfragen zur vergleichenden Werbung sind noch offen:

- Erfordert vergleichende Werbung einen Vergleich?
Nicht nach ihrer Definition in Art 2 lit b, wohl aber in Art 4 („... gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig ...“)
- Äußerungen Dritter (Testwerbung, Vergleichsportale, etc)
Nach herrschender Meinung keine vergleichende Werbung, aber nach F. Schuhmacher geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen
- Auskunftsvergleich
(Wohl ähnlich zu beurteilen wie Testwerbung)

- Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht
(Art 10 Abs 3 lit f MarkenRL: Vergleichende Werbung ist auch markenrechtlich unzulässig, wenn sie die Bedingungen des Art 4 IrreführungsRL nicht erfüllt – könnte dazu führen, dass der Schutzbereich nicht bekannter Marken bei vergleichender Werbung ebenso weit ausgedehnt wird, wie das für bekannte Marken der Fall ist)
- Keyword Advertising



Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Kontakt

RA Dr. Rainer Herzig
Preslmayr Rechtsanwälte OG
Universitätsring 12
1010 Wien

E-Mail: herzig@preslmayr.at
Telefon: 01 / 533 16 95

AGGRESSIVE GP im UWG

insb nach den Novellen 2015 und 2016 und
der jüngeren Judikatur

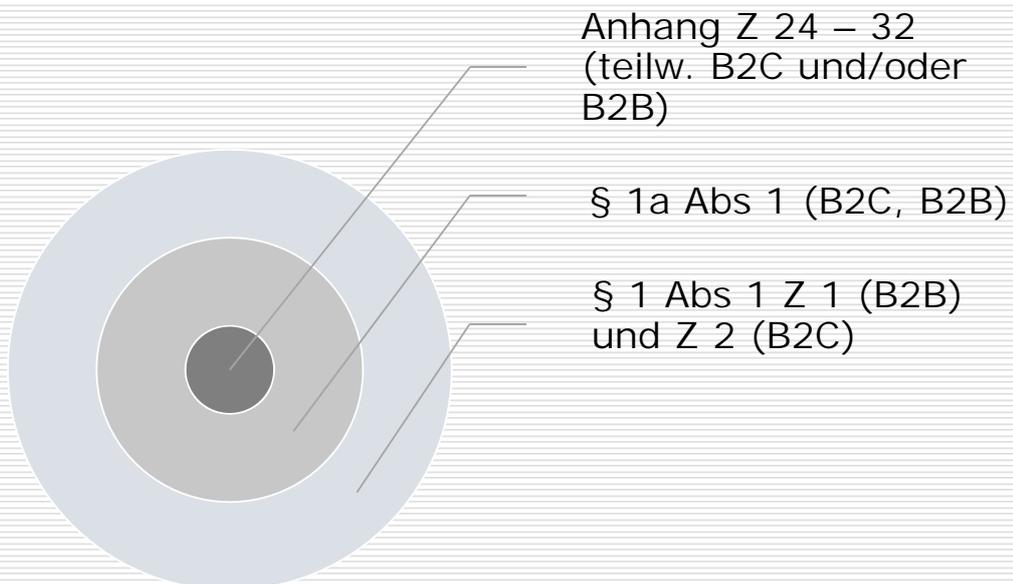
Peter BURGSTALLER

Rechtsanwalt in Linz

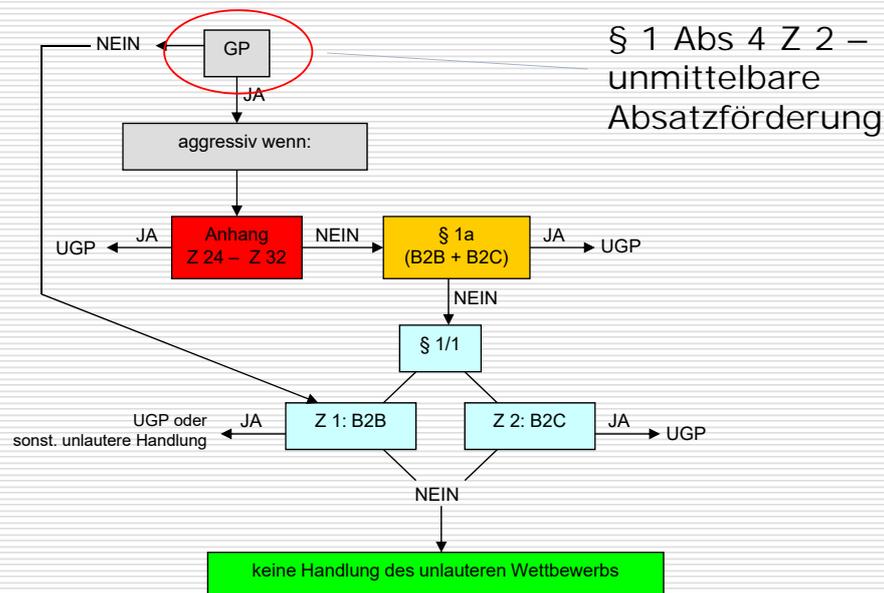
FH-Professor für IT- und IP-Recht

www.lawfirm.eu

I. DREI „AGGRESSIVITÄTSLEVEL“ IM UWG



Allg. angewandtes PRÜFSHEMA IM UWG



II. AGGRESSIVE GP IM ANHANG

- GP = jede unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes in Zusammenhang stehende Verhaltensweise (§ 1 Abs 4 Z 2)
- Anhang gilt nur B2C, ausg Z 24 und 26 (B2C und B2B) sowie Z 32 (nur B2B) anwendbar
- Keine Interpretationskompetenz des EuGH im B2B-Bereich
- Enger Interpretationsspielraum – Harmonisierung nach oben und unten (EuGH 23.04.2009, C-261/07, C-299/07 – VTB-VAB)!
- Enge Auslegung der Anhangtatbestände (OGH 4 Ob 95/13v)
- Keine Prüfung der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung bei den Anhangtatbeständen – **per se unlauter** (OGH 4 Ob 121/15w; zudem Klarstellung der EU-Kommission im Bericht vom 14.03.2013)

NEUN ANHANGTATBESTÄNDE

- Z 24 / Z 25 – „physischer Zwang“ / „Nichtbeachtung des Wohnungsverweises“
- Z 26 – „unerwünschtes/hartnäckiges Anwerben“
 - Wiederholt + Unerwünschtheit musste bekannt sein – OGH 4 Ob 74/11)
- Z 27 – „Verhinderung der Rechtsausübung“
- Z 28 – „Einbeziehung von Kindern in die Werbung“
 - Entgeltlichkeit gefordert - bloßer Aufwandsersatz reicht nicht, OGH 4 Ob 126/16g
 - Direkte Kaufaufforderung = jedenfalls unlauter, OGH 4 Ob 95/13v
 - <14 LJ = Kinder, OGH 4 Ob 110/12y, 4 Ob 244/12d, OLG Linz (rk) 6 R 97/13x
- Z 29 – „Unbestellte Waren/Dienstleistungen“
- Z 30 – „Arbeitsplatz-/Lebensunterhaltsgefährdung“
- Z 31 – „Irreführung über Gewinne“
 - „Sie haben gewonnen“–keine Gewinnauszahlung, OLG Wien 4 R 282/12p (rk)
 - Eindruck des Gewinns, obwohl noch Zahlungspflicht ausg. geringfügig (zB Briefmarke), EuGH C-428/11

Z 32 – Novelle 2016 (HRS-Bundeskartellamt-E)

- Verlangen eines Buchungsplattformbetreibers gegenüber Beherbergungsunternehmen (B2B)
- Exklusivitätszusagen wie Bestpreis-/konditionengarantie inklusive eigenen Website

Anwendungsbereich:

- Buchungsplattformbetreiber aber auch Vermittlungsdienstleistungen, nicht aber Online-Reisebüros
- Room-Availability Klauseln, Preise oder sonstige Zusätze

=> Wahrung der Unabhängigkeit der Beherbergungsunternehmen gegenüber Buchungsplattformbetreiber

Umsetzung Z 32 - UWG-Nov. 2016

□ Klarstellung in § 1a Abs 4:

Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik.

*Vereinbarungen darüber sind **absolut nichtig**.*

- ⇒ Für Z 24 wird die zivilrechtliche, absolute Nichtigkeit derartiger Klauseln angeordnet!
- ⇒ Anhangtatbestände Z 24 – 31 sind zwar jedenfalls/ohne weiteres aggressiv/unlauter, aber nicht absolut nichtig!

III. AGGRESSIVE GP NACH § 1a

- Anwendungsbereich - B2B und B2C
- GP – wirtschaftliche Interessen werden betroffen – unmittelbare Absatzförderung
- Spürbarkeit iSe wesentlichen („erheblichen“) Beeinträchtigungsgeeignetheit die zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst
- Die Rationalität der Verbraucher-E muss vollständig in den Hintergrund treten (OGH in Flüssiggas VI, 4 Ob 75/16g)
- Beeinträchtigungshandlungen:
 - Nötigung, Belästigung oder unzulässige Beeinflussung (Ausnutzung der „Machtposition“)

Fallgruppen § 1a

- Nötigung
 - Physischer und psychischer Kaufzwang
- Belästigung
 - Unlauteres Anreißern und Ansprechen auf der Straße
 - Unerbetene Werbung via Telefon – cold-calling, § 107 TKG
 - Zusendung unbestellter Waren
- Unzulässige Beeinflussung – „Machtposition“ (auch ad hoc)
 - Einsatz von Autoritäten (auch Vertrauensverhältnisse)
 - Ausnutzen von Angst und Zwangslagen („Überrumpelung“)
 - Ausnutzen von geschäftlicher Unerfahrenheit
 - Kaufappelle an Kinder/Jugendliche

Eingriffsschwelle unterhalb § 1a = Generalklausel nach § 1

Zu berücksichtigende Aspekte bei Beurteilung der § 1a-Handlungen

- Bisher:
 - Nur ausdrückliche Umsetzung Art 9 lit d UGP-RL (nichtvertragliche Aspekte B2C)
- **Novelle 2015:**
 - Aus Transparenz-/Klarstellungsgründen forderte die EU-Kommission die ausdrückliche Umsetzung Art 9 lit a – e UGP-RL was nun in § 1a Abs 2 erfolgte

§ 1a Abs 2 idF UWG-Novelle 2015

Bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, ist auch auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer,
2. die Verwendung von drohenden oder beleidigenden Formulierungen oder Verhaltensweisen,
3. die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere durch den Unternehmer, welche das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um die Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt zu beeinflussen, (B2C)
4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte – insbesondere am Recht, den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln – zu hindern versucht (B2C) und
5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen abzustellen.

IV. KUNDENFANG (§ 1)

- ❑ Kundenfang als **Auffangbecken** für „aggressive“ Handlungen die nicht anhang- oder § 1a-relevant sind
- ❑ Kundenfang = Einsatz leistungsfremder Mittel-
Widerspruch zum Leistungswettbewerb
- ❑ Wesentliche Beeinflussungsggeeignetheit der wirtschaftlichen Verhaltensfreiheit (B2C)
- ❑ Voraussetzung für § 1 Abs 1 Z 2 (B2C): Vorliegen einer Geschäftspraktik = wirtschaftl. Interessen werden betroffen

FÄLLE DES KUNDENFANGS

Kundenfang – idR B2C = § 1 Abs 1 Z 2:

- Wertreklame/Verkaufsförderungsmaßnahmen
- Gefühlsbetonte Werbung
- Belästigung durch unerbetene Nachrichten (ausg. cold-calling = Belästigung nach § 1a)
- Transparenzgebot
- ➔ **Kontinuität zur bisherigen Rsp, aber keine Relevierbarkeit „sonstiger unlauterer Handlungen“ B2C im UWG!**

= > Fazit zum Mehrwert der Dreistufigkeit der „AGRESSIVITÄTSLEVEL“

- Anhangtatbestände: per se unlauter und Klausel nach Z 32 = absolut nichtig!
- § 1a vs Kundenfang nach § 1 Abs 1 Z 2:
 - „Eingriffsschwelle“ nach § 1 = wesentliche Beeinflussungsgeignetheit
 - „Eingriffsschwelle“ nach § 1a = erhebliche Beeinträchtigungsgeignetheit
- ➔ § 1a-Tatbestände bieten keine Vorteile zur Generalklausel, weshalb das 3-stufige Prüfschema wenig Sinn bietet

HERZLICHEN DANK FÜR IHRE
AUFMERKSAMKEIT

Peter Burgstaller

www.lawfirm.eu

FORUM WETTBEWERBSRECHT 2017

Zehn Jahre UWG-Reform - Rückblick und Ausblick

Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.
Forschungsverein Infolaw/Universität Göttingen

Unionsrechtl. Rahmen

- Fallgruppe auf Unionsebene bisher nicht harmonisiert
- Verbraucherschutz gegen Verwechslungsgefahr durch § 2 Abs. 3 Nr. 1 UWG gewährleistet
- Verhältnis Fallgruppe Ausbeutung zur UGP-RL?
 - wird durch die UGP-RL nicht berührt, weil Tatbestand die Interessen des Originalherstellers schützt und weil das nationale Recht Unternehmen unabhängig von der RL schützen kann; Mitbewerber- und Verbraucherschutz nebeneinander (so auch BGH GRUR 2010, 80, Rn. 17 – LIKEaBIKE).
 - aA primär Verbraucherschutz, § 2 UWG vorrangig (*Schuhmacher*, wbl 2007, 557)
 - Nach der Rspr des EuGH ist die UGP-RL auch dann anwendbar, wenn eine Bestimmung sowohl Verbraucher- als auch Mitbewerberinteressen schützt.
 - Mögliche Differenzierung: Ausbeutungstatbestand der Herkunftstäuschung schützt auch Verbraucher und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Dagegen schützen die anderen Unterfallgruppen nur Mitbewerberinteressen

Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

- Eigenständige, lückenfüllende Funktion
- Glatte Übernahme weiterhin vollwertige Fallgruppe (4 Ob 198/06 f – *Internet-Gebrauchtwagenbörse* – ÖBl 2007, 52 = MR 2007, 138
 - Anders dt. Recht: Bestandsgefährdung erforderlich (BGH I ZR 60/09 – *Hartplatzhelden.de* – GRUR 2011, 436 Rn 19; BGH I ZR 52/12 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II* – GRUR 2016, 725 Rz 24 f; BGH I ZR 58/14 – *Segmentstruktur* – WRP 2017, 51 Rn 97)
- Jud.: volle Konkurrenz
- Markenrecht: differenzierte Betrachtung, hohe Anforderungen an Eigenart, Subsidiarität bei Ausstattungsschutz
 - 4 Ob 212/11 x – *Trikot der Nationalmannschaft* – MR 2012, 102: Anwendung UWG nur, wenn Anwendungsbereich Markenschutzgesetz nicht gegeben.

§ 1 UWG – Ausbeutung - Tatbestandsstruktur

- Schutzwürdigkeit: Wettbewerbliche Eigenart des Leistungsergebnisses (Waren oder Dienstleistungen)
- Anbieten einer Kopie, nahezu identischen Nachahmung oder nachschaffenden Übernahme einer Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers
- Besondere wettbewerbliche Umstände
 - Vermeidbare Herkunftstäuschung
 - Rufausbeutung
 - Unredliche Erlangung der für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen
 - Behinderung des Mitbewerbers

Einzelne Aspekte

- Einschleiben in eine fremde Serie, vom OGH abgelehnt
 - Nunmehr ausdrücklich vom BGH aufgegeben, BGH I ZR 58/14 – *Segmentstruktur* – WRP 2017, 51 Rn 95 ff
- Andererseits: Freiheit der äußeren Gestaltung kompatibler Konkurrenzprodukte („**optische Kompatibilität**“)
 - BGH I ZR 136/11 – *Regalsystem* – WRP 2013, 1189 Rz 38; I ZR 121/12 – *Einkaufswagen III* – GRUR 2013, 1052 Rz 41

Schutzdauer

- Grds. besteht Schutz, solange das Unlauterkeitsmerkmal besteht, d.h. Zeitraum des Vorliegens der Voraussetzungen
 - Wegfall der Eigenart
 - Wegfall der Herkunftstäuschung oder Rufausbeutung
 - Erschleichen von Know How kann lange wirken
- OGH: keine feste zeitliche Begrenzung
- Anders früher BGH beim unmittelbaren Nachahmungsschutz
 - Schutz für eine Saison in BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*
 - Zeitraum angemessener Amortisation oder Marktattraktivität
 - Modeschöpfungen: 1 Saison
 - Computerspiele: 3-6 Monate
- BGH nunmehr: keine weitere zeitlich Begrenzung
 - BGH WRP 2017, 521 Rn. 64 – *Segmentstruktur*

Rechtsfolgen

- Schadensersatzansprüche
 - Dreifache Schadensberechnung nicht möglich
 - Anders BGH
- Geltendmachung durch Mitbewerber und Verbände
 - Wird mit Hinweis auf den Schutz der Individualinteressen für die sklavische Nachahmung aufgrund einer teleologischen Reduktion ausgeschlossen (4 Ob 118/93 – VÖZ-Rabatt – ÖBl 1994, 30)
 - Aber: Die Verhinderung einer Herkunftstäuschung dient auch dem Interesse der Verbraucher an einer unverfälschten Entscheidungsgrundlage, die wiederum auch Mitbewerbern zugutekommt

Mögliches Zukunftsthema: Schutz von Daten

- Daten als Leistungsergebnis?
- Subsidiarität Datenbankschutz
- Eigenart:
 - Qualitätsvorstellungen am Markt, bis hin zu Gütevorstellungen
 - Technische Notwendigkeit der Nutzung durch Andere?
- Besondere Umstände?
 - Herkunftsfunktion dürfte nicht in Betracht kommen
 - Ausnutzung der Wertschätzung von „Originaldaten“
 - Beeinträchtigung der Wertschätzung durch minderwertige Weiterverarbeitung
 - Systematische Übernahme als Behinderung

Know-How-Schutz im österreichischen Lauterkeitsrecht – Rückblick und Ausblick

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU)

Inhalt

1. Rechtsgrundlagen

1.1. Strafrecht

1.2. Lauterkeitsrecht

2. Rechtspraxis

2.1. Strafrechtliche Judikatur

2.2. Rsp zu Konkurrenzklauseln und den Bruch von Geheimhaltungsklauseln

2.3. Judikaturübersicht zu Geschäftsgeheimnissen

3. Zwischenergebnis de lege lata

Im österreichischen Recht besteht derzeit keine gesetzliche Definition für Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse. Die maßgeblichen Bestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen iwS sind über verschiedene Rechtsgebiete angefangen vom Strafrecht über das Lauterkeitsrecht bis hin zum Arbeitsrecht verteilt. Dazu sind verschiedene prozessuale Vorschriften zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen in diversen Gerichts- und Behördenverfahren zu beachten. Geschäftsgeheimnisse werden durch die Vorschriften des Straf- und Lauterkeitsrechts zwar als vermögenswerte Positionen anerkannt, aber nicht als Eigentumsrecht oder eigentumsähnliches Recht ausgestaltet. Ein Schutz gegen eine gutgläubige Verwendung geheimer Informationen besteht nicht.

4. Ausblick: Trade Secret-Directive/Geheimnisschutz-RL (EU) 2016/943

4.1. Grundsätzliches und Struktur

4.2. Umsetzungsmöglichkeiten in Österreich

5. Zusammenfassung

RICHTLINIE (EU) 2016/943 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung¹

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION – gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114, auf Vorschlag der Europäischen Kommission, nach Zuleitung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts an die nationalen Parlamente, nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses,² gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren,³ in Erwägung nachstehender Gründe: [...]HABEN FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

KAPITEL I
Gegenstand und Anwendungsbereich

Artikel 1
Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie legt Vorschriften für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung fest. Die Mitgliedstaaten können unter Beachtung der Bestimmungen des AEUV einen weitergehenden als den durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung vorsehen, sofern gewährleistet ist, dass Artikel 3, Artikel 5, Artikel 6, Artikel 7 Absatz 1, Artikel 8, Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 2, Artikel 9 Absätze 3 und 4, Artikel 10 Absatz 2, Artikel 11, Artikel 13 und Artikel 15 Absatz 3 eingehalten werden.

(2) Diese Richtlinie berührt nicht

a) die Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit gemäß der Charta, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien,

b) die Anwendung von Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, nach denen die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet sind, aus Gründen des öffentlichen Interesses Informationen, auch Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit oder den Verwaltungsbehörden oder den Gerichten offenzulegen, damit diese ihre Aufgaben wahrnehmen können,

c) die Anwendung von Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, nach denen es den Organen und Einrichtungen der Union oder den nationalen Behörden vorgeschrieben oder gestattet ist, von Unternehmen vorgelegte Informationen offenzulegen, die diese Organe, Einrichtungen oder Behörden in Einhaltung der Pflichten und gemäß den Rechten, die im Unionsrecht oder im nationalen Recht niedergelegt sind, besitzen,

d) die Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge gemäß dem Unionsrecht sowie gemäß den Gepflogenheiten und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einzugehen.

(3) Keine Bestimmung dieser Richtlinie darf so ausgelegt werden, dass sie eine Grundlage dafür bietet, die Mobilität der Arbeitnehmer zu beschränken. Was die Ausübung dieser Mobilität anbelangt, so bietet diese Richtlinie insbesondere keinerlei Grund für

¹ ABL L 157/2016, 1; Die vorliegende Textfassung herausgegeben und mit Anmerkungen versehen von RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU).

² ABL C 226/2014, 48.

³ Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 14. April 2016 und Beschluss des Rates vom 27. Mai 2016.

- a) die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 darstellen, durch die Arbeitnehmer;
- b) die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben;
- c) die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, die nicht gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht auferlegt werden.

Erwägungsgründe 1 bis 4 und 7 bis 13:

Zu Abs 1: (1) Unternehmen und nicht kommerzielle Forschungseinrichtungen investieren in den Erwerb, die Entwicklung und die Anwendung von Know-how und Informationen — die Währung der wissensbasierten Wirtschaft, die einen Wettbewerbsvorteil schafft. Diese Investition in die Schaffung und Anwendung intellektuellen Kapitals ist ein bestimmender Faktor für die Wettbewerbsfähigkeit und den Markterfolg der Unternehmen durch Innovation und damit ihre Rendite, die letztlich die Motivation für ihre Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten darstellt. Unternehmen wenden unterschiedliche Mittel an, um sich die Ergebnisse ihrer Tätigkeiten im Innovationsbereich anzueignen, wenn eine freie Zugänglichkeit nicht die volle Nutzung ihrer Investitionen in Forschung und Innovation erlaubt. Eines dieser Mittel ist die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums in Form von Patenten, Geschmacksmusterrechten oder Urheberrechten. Ein weiteres Mittel, um sich die Ergebnisse der Innovation anzueignen, 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 und solche wertvollen Geschäftsinformationen, die nicht offengelegt werden und vertraulich zu behandeln sind, werden als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

(2) Unternehmen schätzen — unabhängig von ihrer Größe — Geschäftsgeheimnisse als genauso wichtig wie Patente und andere Formen von Rechten des geistigen Eigentums ein. Sie nutzen Vertraulichkeit als Managementinstrument für unternehmerische Wettbewerbsfähigkeit und Forschungsinnovationen; dabei geht es um ein breites Spektrum von Informationen, das über das technologische Wissen hinausgeht und auch Geschäftsdaten wie Informationen über Kunden und Lieferanten, Businesspläne sowie Marktforschung und -strategien einschließt. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) schätzen Geschäftsgeheimnisse in besonderem Maße und sind stärker auf sie angewiesen. Durch den Schutz eines derart breiten Spektrums von Know-how und Geschäftsinformationen, die eine Ergänzung von oder auch eine Alternative zu Rechten des geistigen Eigentums darstellen können, ermöglichen Geschäftsgeheimnisse den Urhebern und Innovatoren, einen Nutzen aus ihrer schöpferischen Tätigkeit oder ihren Innovationen zu ziehen; sie sind daher von außerordentlicher Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen sowie für Forschung und Entwicklung und für die Leistung durch Innovation.

(3) Offene Innovation ist ein Katalysator für neue Ideen, mit denen die Verbraucherbedürfnisse befriedigt und gesellschaftliche Herausforderungen bewältigt werden, der dafür sorgt, dass diese Ideen auf den Markt gelangen. Eine solche Innovation ist ein wichtiger Hebel für die Schaffung neuen Wissens und fördert die Entstehung neuer und innovativer Geschäftsmodelle, die sich auf die Nutzung gemeinsam geschaffenen Wissens stützen. Kooperative Forschung, einschließlich einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, ist insbesondere wichtig, um den Umfang von Forschung und Entwicklung der Unternehmen im Binnenmarkt zu erhöhen. Die Weitergabe von Wissen und Informationen sollte als grundlegend für die Sicherstellung von dynamischen, positiven und gleichen Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten, insbesondere für KMU, angesehen werden. In einem Binnenmarkt, in dem Hindernisse für eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit auf ein Minimum reduziert werden und in dem die Zusammenarbeit nicht beeinträchtigt wird, sollten geistige Schöpfungen und Innovationen, Investitionen in innovative Prozesse, Dienstleistungen und Produkte fördern. Ein derartiges Umfeld, das geistige Schöpfungen und Innovationen begünstigt, und in dem die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt wird, ist auch für das Beschäftigungswachstum und für die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der

Union wichtig. Geschäftsgeheimnisse spielen eine wichtige Rolle für den Schutz des Wissensaustauschs zwischen Unternehmen — insbesondere KMU — und Forschungseinrichtungen sowohl innerhalb des Binnenmarkts als auch über dessen Grenzen hinaus im Forschungs- und Entwicklungskontext und in der Innovation. Geschäftsgeheimnisse sind eine der gebräuchlichsten Formen des Schutzes geistiger Schöpfungen und innovativen Know-hows durch Unternehmen, doch werden sie gleichzeitig durch den bestehenden Rechtsrahmen der Union am wenigsten vor rechtswidrigem Erwerb oder rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch andere Parteien geschützt.

(4) Innovative Unternehmen sind zunehmend unlauteren Praktiken ausgesetzt, die auf eine rechtswidrige Aneignung von Geschäftsgeheimnissen abzielen, wie Diebstahl, unbefugtes Kopieren, Wirtschaftsspionage oder Verletzung von Geheimhaltungspflichten, und ihren Ursprung innerhalb oder außerhalb der Union haben können. Neuere Entwicklungen, wie die Globalisierung, das zunehmende Outsourcing, längere Lieferketten und der verstärkte Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien, tragen zu einer Erhöhung des von derartigen Praktiken ausgehenden Risikos bei. Der rechtswidrige Erwerb und die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses beeinträchtigen die Fähigkeit der rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen, Vorreiterrenditen aus ihren Innovationsanstrengungen zu erzielen. Ohne wirksame und vergleichbare rechtliche Mittel zum unionsweiten Schutz von Geschäftsgeheimnissen werden Anreize zur Aufnahme grenzüberschreitender Innovationstätigkeiten im Binnenmarkt zunichtegemacht und kann das Potenzial von Geschäftsgeheimnissen als Triebkräfte für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung nicht ausgeschöpft werden. Auf diese Weise werden Innovation und Kreativität behindert und gehen die Investitionen zurück, wobei der Binnenmarkt nicht mehr reibungslos funktioniert und sein wachstumsförderndes Potenzial ausgehöhlt wird.

(7) Zudem unterscheiden sich die nationalen Vorschriften auch danach, ob die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen die Vernichtung von Produkten, die von Dritten unter rechtswidriger Nutzung von Geschäftsgeheimnissen hergestellt wurden, oder die Rückgabe oder Vernichtung aller Dokumente, Dateien oder Materialien verlangen können, die das rechtswidrig erworbene oder genutzte Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern. Darüber hinaus tragen die anwendbaren nationalen Vorschriften zur Schadensersatzberechnung nicht immer dem immateriellen Charakter von Geschäftsgeheimnissen Rechnung, was es schwierig macht, den tatsächlich entgangenen Gewinn oder die unlautere Bereicherung des Rechtsverletzers zu belegen, wenn kein Marktwert für die fraglichen Informationen bestimmt werden kann. Nur wenige Mitgliedstaaten gestatten die Anwendung abstrakter Regeln zur Schadensberechnung auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr, die im Falle einer Lizenzerteilung für die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses zu entrichten gewesen wäre. Hinzu kommt, dass viele nationale Vorschriften keinen angemessenen Schutz der Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses für den Fall vorsehen, dass der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses eine Klage wegen angeblichen rechtswidrigen Erwerbs oder angeblicher rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten erhebt, wodurch die Attraktivität der bestehenden Maßnahmen und Rechtsbehelfe gemindert und der gebotene Schutz geschwächt wird.

(8) Die Unterschiede bei dem von den Mitgliedstaaten vorgesehenen rechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen zeigen, dass Geschäftsgeheimnisse nicht überall in der Union gleichermaßen geschützt sind, was eine Fragmentierung des Binnenmarkts in diesem Bereich und eine Schwächung des allgemeinen Abschreckungseffekts der einschlägigen Vorschriften zur Folge hat. Der Binnenmarkt wird insofern in Mitleidenschaft gezogen, als durch solche Unterschiede die Anreize für Unternehmen reduziert werden, innovationsbezogenen grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten, einschließlich Forschungs- oder Herstellungskooperationen mit Partnern, Outsourcing oder Investitionen in anderen Mitgliedstaaten, nachzugehen, bei denen man auf die Nutzung der als Geschäftsgeheimnis geschützten Informationen angewiesen ist. Grenzüberschreitende, vernetzte Forschung und Entwicklung sowie innovationsbezogene Tätigkeiten, einschließlich des damit zusammenhängenden Herstellungsprozesses und des sich anschließenden grenzüberschreitenden Handels, verlieren in der Union an Attraktivität und werden

erschwert, was auch unionsweit zu Innovationsineffizienzen führt.

(9) Darüber hinaus besteht in Mitgliedstaaten mit einem vergleichsweise geringen Schutzniveau ein höheres Geschäftsrisiko, da es leichter ist, Geschäftsgeheimnisse zu stehlen oder auf andere unrechtmäßige Weise zu erwerben. Das führt zu einer ineffizienten Kapitalallokation für wachstumsfördernde Innovationen im Binnenmarkt aufgrund der höheren Ausgaben für Schutzmaßnahmen zur Kompensation des unzureichenden rechtlichen Schutzes in einigen Mitgliedstaaten. Auch leistet es Aktivitäten unfairer Wettbewerber Vorschub, die nach dem rechtswidrigen Erwerb von Geschäftsgeheimnissen die aus diesem Erwerb gewonnenen Produkte im gesamten Binnenmarkt verbreiten könnten. Die Unterschiede zwischen den gesetzlichen Regelungen erleichtern auch die Einfuhr von Produkten aus Drittländern in die Union über Einfuhrstellen mit geringerem Schutzniveau in Fällen, in denen Konzeption, Herstellung oder Vermarktung der Produkte auf gestohlenen oder anderen unrechtmäßig erworbenen Geschäftsgeheimnissen beruhen. Insgesamt sind derartige Unterschiede dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts abträglich.

(10) Es ist angezeigt, auf Unionsebene Vorschriften zur Annäherung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzusehen, damit im gesamten Binnenmarkt ein ausreichender und kohärenter zivilrechtlicher Schutz für den Fall des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses besteht. Diese Regeln sollten die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, einen weitergehenden Schutz vor rechtswidrigem Erwerb oder vor rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen vorzuschreiben, sofern die in dieser Richtlinie ausdrücklich festgelegten Regelungen zum Schutz der Interessen anderer Parteien eingehalten werden.

Zu Abs 2: (11) Diese Richtlinie sollte die Anwendung unionsweiter oder nationaler Rechtsvorschriften, nach denen Informationen, darunter Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit oder staatlichen Stellen offengelegt werden müssen, unberührt lassen. Ebenso sollte sie die Anwendung der Rechtsvorschriften unberührt lassen, nach denen es staatlichen Stellen gestattet ist, zur Erledigung ihrer Aufgaben Informationen zu erheben, oder der Rechtsvorschriften, nach denen diese staatlichen Stellen einschlägige Informationen an die Öffentlichkeit weitergeben dürfen oder müssen. Dazu gehören insbesondere Rechtsvorschriften über die Offenlegung geschäftsbezogener Informationen durch Organe und Einrichtungen der Union oder nationale Behörden, über die diese gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates,⁴ der Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates⁵ sowie der Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁶ oder gemäß anderen Bestimmungen über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten oder über Transparenzverpflichtungen der nationalen Behörden verfügen.

(12) Diese Richtlinie sollte das Recht der Sozialpartner, — falls nach dem Arbeitsrecht vorgesehen — Kollektivverträge einzugehen, hinsichtlich der Verpflichtung zur Nichtoffenlegung von Geschäftsgeheimnissen oder zur Beschränkung ihrer Nutzung und hinsichtlich der Konsequenzen eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung durch die Partei, die ihnen unterworfen ist, nicht berühren. Dies sollte an die Bedingung geknüpft sein, dass ein derartiger Kollektivvertrag nicht die in dieser Richtlinie enthaltenen Ausnahmen einschränkt, wenn ein Antrag auf in dieser Richtlinie vorgesehene Maßnahmen, Verfahren oder Rechtsbehelfe wegen des angeblichen Erwerbs oder der angeblichen Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zurückzuweisen ist.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145 vom 31.5.2001, S. 43).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft (ABl. L 264 vom 25.9.2006, S. 13).

⁶ Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (ABl. L 41 vom 14.2.2003, S. 26).

Zu Abs 3: (13) *Diese Richtlinie sollte nicht als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer oder der Mobilität der Arbeitnehmer, wie sie im Unionsrecht niedergelegt sind, verstanden werden. Außerdem soll sie die Möglichkeit des Abschlusses von Vereinbarungen über ein Wettbewerbsverbot zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemäß dem geltenden Recht unberührt lassen.*

Systematik

Die Geheimnisschutz-RL regelt zivile Rechtsfolgen und verfolgt ausweislich ErwGr 4 und 16 einen lauterkeitsrechtlichen Regelungsansatz. Sie stellt also eine Zivilmaterie dar. Daher liegt der strafrechtliche Regelungsbereich außerhalb der Richtlinie. Gegen eine grundsätzliche Beibehaltung des Strafschutzes spricht also– aus Sicht der Richtlinie – nichts.

Die Geheimnisschutz-RL stellt einen Mindeststandard dar und bringt keine Vollharmonisierung. Allerdings sieht die Richtlinie zwingende Ausnahmen von Geheimnisschutz für

- Journalistische Tätigkeiten
- Whistleblowing
- Sozialpartnerschaftliche Aktivitäten (Rechtsetzung durch Kollektivverträge) und
- Verfahrensrechtliche Offenlegungspflichten

vor. Insoweit sind also zwingende (harmonisierte) Ausnahmen in Art 1 Abs 2 lit a bis d Geheimnisschutz-RL enthalten.

Artikel 2 Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. „Geschäftsgeheimnis“ Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen:

- a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie 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;**
- b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;**
- c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt;**

2. „Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses“ jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt;

3. „Rechtsverletzer“ jede natürliche oder juristische Person, die auf rechtswidrige Weise Geschäftsgeheimnisse erworben, genutzt oder offengelegt hat;

4. „rechtsverletzende Produkte“ Produkte, deren Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen beruhen.

Erwägungsgründe 5, 6, 7 und 14:

(5) Die auf internationaler Ebene im Rahmen der Welthandelsorganisation unternommenen Anstrengungen zur Lösung dieses Problems haben zum Abschluss des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (im Folgenden „TRIPS-Abkommen“) geführt. Das TRIPS-Abkommen enthält unter anderem Bestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb und rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch Dritte; dabei handelt es sich um gemeinsame internationale Standards. Alle Mitgliedstaaten

wie auch die Union als Ganzes sind an dieses durch den Beschluss 94/800/EG des Rates⁷ gebilligte Übereinkommen gebunden.

(6) Ungeachtet des TRIPS-Abkommens bestehen zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede hinsichtlich des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb und rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch andere Personen. Beispielsweise haben nicht alle Mitgliedstaaten nationale Definitionen der Begriffe „Geschäftsgeheimnis“ oder „rechtswidriger Erwerb“, „rechtswidrige Nutzung“ oder „rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses“ eingeführt, so dass sich der Umfang des Schutzes nicht ohne weiteres erschließt und von einem Mitgliedstaat zum anderen variiert. Außerdem fehlt es an Kohärenz hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, die im Falle eines rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehen, da nicht in allen Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Unterlassungsverfügung gegen Dritte besteht, die nicht Wettbewerber des rechtmäßigen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sind. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten existieren auch bei der Behandlung von Dritten, die das Geschäftsgeheimnis in gutem Glauben erworben haben, aber später — bei der erstmaligen Nutzung — erfahren, dass das betreffende Geschäftsgeheimnis zuvor von einer anderen Partei unrechtmäßig erworben wurde.

(7) Zudem unterscheiden sich die nationalen Vorschriften auch danach, ob die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen die Vernichtung von Produkten, die von Dritten unter rechtswidriger Nutzung von Geschäftsgeheimnissen hergestellt wurden, oder die Rückgabe oder Vernichtung aller Dokumente, Dateien oder Materialien verlangen können, die das rechtswidrig erworbene oder genutzte Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern. Darüber hinaus tragen die anwendbaren nationalen Vorschriften zur Schadensersatzberechnung nicht immer dem immateriellen Charakter von Geschäftsgeheimnissen Rechnung, was es schwierig macht, den tatsächlich entgangenen Gewinn oder die unlautere Bereicherung des Rechtsverletzers zu belegen, wenn kein Marktwert für die fraglichen Informationen bestimmt werden kann. Nur wenige Mitgliedstaaten gestatten die Anwendung abstrakter Regeln zur Schadensberechnung auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr, die im Falle einer Lizenzerteilung für die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses zu entrichten gewesen wäre. Hinzu kommt, dass viele nationale Vorschriften keinen angemessenen Schutz der Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses für den Fall vorsehen, dass der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses eine Klage wegen angeblichen rechtswidrigen Erwerbs oder angeblicher rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten erhebt, wodurch die Attraktivität der bestehenden Maßnahmen und Rechtsbehelfe gemindert und der gebotene Schutz geschwächt wird.

(14) Es ist wichtig, eine homogene Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ festzulegen, ohne den vor widerrechtlicher Aneignung zu schützenden Bereich einzuengen. Eine solche Definition sollte daher so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird. Darüber hinaus sollten solches Know-how oder solche Informationen einen — realen oder potenziellen — Handelswert verkörpern. Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden. Die Definition eines Geschäftsgeheimnisses schließt belanglose Informationen und die Erfahrungen und Qualifikationen, die Beschäftigte im Zuge der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten erwerben, sowie Informationen aus, die den Personenkreisen, die üblicherweise mit derartigen Informationen umgehen, generell bekannt sind bzw. für sie leicht

⁷ Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986-1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. L 336 vom 23.12.1994, S. 1).

zugänglich sind.

Systematik

Art 2 Geschäftsgeheimnis-RL übernimmt die Definition des "Geschäftsgeheimnisses" aus Art 29 TRIPS-Abk. Art 2 Z 1 leg.cit. legt kumulativ drei Kriterien fest, die also allesamt erfüllt sein müssen, um eine „Information“ als „Geschäftsgeheimnis“ zu erfassen. Die lit a der zitierten Vorschrift entspricht in etwa der österreichischen, durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Geheimnisdefinition, was die „mangelnde Offenkundigkeit“ angeht. Lit b der genannten Vorschrift lässt sich am ehesten noch mit dem Geheimhaltungsinteresse der derzeitigen Rechtslage umschreiben, schränkt jedoch den Geheimnisschutz auf Informationen von kommerziellem Wert ein. Lit c der genannten Vorschrift bringt ein komplett neues Tatbestandselement, das jedenfalls nicht mit dem Geheimhaltungswillen in Österreich gleichzusetzen ist. Es besteht in dem Erfordernis, dass angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen durch den berechtigten Geheimnisinhaber getroffen worden sind.

Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses kann nach Art 2 Z 2 Geschäftsgeheimnis-RL eine natürliche oder juristische Person sein. Gleiches legt Art 2 Z 3 leg.cit. für die Verletzerseite fest. Als rechtsverletzende Produkte kommen all jene Waren bzw. Erzeugnisse und Dienstleistungen in Betracht, die gem Art 2 Z 4 Geschäftsgeheimnis-RL deutlich spürbar in Qualität oder Quantität auf das fremde Know-How zurückgehen.

KAPITEL II

Erwerb, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

Artikel 3

Rechtmäßiger Erwerb, rechtmäßige Nutzung und rechtmäßige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

(1) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtmäßig, wenn das Geschäftsgeheimnis auf eine der folgenden Weisen erlangt wird:

- a) unabhängige Entdeckung oder Schöpfung;**
- b) 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;**
- c) Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter auf Information und Anhörung gemäß dem Unionsrecht sowie gemäß den Rechtsvorschriften und den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten,**
- d) jede andere Vorgehensweise, die unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist.**

(2) Der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gilt insofern als rechtmäßig, als der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben oder erlaubt ist.

Erwägungsgründe 15 bis 18:

(15) Auch ist es wichtig, die Umstände festzulegen, unter denen ein rechtlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund muss definiert werden, welches Verhalten und welche Praktiken als rechtswidriger Erwerb oder rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu betrachten sind.

(16) *Im Interesse von Innovation und Wettbewerbsförderung sollten die Bestimmungen dieser Richtlinie keine Exklusivrechte an als Geschäftsgeheimnis geschütztem Know-how oder als solchem geschützten Informationen begründen. Auf diese Weise sollte die unabhängige Entdeckung desselben Know-hows oder derselben Informationen möglich bleiben. Das „Reverse Engineering“ bei einem rechtmäßig erworbenen Produkt sollte als ein rechtlich zulässiges Mittel zum Erwerb von Informationen angesehen werden, es sei denn, dass vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Die Freiheit zum Abschluss derartiger vertraglicher Vereinbarungen kann jedoch rechtlich beschränkt werden.*

(17) *In einigen Industriezweigen, in denen Urheber und Innovatoren keine Exklusivrechte genießen und in denen sich Innovationen traditionell auf Geschäftsgeheimnisse stützen, ist es mittlerweile ein Leichtes, in Verkehr gebrachte Erzeugnisse mithilfe von „Reverse Engineering“ nachzukonstruieren. In diesen Fällen können die genannten Urheber und Innovatoren von Praktiken wie Produktpiraterie oder sklavischen Nachahmungen betroffen sein, die von ihrem Ansehen und ihre Innovationsanstrengungen profitieren. In einigen nationalen Rechtsvorschriften über unlauteren Wettbewerb wird auf diese Praktiken eingegangen. Diese Richtlinie hat zwar nicht zum Ziel, das Recht des unlauteren Wettbewerbs insgesamt zu reformieren oder zu harmonisieren, jedoch sollte die Kommission sorgfältig prüfen, ob in diesem Bereich auf Unionsebene Handlungsbedarf besteht.*

(18) *Ferner sollten Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen immer dann, wenn sie rechtlich vorgeschrieben oder zulässig sind, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gelten. Das betrifft insbesondere den Erwerb und die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmervertreter auf Information, Anhörung und Mitwirkung gemäß dem Unionsrecht und dem Recht oder den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten sowie im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber einschließlich der Mitbestimmung und den Erwerb oder die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Pflichtprüfungen, die gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht durchgeführt werden. Allerdings sollte diese Einstufung des Erwerbs eines Geschäftsgeheimnisses als rechtmäßig die Geheimhaltungspflicht in Bezug auf das Geschäftsgeheimnis oder jegliche Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses, die Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten dem Empfänger der Information auferlegen, unberührt lassen. Insbesondere sollte diese Richtlinie die Behörden nicht von ihrer Pflicht zur Geheimhaltung von Informationen, die ihnen von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen übermittelt werden, entbinden, und zwar unabhängig davon, ob diese Pflichten in Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten festgelegt sind. Diese Geheimhaltungspflicht umfasst unter anderem die Pflichten im Zusammenhang mit Informationen, die öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge übermittelt werden, wie sie beispielsweise in der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates,⁸ der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates⁹ und der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates¹⁰ festgelegt sind.*

Artikel 4

Rechtswidriger Erwerb, rechtswidrige Nutzung und rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

⁸ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1).

⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 zur öffentlichen Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

¹⁰ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243).

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen berechtigt sind, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu beantragen, um einen rechtswidrigen Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder eine rechtswidrige Offenlegung ihres Geschäftsgeheimnisses zu verhindern oder eine Entschädigung zu erlangen.

(2) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses ohne Zustimmung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtswidrig, wenn er erfolgt durch

a) unbefugten Zugang zu, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien, die der rechtmäßigen Kontrolle durch den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses unterliegen und die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder aus denen sich das Geschäftsgeheimnis ableiten lässt;

b) jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar gilt.

(3) Die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtswidrig, wenn sie ohne Zustimmung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses durch eine Person erfolgt, von der sich erweist, dass auf sie eine der folgenden Bedingungen zutrifft:

a) Sie hat das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben.

b) Sie verstößt gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder eine sonstige Verpflichtung, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen.

c) Sie verstößt gegen eine vertragliche oder sonstige Verpflichtung zur Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses.

(4) Ebenfalls als rechtswidrig gilt der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, wenn eine Person zum Zeitpunkt des Erwerbs, der Nutzung oder der Offenlegung wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass sie unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt war, die dieses rechtswidrig im Sinne des Absatzes 3 genutzt oder offengelegt hat.

(5) Das Herstellen, Anbieten oder Inverkehrbringen von rechtsverletzenden Produkten oder die Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung von rechtsverletzenden Produkten für diese Zwecke stellt ebenfalls eine rechtswidrige Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses dar, wenn die Person, die diese Tätigkeiten durchführt, wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass das Geschäftsgeheimnis rechtswidrig im Sinne des Absatzes 3 genutzt wurde.

Erwägungsgründe 15 bis 17:

(15) Auch ist es wichtig, die Umstände festzulegen, unter denen ein rechtlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund muss definiert werden, welches Verhalten und welche Praktiken als rechtswidriger Erwerb oder rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu betrachten sind.

(16) Im Interesse von Innovation und Wettbewerbsförderung sollten die Bestimmungen dieser Richtlinie keine Exklusivrechte an als Geschäftsgeheimnis geschütztem Know-how oder als solchem geschützten Informationen begründen. Auf diese Weise sollte die unabhängige Entdeckung desselben Know-hows oder derselben Informationen möglich bleiben. Das „Reverse Engineering“ bei einem rechtmäßig erworbenen Produkt sollte als ein rechtlich zulässiges Mittel zum Erwerb von Informationen angesehen werden, es sei denn, dass vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Die Freiheit zum Abschluss derartiger vertraglicher Vereinbarungen kann jedoch rechtlich beschränkt werden.

(17) In einigen Industriezweigen, in denen Urheber und Innovatoren keine Exklusivrechte genießen und in denen sich Innovationen traditionell auf Geschäftsgeheimnisse stützen, ist es mittlerweile ein Leichtes, in Verkehr gebrachte Erzeugnisse mithilfe von „Reverse Engineering“ nachzukonstruieren. In diesen Fällen können die genannten Urheber und Innovatoren von Praktiken wie Produktpiraterie oder sklavischen Nachahmungen betroffen sein, die von ihrem Ansehen und ihre Innovationsanstrengungen profitieren. In einigen nationalen Rechtsvorschriften

über unlauteren Wettbewerb wird auf diese Praktiken eingegangen. Diese Richtlinie hat zwar nicht zum Ziel, das Recht des unlauteren Wettbewerbs insgesamt zu reformieren oder zu harmonisieren, jedoch sollte die Kommission sorgfältig prüfen, ob in diesem Bereich auf Unionsebene Handlungsbedarf besteht.

Artikel 5 Ausnahmen

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird, wenn der angebliche Erwerb oder die angebliche Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses in einem der folgenden Fälle erfolgt ist:

- a) zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit gemäß der Charta, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;**
- b) zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit, sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;**
- c) Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Vertretern im Rahmen der rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben dieser Vertreter gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht, sofern die Offenlegung zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich war;**
- d) zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses.**

Erwägungsgründe 19 bis 22:

(19) Diese Richtlinie sieht zwar Maßnahmen und Rechtsbehelfe vor, die darin bestehen können, dass die Offenlegung von Informationen verhindert wird, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, doch darf die Ausübung des Rechts auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, das sich gemäß Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „Charta“) auch auf die Freiheit der Medien und ihre Pluralität erstreckt, keinesfalls eingeschränkt werden, insbesondere was den investigativen Journalismus und den Schutz der journalistischen Quellen anbelangt.

(20) Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten nicht dazu dienen, Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Daher sollte sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird. Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht.

(21) Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen darauf zugeschnitten sein, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses abschrecken. Eine solche Zuschneidung dieser Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollte die Grundrechte und Grundfreiheiten oder das Gemeinwohl, etwa die öffentliche Sicherheit, den Verbraucherschutz, die öffentliche Gesundheit und den Umweltschutz, nicht gefährden oder untergraben und die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Deshalb bezwecken die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe

zu gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte 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. Auch sollte sichergestellt sein, dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter, gegebenenfalls auch der Verbraucher, gegeneinander abzuwägen.

(22) Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts würde unterminiert, wenn die vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe dazu genutzt würden, nicht legitime, mit den Zielen dieser Richtlinie unvereinbare Absichten zu verfolgen. Daher ist es wichtig, dass den Gerichten die Befugnis erteilt wird, angemessene Maßnahmen gegenüber Antragstellern zu treffen, die missbräuchlich oder unredlich handeln und offensichtlich unbegründete Anträge stellen, beispielsweise zu dem Zweck, den Marktzugang des Antragsgegners in unbilliger Weise zu verzögern oder zu beschränken oder ihn auf andere Weise einzuschüchtern oder ihm Schwierigkeiten zu bereiten.

Systematik

Art 5 Geschäftsgeheimnis-RL definiert die bereits in Art 1 Abs 2 leg.cit genannten vier Ausnahmen vom Geheimnisschutz im Sinne einer Vollharmonisierung näher. Es handelt sich um das journalistische Medienprivileg (lit a), die ungestörte Ermöglichung von Whistleblowing (lit b), die Erfüllung arbeitnehmervertretungsrechtlicher Tätigkeiten nach dem Kollektiven Arbeitsrecht (lit c) sowie eine Generalklausel (lit d), die eine allgemeine Interessensabwägung zu Gunsten eines von der Rechtsordnung anerkannten legitimen Interesses betrifft.

KAPITEL III Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe

Abschnitt 1 Allgemeine Bestimmungen

Artikel 6 Allgemeine Verpflichtung

- (1) Die Mitgliedstaaten sehen die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die erforderlich sind, um einen zivilrechtlichen Schutz vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten.**
- (2) Die in Absatz 1 genannten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe:**
 - a) müssen fair und gerecht sein;**
 - b) dürfen nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen und**
 - c) sie müssen wirksam und abschreckend sein.**

Erwägungsgründe 21:

(21) Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen darauf zugeschnitten sein, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses abschrecken. Eine solche Zuschneidung dieser Maßnahmen, Verfahren

und Rechtsbehelfe sollte die Grundrechte und Grundfreiheiten oder das Gemeinwohl, etwa die öffentliche Sicherheit, den Verbraucherschutz, die öffentliche Gesundheit und den Umweltschutz, nicht gefährden oder untergraben und die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Deshalb bezwecken die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte 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. Auch sollte sichergestellt sein, dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter, gegebenenfalls auch der Verbraucher, gegeneinander abzuwägen.

Artikel 7

Verhältnismäßigkeit und missbräuchliche Klagen

(1) Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sind in einer Art und Weise anzuwenden, die

a) verhältnismäßig ist,

b) die Errichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel im Binnenmarkt vermeidet und

c) Gewähr gegen ihren Missbrauch bietet.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte – auf Antrag des Antragsgegners – im nationalen Recht vorgesehene angemessene Maßnahmen anwenden können, falls eine Klage wegen rechtswidrigen Erwerbs oder rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses offensichtlich unbegründet ist und der Antragsteller das Gerichtsverfahren missbräuchlich oder in unredlicher Absicht eingeleitet hat. Diese Maßnahmen können soweit erforderlich die Gewährung von Schadensersatz für den Antragsgegner, die Verhängung von Sanktionen gegen den Antragsteller oder die Anordnung der Veröffentlichung von Informationen über die getroffene Entscheidung nach Artikel 15 umfassen. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen Gegenstand getrennter Gerichtsverfahren sind.

Erwägungsgründe 21 und 22:

(21) Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen darauf zugeschnitten sein, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses abschrecken. Eine solche Zuschneidung dieser Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollte die Grundrechte und Grundfreiheiten oder das Gemeinwohl, etwa die öffentliche Sicherheit, den Verbraucherschutz, die öffentliche Gesundheit und den Umweltschutz, nicht gefährden oder untergraben und die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Deshalb bezwecken die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte 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. Auch sollte sichergestellt sein, dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter, gegebenenfalls auch der Verbraucher, gegeneinander abzuwägen.

(22) Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts würde unterminiert, wenn die vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe dazu genutzt würden, nicht legitime, mit den Zielen dieser Richtlinie unvereinbare Absichten zu verfolgen. Daher ist es wichtig, dass den Gerichten die Befugnis erteilt wird, angemessene Maßnahmen gegenüber Antragstellern zu treffen, die

missbräuchlich oder unredlich handeln und offensichtlich unbegründete Anträge stellen, beispielsweise zu dem Zweck, den Marktzugang des Antragsgegners in unbilliger Weise zu verzögern oder zu beschränken oder ihn auf andere Weise einzuschüchtern oder ihm Schwierigkeiten zu bereiten.

Artikel 8 **Verjährungsfristen**

(1) Die Mitgliedstaaten legen gemäß diesem Artikel Vorschriften über die Verjährungsfristen für materielle Ansprüche und Klagen auf Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe fest. Die in Unterabsatz 1 genannten Vorschriften legen fest, wann die Verjährungsfrist beginnt, wie lang sie dauert und unter welchen Umständen sie unterbrochen oder ausgesetzt wird.

(2) Die Verjährungsfrist beträgt höchstens sechs Jahre.

Erwägungsgründe 23:

(23) Im Interesse der Rechtssicherheit und angesichts der Tatsache, dass von rechtmäßigen Inhabern von Geschäftsgeheimnissen erwartet wird, dass sie in Bezug auf die Wahrung der Vertraulichkeit ihrer wertvollen Geschäftsgeheimnisse und auf die Überwachung von deren Nutzung eine Sorgfaltspflicht wahrnehmen, ist es angemessen, materielle Ansprüche oder die Möglichkeit einer Klageerhebung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte zudem klar und unmissverständlich festgelegt werden, wann dieser Zeitraum beginnen und unter welchen Umständen er unterbrochen oder ausgesetzt werden soll.

Artikel 9

Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Parteien, ihre Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter, Gerichtsbedienstete, Zeugen, Sachverständige und alle sonstigen Personen, die an einem Gerichtsverfahren beteiligt sind, das den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand hat, oder die Zugang zu Dokumenten haben, die Teil eines solchen Gerichtsverfahrens sind, nicht befugt sind, ein Geschäftsgeheimnis oder ein angebliches Geschäftsgeheimnis zu nutzen oder offenzulegen, das von den zuständigen Gerichten aufgrund eines ordnungsgemäß begründeten Antrags einer interessierten Partei als vertraulich eingestuft worden ist und von dem sie aufgrund der Teilnahme an dem Verfahren oder des Zugangs zu den Dokumenten Kenntnis erlangt haben. Die Mitgliedstaaten können ferner die zuständigen Gerichte ermächtigen, solche Maßnahmen von Amts wegen zu ergreifen. Die in Unterabsatz 1 genannte Verpflichtung besteht auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens weiter fort. Die Verpflichtung endet jedoch, wenn eine der folgenden Situationen eintritt:

a) Im Rahmen einer rechtskräftigen Entscheidung wird festgestellt, dass das angebliche Geschäftsgeheimnis nicht die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Kriterien erfüllt, oder

b) im Laufe der Zeit werden die in Frage stehenden Informationen für Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit der betreffenden Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen des Weiteren sicher, dass die zuständigen Gerichte auf ordnungsgemäß begründeten Antrag einer Partei spezifische Maßnahmen treffen können, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses oder eines angeblichen

Geschäftsgeheimnisses zu wahren, das im Laufe eines Gerichtsverfahrens im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses genutzt oder auf das in diesem Rahmen Bezug genommen wird. Die Mitgliedstaaten können ferner die zuständigen Gerichte ermächtigen, solche Maßnahmen von Amts wegen zu ergreifen.

Die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen sehen mindestens die Möglichkeit vor,

- a) den Zugang zu von den Parteien oder Dritten vorgelegten Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse enthalten, ganz oder teilweise auf eine begrenzte Anzahl von Personen zu beschränken;**
- b) den Zugang zu Anhörungen, bei denen unter Umständen Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, und zu der entsprechenden Aufzeichnung oder Mitschrift dieser Anhörungen auf eine begrenzte Anzahl von Personen zu beschränken;**
- c) Personen, die nicht der begrenzten Anzahl von Personen nach den Buchstaben a und b angehören, eine nicht vertrauliche Fassung einer gerichtlichen Entscheidung bereitzustellen, in der die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Passagen gelöscht oder geschwärzt wurden.**

Die Anzahl der Personen nach Unterabsatz 2 Buchstaben a und b darf nicht größer sein, als zur Wahrung des Rechts der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren erforderlich ist, und muss mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter dieser Gerichtsverfahrensparteien umfassen.

(3) Bei der Entscheidung über die Maßnahmen gemäß Absatz 2 und der Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit berücksichtigen die zuständigen Gerichte die Notwendigkeit, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren zu gewährleisten, die legitimen Interessen der Parteien und gegebenenfalls etwaiger Dritter sowie den möglichen Schaden, der einer der Parteien und gegebenenfalls etwaigen Dritten durch die Gewährung oder Ablehnung dieser Maßnahmen entstehen kann.

(4) Jede Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß den Absätzen 1, 2 oder 3 erfolgt gemäß der Richtlinie 95/46/EG.

Erwägungsgründe 24 und 25:

(24) Angesichts der Möglichkeit, dass die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses im Verlauf von Gerichtsverfahren nicht gewahrt bleibt, schrecken die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen häufig davor zurück, zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Gerichtsverfahren einzuleiten; dies stellt die Wirksamkeit der vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe infrage. Daher bedarf es — vorbehaltlich geeigneter Schutzmaßnahmen, die das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren garantieren — spezifischer Anforderungen, die darauf abstellen, die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses, das Gegenstand eines Gerichtsverfahrens ist, im Verlauf des Verfahrens zu wahren. Der entsprechende Schutz sollte auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens und so lange weiterbestehen, wie die Informationen, die Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses sind, nicht öffentlich verfügbar sind.

(25) Diese Anforderungen sollten zumindest die Möglichkeit vorsehen, den zum Zugang zu Beweismitteln oder Anhörungen berechtigten Personenkreis zu beschränken — wobei zu bedenken ist, dass alle diese Personen den Geheimhaltungsvorschriften dieser Richtlinie unterliegen sollten — und ausschließlich die nicht vertraulichen Teile von Gerichtsentscheidungen zu veröffentlichen. In Anbetracht der Tatsache, dass Gerichtsverfahren unter anderem hauptsächlich dazu dienen, die Art der Informationen zu bewerten, die Gegenstand eines Rechtsstreits sind, muss dabei sichergestellt werden, dass die Geschäftsgeheimnisse wirksam geschützt werden und gleichzeitig das Recht der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewahrt bleibt. Der beschränkte Personenkreis sollte daher aus mindestens einer natürlichen Person jeder Partei sowie den jeweiligen Rechtsanwälten der Parteien und gegebenenfalls

sonstigen Vertretern bestehen, die nach dem nationalen Recht ausreichend qualifiziert sind, um eine Partei in einem unter diese Richtlinie fallenden Gerichtsverfahren zu verteidigen, zu vertreten oder ihre Interessen wahrzunehmen; all diese Personen sollten Zugang zu den betreffenden Beweismitteln oder Anhörungen haben. Ist eine der Parteien eine juristische Person, so sollte sie eine oder mehrere natürliche Personen, die diesem Personenkreis angehören sollen, vorschlagen können, damit sichergestellt ist, dass sie angemessen vertreten wird, wobei allerdings durch eine ausreichende gerichtliche Kontrolle verhindert werden muss, dass das Ziel, den Zugang zu Beweismitteln und Anhörungen zu beschränken, unterlaufen wird. Diese Schutzklauseln sollten nicht so verstanden werden, dass sich die Parteien im Verlauf des Gerichtsverfahrens von einem Rechtsanwalt oder einem anderen Vertreter vertreten lassen müssen, wenn das nach nationalem Recht nicht erforderlich ist. Auch sollten sie nicht so verstanden werden, dass die Zuständigkeit der Gerichte, gemäß den geltenden Vorschriften und Gepflogenheiten des betreffenden Mitgliedstaats zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die zuständigen Gerichtsbediensteten zur Erfüllung ihrer Aufgaben ebenfalls uneingeschränkt Zugang zu den Beweismitteln und Anhörungen erhalten, beschnitten wird.

Abschnitt 2

Vorläufige und vorbeugende Maßnahmen

Artikel 10

Vorläufige und vorbeugende Maßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses eine der folgenden vorläufigen und vorbeugenden Maßnahmen gegen den angeblichen Rechtsverletzer anordnen können:

- a) vorläufige Einstellung oder gegebenenfalls vorläufiges Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses;**
- b) Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte für diese Zwecke;**
- c) Beschlagnahme oder Herausgabe der mutmaßlich rechtsverletzenden Produkte, einschließlich eingeführter Produkte, um deren Inverkehrbringen oder ihren Umlauf im Markt zu verhindern.**

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Gerichte als Alternative zu den in Absatz 1 genannten Maßnahmen die Fortsetzung der angeblich rechtswidrigen Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses an die Stellung einer oder mehrerer Sicherheiten knüpfen können, die die Entschädigung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sicherstellen sollen. Die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gegen die Stellung von Sicherheiten darf nicht erlaubt werden.

Erwägungsgründe 26 und 27:

(26) Der rechtswidrige Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten könnte verheerende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses haben, da dieser nach der Offenlegung den Zustand vor dem Verlust des Geschäftsgeheimnisses nicht wiederherstellen kann. Folglich kommt es entscheidend darauf an, rasche, wirksame und zugängliche vorläufige Maßnahmen zur unverzüglichen Beendigung des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu treffen, auch in dem Fall, dass es zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Es kommt entscheidend darauf an, dass eine solche Abhilfe zur Verfügung steht, ohne dass eine Sachentscheidung abgewartet werden muss, wobei das Recht auf Verteidigung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden müssen und die Umstände des Einzelfalls zu

berücksichtigen sind. In bestimmten Fällen sollte es zulässig sein, es dem mutmaßlichen Rechtsverletzer vorbehaltlich der Hinterlegung einer oder mehrerer Sicherheiten zu gestatten, das Geschäftsgeheimnis insbesondere dann weiterhin zu nutzen, wenn nur geringe Gefahr besteht, dass es in die Öffentlichkeit gelangt. Es sollte außerdem möglich sein, Sicherheiten in ausreichender Höhe zu verlangen, um die dem Antragsgegner durch einen unbegründeten Antrag entstehenden Kosten und Schäden zu decken, insbesondere dann, wenn dem rechtmäßigen Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses durch eine zeitliche Verzögerung ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstände.

(27) Aus dem gleichen Grund ist es wichtig, endgültige Maßnahmen vorzusehen, die eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses auch in dem Fall verhindern, dass das Geschäftsgeheimnis zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Damit solche Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sind, sollten sie — sofern die Umstände eine Befristung erforderlich machen — lange genug gelten, um etwaige geschäftliche Vorteile zu beseitigen, die der betreffende Dritte möglicherweise aus dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gezogen hat. Maßnahmen dieser Art sollten in keinem Fall vollstreckbar werden, wenn die ursprünglich dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Informationen aus Gründen, die nicht der Antragsgegner zu vertreten hat, allgemein zugänglich geworden sind.

Artikel 11

Anwendungsbedingungen und Schutzmaßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit den in Artikel 10 genannten Maßnahmen befugt sind, dem Antragsteller aufzuerlegen, alle vernünftigerweise verfügbaren Beweise vorzulegen, um sich mit ausreichender Sicherheit davon überzeugen zu können, dass

- a) tatsächlich ein Geschäftsgeheimnis vorliegt,**
- b) der Antragsteller der Inhaber dieses Geschäftsgeheimnisses ist und**
- c) das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben wurde, auf rechtswidrige Weise genutzt oder offengelegt wird oder ein rechtswidriger Erwerb oder eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses droht.**

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei der Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung eines Antrags und der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit den besonderen Umständen des Falls Rechnung tragen müssen, gegebenenfalls einschließlich:

- a) des Wertes und anderer spezifischer Merkmale des Geschäftsgeheimnisses,**
- b) zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffene Maßnahmen,**
- c) des Verhaltens des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,**
- d) der Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,**
- e) der legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Gewährung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte,**
- f) der legitimen Interessen Dritter,**
- g) des öffentlichen Interesses und**
- h) des Schutzes der Grundrechte.**

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 10 genannten Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners aufgehoben oder auf andere Weise außer Kraft gesetzt werden, wenn

- a) der Antragsteller nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die entweder von dem die Maßnahmen anordnenden Gericht festgelegt wird, sofern dies nach dem Recht des**

Mitgliedstaats zulässig ist, oder, wenn es nicht zu einer solchen Festlegung kommt, 20 Arbeitstage oder 31 Kalendertage, wobei der längere der beiden Zeiträume gilt, nicht überschreitet, bei dem zuständigen Gericht das Verfahren einleitet, das zu einer Sachentscheidung führt oder

b) die in Frage stehenden Informationen aus Gründen, die dem Antragsgegner nicht zuzurechnen sind, nicht mehr die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Kriterien erfüllen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte die in Artikel 10 genannten Maßnahmen an die Stellung einer angemessenen Kautionsleistung oder die Leistung einer entsprechenden Sicherheit durch den Antragsteller knüpfen können, um eine etwaige Entschädigung des Antragsgegners oder einer etwaigen anderen von den Maßnahmen betroffenen Person sicherzustellen.

(5) Werden die in Artikel 10 genannten Maßnahmen auf der Grundlage von Absatz 3 Buchstabe a des vorliegenden Artikels aufgehoben oder werden sie aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig, oder wird in der Folge festgestellt, dass kein rechtswidriger Erwerb oder keine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses vorlag und auch nicht drohte, so sind die zuständigen Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners oder eines geschädigten Dritten anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner oder dem geschädigten Dritten angemessenen Ersatz für den durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der in Unterabsatz 1 genannte Antrag auf Schadensersatz Gegenstand eines getrennten Gerichtsverfahrens ist.

Erwägungsgründe 26 und 27:

(26) Der rechtswidrige Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten könnte verheerende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses haben, da dieser nach der Offenlegung den Zustand vor dem Verlust des Geschäftsgeheimnisses nicht wiederherstellen kann. Folglich kommt es entscheidend darauf an, rasche, wirksame und zugängliche vorläufige Maßnahmen zur unverzüglichen Beendigung des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu treffen, auch in dem Fall, dass es zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Es kommt entscheidend darauf an, dass eine solche Abhilfe zur Verfügung steht, ohne dass eine Sachentscheidung abgewartet werden muss, wobei das Recht auf Verteidigung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden müssen und die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. In bestimmten Fällen sollte es zulässig sein, es dem mutmaßlichen Rechtsverletzer vorbehaltlich der Hinterlegung einer oder mehrerer Sicherheiten zu gestatten, das Geschäftsgeheimnis insbesondere dann weiterhin zu nutzen, wenn nur geringe Gefahr besteht, dass es in die Öffentlichkeit gelangt. Es sollte außerdem möglich sein, Sicherheiten in ausreichender Höhe zu verlangen, um die dem Antragsgegner durch einen unbegründeten Antrag entstehenden Kosten und Schäden zu decken, insbesondere dann, wenn dem rechtmäßigen Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses durch eine zeitliche Verzögerung ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstände.

(27) Aus dem gleichen Grund ist es wichtig, endgültige Maßnahmen vorzusehen, die eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses auch in dem Fall verhindern, dass das Geschäftsgeheimnis zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Damit solche Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sind, sollten sie — sofern die Umstände eine Befristung erforderlich machen — lange genug gelten, um etwaige geschäftliche Vorteile zu beseitigen, die der betreffende Dritte möglicherweise aus dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gezogen hat. Maßnahmen dieser Art sollten in keinem Fall vollstreckbar werden, wenn die ursprünglich dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Informationen aus Gründen, die nicht der Antragsgegner zu vertreten hat, allgemein zugänglich geworden sind.

Abschnitt 3

Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung

Artikel 12

Gerichtliche Anordnungen und Abhilfemaßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen 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 des Antragstellers eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen gegen den Rechtsverletzer erlassen können:

- a) Einstellung oder gegebenenfalls Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses;**
- b) Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte für diese Zwecke;**
- c) geeignete Abhilfemaßnahmen hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte;**
- d) die Vernichtung der Gesamtheit oder eines Teils der Dokumente, Gegenstände, Materialien, Stoffe oder elektronischen Dateien, die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern oder gegebenenfalls die Herausgabe der Gesamtheit oder eines Teils dieser Dokumente, Gegenstände, Materialien, Stoffe oder elektronischen Dateien an den Antragsteller.**

(2) Zu den in Absatz 1 Buchstabe c genannten Abhilfemaßnahmen zählen

- a) der Rückruf der rechtsverletzenden Produkte vom Markt;**
- b) die Beseitigung der rechtsverletzenden Qualität der rechtsverletzenden Produkte;**
- c) die Vernichtung der rechtsverletzenden Produkte oder gegebenenfalls ihre Marktrücknahme unter der Voraussetzung, dass der Schutz des in Frage stehenden Geschäftsgeheimnisses durch diese Marktrücknahme nicht beeinträchtigt wird.**

(3) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass ihre zuständigen Gerichte – bei Anordnung einer Entfernung der rechtsverletzenden Produkte aus dem Markt – auf Antrag des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses anordnen können, dass die Produkte dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses oder wohltätigen Organisationen übergeben werden.

(4) Die zuständigen Gerichte ordnen an, dass die in Absatz 1 Buchstaben c und d genannten Maßnahmen auf Kosten des Rechtsverletzers durchgeführt werden, es sei denn, es liegen besondere Gründe dafür vor, hiervon abzusehen. Diese Maßnahmen ergehen unbeschadet des etwaigen Schadensersatzes, der dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses möglicherweise aufgrund des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses zu zahlen ist.

Erwägungsgrund 28:

(28) Es besteht die Möglichkeit, dass ein Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung von Produkten oder deren Bestandteilen genutzt werden könnte, die dann im Binnenmarkt Verbreitung finden könnten; dadurch würde den geschäftlichen Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses und dem Funktionieren des Binnenmarkts geschadet. In diesen Fällen ebenso wie in Fällen, in denen das Geschäftsgeheimnis sich erheblich auf die Qualität, den Wert oder den Preis der aus dieser rechtswidrigen Nutzung gewonnenen Endprodukte auswirkt oder die Kosten der Prozesse für ihre Herstellung oder Vermarktung senkt oder diese Prozesse erleichtert oder beschleunigt, ist es wichtig, die Gerichte zu ermächtigen, effektive und geeignete Maßnahmen anzuordnen, um sicherzustellen, dass die betreffenden Produkte nicht auf den Markt gebracht bzw. vom Markt genommen werden. In Anbetracht der globalen Natur des Handels ist es auch erforderlich, dass diese Maßnahmen ein Verbot der Einfuhr dieser Produkte in die Union oder ihrer Lagerung zum Zwecke einer

Vermarktung beinhalten. Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten Abhilfemaßnahmen nicht unbedingt die Vernichtung der Produkte zur Folge haben, wenn andere gangbare Möglichkeiten bestehen, wie etwa die Beseitigung der rechtsverletzenden Eigenschaft des Produkts oder eine Verwertung der Produkte außerhalb des Marktes, beispielsweise in Form von Spenden an wohltätige Organisationen.

Artikel 13

Anwendungsbedingungen, Schutzvorschriften und alternative Maßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei der Prüfung eines Antrags auf Erlass gerichtlicher Anordnungen und von Abhilfemaßnahmen nach Artikel 12 und bei der Beurteilung von deren Verhältnismäßigkeit den besonderen Umständen des Falls Rechnung tragen müssen, einschließlich gegebenenfalls:

- a) des Wertes oder anderer spezifischer Merkmale des Geschäftsgeheimnisses,**
- b) Maßnahmen, die zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffen werden,**
- c) des Verhaltens des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,**
- d) der Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,**
- e) der legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Genehmigung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte,**
- f) der legitimen Interessen Dritter,**
- g) des öffentlichen Interesses und**
- h) des Schutzes der Grundrechte.**

Falls die zuständigen Gerichte die Dauer der in Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Maßnahmen begrenzen, muss die Dauer ausreichen, um sämtliche kommerziellen oder wirtschaftlichen Vorteile zu beseitigen, die der Rechtsverletzer aus dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gezogen haben könnte.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners zurückgenommen oder ihre Wirkung auf andere Weise entfällt, wenn die fraglichen Informationen aus Gründen, die der Antragsgegner weder unmittelbar noch mittelbar zu vertreten hat, nicht mehr die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Voraussetzungen erfüllen.

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag der Person, der die in Artikel 12 vorgesehenen Maßnahmen auferlegt werden können, anordnen können, dass anstelle der Anwendung dieser Maßnahmen eine Abfindung an den Geschädigten zu zahlen ist, sofern alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Zum Zeitpunkt der Nutzung oder Offenlegung wusste die betreffende Person nicht und hätte unter den gegebenen Umständen nicht wissen müssen, dass sie über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist, die dieses Geschäftsgeheimnis rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat;**
- b) bei Durchführung der betreffenden Maßnahmen würde der betreffenden Person ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen und**
- c) die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei erscheint als angemessene Entschädigung.**

Wird anstelle einer Maßnahme gemäß Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b ein finanzieller Ausgleich angeordnet, so darf dieser nicht die Höhe der Lizenzgebühren übersteigen, 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.

Erwägungsgrund 29:

(29) Eine Person könnte ein Geschäftsgeheimnis ursprünglich in gutem Glauben erworben haben, aber erst zu einem späteren Zeitpunkt — zum Beispiel aufgrund einer entsprechenden Mitteilung des ursprünglichen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses — erfahren, dass ihre Kenntnis des betreffenden Geschäftsgeheimnisses auf Quellen zurückgeht, die dieses Geschäftsgeheimnis auf unrechtmäßige Weise genutzt oder offengelegt haben. Damit in solchen Fällen die vorgesehenen gerichtlichen Abhilfemaßnahmen oder Anordnungen der betreffenden Person keinen unverhältnismäßig großen Schaden zufügen, sollten die Mitgliedstaaten für entsprechende Fälle als alternative Maßnahme die Möglichkeit einer finanziellen Entschädigung für die geschädigte Partei vorsehen. Diese Entschädigung sollte jedoch nicht den Betrag der Lizenzgebühren übersteigen, die bei einer genehmigten Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses für den Zeitraum angefallen wären, für den der ursprüngliche Inhaber des Geschäftsgeheimnisses dessen Nutzung hätte verhindern können. Würde die rechtswidrige Nutzung des Geschäftsgeheimnisses jedoch einen Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften als die in dieser Richtlinie enthaltenen darstellen oder zu einer Gefahr für die Verbraucher werden, sollte eine solche rechtswidrige Nutzung nicht gestattet werden.

Artikel 14 Schadensersatz

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag des Geschädigten anordnen, dass ein Rechtsverletzer, der wusste oder hätte wissen müssen, dass er einen rechtswidrigen Erwerb oder eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses vornahm, dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses einen Schadensersatz leistet, der dem infolge des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Offenlegung oder Nutzung tatsächlich erlittenen Schaden angemessen ist.

Die Mitgliedstaaten können die Haftung von Arbeitnehmern für Schäden begrenzen, die ihren Arbeitgebern durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses entstanden sind, sofern sie nicht vorsätzlich handeln.

(2) Bei der Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes gemäß Absatz 1 berücksichtigen die zuständigen Gerichte alle relevanten Faktoren, wie negative wirtschaftliche Folgen, einschließlich entgangener Gewinne des Geschädigten, etwaige durch den Rechtsverletzer erzielte unlautere Gewinne und gegebenenfalls andere als wirtschaftliche Faktoren wie den immateriellen Schaden, der dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses entstanden ist.

Alternativ können die zuständigen Gerichte in geeigneten Fällen den Schadensersatz jedoch als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Lizenzgebühren, die der Rechtsverletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Genehmigung zur Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses eingeholt hätte.

Erwägungsgrund 30:

(30) Damit eine Person, die wusste oder begründeterweise hätte wissen müssen, dass sie ein Geschäftsgeheimnis auf unrechtmäßige Weise erwirbt, nutzt oder offenlegt, aus einem solchen Verhalten keinen Vorteil ziehen kann und gewährleistet ist, dass für den geschädigten Inhaber des Geschäftsgeheimnisses so weit wie möglich die Situation wiederhergestellt wird, in der er sich befunden hätte, wenn es nicht zu einem solchen Verhalten gekommen wäre, ist eine angemessene Entschädigung für den infolge des rechtswidrigen Verhaltens erlittenen Schaden vorzusehen. Die Höhe des dem geschädigten Inhaber des Geschäftsgeheimnisses zuerkannten Schadensersatzes

sollte allen relevanten Faktoren Rechnung tragen, so einem Einkommensverlust des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses oder einem unlauteren Gewinn des Rechtsverletzers und gegebenenfalls etwaigen dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses entstandenen immateriellen Schäden. In Fällen, in denen es beispielsweise angesichts des immateriellen Charakters von Geschäftsgeheimnissen schwierig wäre, die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zu bestimmen, käme als Alternative in Betracht, die Schadenshöhe aus Größen herzuleiten wie etwa den Lizenzgebühren, die angefallen wären, wenn der Rechtsverletzer um eine Genehmigung zur Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses ersucht hätte. Bezweckt wird mit dieser alternativen Methode nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern die Gewährleistung einer Entschädigung für den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses auf objektiver Grundlage unter Berücksichtigung der ihm entstandenen Kosten, z. B. im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverletzung und den Nachforschungen. Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, in ihrem nationalen Recht vorzusehen, dass die Schadenshaftung von Arbeitnehmern bei nicht vorsätzlichem Handeln beschränkt wird.

Artikel 15

Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei Verfahren wegen des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen auf Antrag des Antragstellers und auf Kosten des Rechtsverletzers geeignete Maßnahmen zur Verbreitung von Informationen über die betreffende Entscheidung, einschließlich der vollständigen oder teilweisen Veröffentlichung, anordnen können.

(2) Bei jeder Maßnahme gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels wird die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen gemäß Artikel 9 gewährleistet.

(3) Bei der Entscheidung darüber, ob eine Maßnahme gemäß Absatz 1 angeordnet wird, und bei der Bewertung ihrer Verhältnismäßigkeit berücksichtigen die zuständigen Gerichte gegebenenfalls den Wert des Geschäftsgeheimnisses, das Verhalten des Rechtsverletzers bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses und die Wahrscheinlichkeit einer weiteren rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch den Rechtsverletzer. Die zuständigen Gerichte berücksichtigen auch, ob die Informationen über den Rechtsverletzer die Identifizierung einer natürlichen Person ermöglichen würden und, falls ja, ob die Veröffentlichung dieser Informationen gerechtfertigt wäre, insbesondere im Lichte des etwaigen Schadens, den eine solche Maßnahme der Privatsphäre und dem Ruf des Rechtsverletzers zufügen kann.

Erwägungsgrund 31:

(31) Zur zusätzlichen Abschreckung für potenzielle Rechtsverletzer und zur Sensibilisierung der breiten Öffentlichkeit ist es zweckmäßig, Entscheidungen in Fällen, bei denen es um den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen geht, gegebenenfalls durch öffentlichkeitswirksame Anzeigen zu veröffentlichen, sofern die Veröffentlichung weder mit einer Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses verbunden ist noch der Privatsphäre und der Reputation natürlicher Personen auf unverhältnismäßige Weise abträglich ist.

KAPITEL IV

Sanktionen, Berichterstattung und Schlussbestimmungen

Artikel 16

Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Richtlinie

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte allen Personen, die es versäumen oder ablehnen, einer der gemäß den Artikeln 9, 10 und 12 erlassenen Maßnahme nachzukommen, Sanktionen auferlegen können. Im Rahmen der Sanktionen wird unter anderem die Möglichkeit vorgesehen, im Falle einer Nichtbefolgung einer der gemäß den Artikeln 10 und 12 erlassenen Maßnahme wiederholt zu zahlende Zwangsgelder zu verhängen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Erwägungsgrund 32:

(32) Die Wirksamkeit der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe, die den Inhabern von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehen, könnte im Falle einer Nichtbefolgung der von den zuständigen Gerichten getroffenen Entscheidungen unterminiert werden. Daher ist sicherzustellen, dass die betreffenden Behörden über geeignete Sanktionsbefugnisse verfügen.

Artikel 17

Informationsaustausch und Korrespondenzstellen

Zur Förderung der Zusammenarbeit, einschließlich des Informationsaustauschs, der Mitgliedstaaten untereinander sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission benennt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere nationale Korrespondenzstellen für alle Fragen nach der Durchführung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen. Jeder Mitgliedstaat teilt die Kontaktadressen seiner Korrespondenzstelle(n) den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mit.

Erwägungsgrund 33:

(33) Zur Erleichterung der einheitlichen Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe ist es angezeigt, Mechanismen für eine Zusammenarbeit und einen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission andererseits vorzusehen, insbesondere durch die Schaffung eines Netzes von Korrespondenzstellen, die von den Mitgliedstaaten benannt werden. Um zu prüfen, ob die Maßnahmen ihren Zweck erfüllen, sollte die Kommission darüber hinaus — gegebenenfalls mit Unterstützung des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum — die Anwendung dieser Richtlinie und die Wirksamkeit der nationalen Maßnahmen überprüfen.

Artikel 18

Berichte

(1) Bis zum 9. Juni 2021 erstellt das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum im Rahmen der Tätigkeiten der Europäischen Beobachtungsstelle für Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums einen ersten Bericht über die Entwicklungen bei dem rechtswidrigen Erwerb, der rechtswidrigen Nutzung und der rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Zuge der Anwendung dieser Richtlinie.

(2) Bis zum 9. Juni 2022 erstellt die Kommission einen Zwischenbericht über die Anwendung dieser Richtlinie und legt diesen dem Europäischen Parlament und dem Rat vor. Dieser Bericht trägt dem in Absatz 1 genannten Bericht in angemessener Weise Rechnung. In dem Zwischenbericht werden insbesondere die etwaigen Auswirkungen der Anwendung dieser Richtlinie auf Forschung und Entwicklung, die Mobilität der Arbeitnehmer und die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und auf Informationsfreiheit untersucht.

(3) Bis zum 9. Juni 2026 bewertet die Kommission die Auswirkungen dieser Richtlinie und legt dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht vor.

Erwägungsgründe 34 und 35:

(34) Diese Richtlinie wahrt die Grundrechte und die Grundsätze, die insbesondere in der Charta anerkannt wurden, namentlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das Recht auf Schutz personenbezogener Daten, das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, die unternehmerische Freiheit, das Eigentumsrecht, das Recht auf eine gute Verwaltung, und insbesondere das Recht auf Zugang zu Dokumenten bei gleichzeitiger Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren und die Verteidigungsrechte.

(35) Wichtig ist, dass das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz der personenbezogenen Daten aller Personen gewahrt bleibt, deren personenbezogene Daten vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses bei Maßnahmen zum Schutz eines Geschäftsgeheimnisses eventuell verarbeitet werden oder die an einem Rechtsstreit über den rechtswidrigen Erwerb bzw. die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gemäß dieser Richtlinie beteiligt sind und deren personenbezogene Daten verarbeitet werden. Für die im Rahmen dieser Richtlinie unter Aufsicht der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und insbesondere der von ihnen bezeichneten unabhängigen öffentlichen Stellen durchgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten gilt die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.¹¹ Daher sollte diese Richtlinie die in der Richtlinie 95/46/EG niedergelegten Rechte und Pflichten — insbesondere das Recht der betroffenen Person auf Zugang zu ihren personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden, sowie auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung unvollständiger oder unrichtiger Daten sowie gegebenenfalls die Pflicht zur Verarbeitung sensibler Daten gemäß Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie 95/46/EG — nicht berühren.

**Artikel 19
Umsetzung**

(1) Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis zum 9. Juni 2018 nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Rechtsvorschriften mit. Bei Erlass dieser Vorschriften nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme.

(2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Erwägungsgründe 36 bis 38:

(36) Da das Ziel dieser Richtlinie, nämlich ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts durch die Schaffung eines ausreichenden und vergleichbaren Rechtsschutzes im Binnenmarkt in Fällen des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden kann, sondern vielmehr wegen seines Umfangs und seiner Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen ist, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das für die Verwirklichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.

¹¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31).

(37) Diese Richtlinie zielt nicht darauf ab, die Vorschriften im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, der gerichtlichen Zuständigkeit oder der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen zu harmonisieren oder darauf, Fragen des anwendbaren Rechts zu behandeln. Andere Unionsinstrumente, durch die derartige Angelegenheiten ganz allgemein geregelt werden, sollten grundsätzlich weiterhin für den von dieser Richtlinie abgedeckten Bereich gelten.

(38) Diese Richtlinie sollte die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften, insbesondere der Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), unberührt lassen. Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten nicht dazu verwendet werden, den Wettbewerb entgegen den Vorschriften des AEUV in unzulässiger Weise einzuschränken.

Artikel 20 Inkrafttreten

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.

Systematik

Die Geschäftsgeheimnis-RL ist am 15. Juni 2016 im Amtsblatt der EU kundgemacht worden. Sie ist daher am 5. Juli 2016 in Kraft getreten und am 5. Juli 2018 wirksam.

Artikel 21 Adressaten

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Erwägungsgründe 39 und 40:

*(39) Diese Richtlinie sollte die Anwendung etwaiger sonstiger relevanter Rechtsvorschriften in anderen Bereichen, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums und des Vertragsrechts, unberührt lassen. Im Falle einer Überschneidung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlament und des Rates¹² mit dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie geht diese Richtlinie als *Lex specialis* der anderen Richtlinie vor.*

(40) Der Europäische Datenschutzbeauftragte wurde gemäß Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates¹³ angehört und hat seine Stellungnahme am 12. März 2014 abgegeben.

Geschehen zu Straßburg am 8. Juni 2016 [*Fertigungsklausel*]

¹² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45).

¹³ Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (ABl. L 8 vom 12.1.2001, S. 1).

Geklärte und offene Fragen des Rechtsbruchtatbestands

Forum Wettbewerbsrecht 2017 zum Thema
„10 Jahre UWG-Novelle 2007“

Wien, Do, 23.11.2017

Dr. Bernhard Tonninger
Rechtsanwalt

www.ts.at

Vorbemerkungen

Die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ hat besondere Bedeutung für den Mitbewerberschutz. Gamerith sprach vom „wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz“.

Die Fallgruppe ist Richterrecht und wurde wie andere Fallgruppen des UWG von der Rechtsprechung auf Basis der Generalklausel des § 1 UWG aF entwickelt.

§ 1 UWG aF:

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Änderung der Rechtsgrundlage durch UWG-Novelle 2007 ab 12.12.2007

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

§ 1 UWG aF:

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

§ 1 Abs 1 UWG nF:

Wer im geschäftlichen Verkehr

1. eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder
2. eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

www.ts.at

OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Brückenschlag zwischen UWG alt und UWG neu, weil Überprüfung des Tatbestands nach alter und neuer Rechtslage erforderlich war:

- Der neue Gesetzeswortlaut zwingt nicht zur Aufgabe der bisherigen Rsp zur Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“.
- Unlauterkeit ist wie Sittenwidrigkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nach dem Zweck des Gesetzes zu konkretisieren ist.



historische Entwicklung des Tatbestands ist von Interesse

www.ts.at

Tatbestand und historische Entwicklung

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Grundgedanke des Rechtsbruchtatbestands:

Für einen Unternehmer ist es nicht zumutbar, wenn sich einzelne Mitbewerber über verbindliches Recht hinwegsetzen, um sich dadurch einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.

Diese Mitbewerber verstoßen damit nicht nur gegen das jeweilige Materiengesetz, sondern auch gegen das UWG.

www.ts.at

OGH 29.3.1960, 4 Ob 351/59 ÖBI 1960, 68 – (AusverkaufsVO)

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

1. Ein Kaufmann, der unter der Bezeichnung „Saisonausverkauf“ bzw. „Sommerschlußverkauf“ u. a. den Verkauf von Herbst- und Winterwaren, von Modellen für die neue Saison sowie überhaupt den Verkauf des gesamten Lagers zu tief herabgesetzten Preisen ankündigt, verstößt damit nicht nur gegen die Bestimmungen der Ausv., sondern auch gegen die §§ 1 und 2 UWG.

www.ts.at

OGH 13.7.1971, 4 Ob 333/71
ÖBI 1972, 11 – Austro-Ausstattungsbrief

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Sittenwidrigkeit:

1. §§ 1, 14 UWG: a) Das planmäßige Übertreten gewerberechtlicher Normen, um sich einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Konkurrenten zu verschaffen, verstößt gegen die guten Sitten.

Branchenüblichkeit
keine Entschuldigung

b) Branchenüblichkeit eines bestimmten Verhaltens kann ein ausdrückliches gewerberechtliches Verbot dieses Verhaltens nicht außer Kraft setzen.

Verschulden:
Objektiver
Gesetzesverstoß

c) Der Unterlassungsanspruch nach dem UWG setzt kein Verschulden des Bekl voraus; es genügt, daß sein Verhalten objektiv gegen das Gesetz verstößt und ihm dieser Sachverhalt bekannt war oder bekannt sein mußte.

Rechtsschutzinteresse:

d) Dem zur Erhebung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten kann das Rechtsschutzinteresse an einer solchen Klage nicht deshalb abgesprochen werden, weil er wegen desselben Sachverhalts auch ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den Bekl einleiten könnte.

www.ts.at

OGH 11.1.1983, 4 Ob 331/82
ÖBI 1983, 40 – Metro-Post I

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Verletzung der Vorschrift muss subjektiv vorwerfbar sein

Vertretbare
Rechtsansicht:

b) Bei unterschiedlicher Auslegung der verletzten Rechtsvorschrift kommt es darauf an, ob die Auffassung des Bekl über die Bedeutung dieser Bestimmung durch das Gesetz so weit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann.

Auch Verstoß gegen Verwaltungsvorschrift ist vom Zivilrichter als Vorfrage selbstständig zu prüfen.

Objektive Sittenwidrigkeit der Handlung und nicht, ob sich der Handelnde der Unlauterkeit seiner Handlung bewusst war, ist entscheidend

www.ts.at

Geklärte und offene Fragen des Rechtsbruchtatbestands

- Welche Normen können Grundlage für Rechtsbruch nach UWG sein?
 - Was ist Bruch gegen verbindliches Recht?
- Fragenkomplex Spürbarkeit
 - Spürbarer Verstoß, wenn auch Konkurrenten gesetzwidrig handeln?
 - Wettbewerbsabsicht notwendig?
- Berufliche Sorgfalt und Rechtsbruchtatbestand?
- Fragenkomplex Vertretbare Rechtsansicht
 - Maßgebliche Beurteilungskriterien
 - Vertretbare Rechtsansicht bei Normen mit lauterkeitsrechtlichem Charakter?
 - Zulässigkeit von Rechtsmitteln bei vertretbarer Rechtsansicht?
- Prozessuale Frage zum Sachvorbringen
- Sonderfälle

www.ts.at

Welche Normverstöße können Grundlage für Rechtsbruch nach UWG sein?

Historische Entwicklung:

Rsp bis 1989:

Unterschied ob Verstoß gegen „wettbewerbsregelnde“ oder „wertneutrale“
Vorschrift.

Unterschiedliche Intensität des Normenverstoßes, damit sittenwidrig

- wertneutral: dauernd und planmäßiger Verstoß
- wettbewerbsregelnd: einmaliger Verstoß reicht

Rsp bis UWG-Reform:

Entscheidend ist, ob der Rechtsbruch objektiv geeignet ist, den freien
Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen

Ist die konkrete Gesetzesverletzung geeignet, dem Verletzer einen sachlich nicht
gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen?

Rsp nach UWG-Reform?

www.ts.at

Welche Normverstöße können Grundlage für Rechtsbruch nach UWG sein?

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Eine Reduktion des Rechtsbruchtatbestands auf die Verletzung von „marktverhaltensregelnden“ Normen lässt sich somit nicht auf den Willen des Gesetzgebers stützen.

- entscheidend für die Wettbewerbsrelevanz der Verletzung einer Norm ist nicht deren Zweck oder Regelungsgegenstand, sondern die tatsächliche Auswirkung auf den Markt.
- Auswirkung dann, wenn ein Unternehmer durch die Verletzung der Norm im Ergebnis einen spürbaren Vorteil gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern erlangen kann.

www.ts.at

Bruch gegen verbindliches Recht?

OGH 12.9.1989, 4 Ob 71/89, ÖBI 1990, 7 – Rupertitag

Rechtsbruch ist nur dort denkbar, wo es sich um für den Handelnden verbindliches Recht handelt.

Bei Handelsbrauch oder selbst bei einer allgemeinen Verkehrssitte ist dies keineswegs der Fall. Beide haben keine normative Kraft und sind daher nicht fähig, objektives Recht zu erzeugen.

OGH 17.7.2014, 4 Ob 34/14z – Shop in Ordination

Ein Vorsprung durch Rechtsbruch ist nur dort denkbar, wo es sich um für den Handelnden verbindliches Recht handelt.

www.ts.at

Bruch gegen verbindliches Recht?

Verbindliches Recht:

Nationales und Europäisches Recht

Gesetze im materiellen Sinn

 Kollektivverträge (normativer Teil)

 Sozialversicherungsrechtliche Gesamtverträge

 (zB 4 Ob 121/10p – Hörgeräteakustiker)

Selbstbindungsnormen der öffentlichen Hand

 (zB bei Vergabeverfahren – ÖBl 1996, 241 – Forstpflanzen)

Richtlinien von gesetzlichen Selbstverwaltungskörpern

 (zB: Standes- und Werberichtlinien von Ärzte-, Zahnärzte- und RA-Kammer)

Kein verbindliches Recht:

Handelsbrauch oder allgemeine Verkehrssitte

 (vgl 4 Ob 71/89, ÖBl 1990, 7 – Rupertitag).

www.ts.at

Kriterium der Spürbarkeit

Weiterentwicklung der Rsp des OGH ab dem Jahre 2003:

Abgestellt wird zusätzlich darauf, ob eine Handlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen.

Dahinterliegender Gedanke:

Von einem ungerechtfertigten Vorsprung kann man nur dann sprechen, wenn eine nicht bloß unerhebliche Nachfrageverlagerung bewirkt wird.

www.ts.at

Erklärung Spürbarkeit

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 20.5.2003, ÖBI 2004, 23 – Organisationsbeitrag II

→ Die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbung kann nicht völlig losgelöst davon beurteilt werden, in welchem Ausmaß sie den Wettbewerb beeinflusst, weil es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein kann, gegen jede noch so geringe Nachfrageverlagerung vorzugehen.

Siehe auch bez geringfügiger Mängel bei Bauausführung:
OGH 23.5.2006, ÖBI 2006, 268 – Einkaufszentrum U III

www.ts.at

Spürbarkeit – Änderung der Rechtsgrundlage durch UWG-Novelle 2007 ab 12.12.2007

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

§ 1 UWG aF:

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

§ 1 Abs 1 UWG nF:

Wer im geschäftlichen Verkehr

1. eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, **den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen**, oder
2. eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

www.ts.at

Spürbarkeit

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Die (objektive) Eignung des beanstandeten Verhaltens zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs ist nun ausdrücklich Tatbestandsmerkmal von § 1 Abs 1 Z 1 UWG.

Die Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich, ausgehend vom Regelungszweck der verletzten Norm und von den typischen Auswirkungen des Rechtsbruchs, schon aus dem Normverstoß als solchem ergeben.

www.ts.at

Spürbarkeit, wenn Konkurrenten auch gesetzwidrig handeln?

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 20.5.2008, 4 Ob 37/08g – 400 Betriebsstätten

Dass Konkurrenten denselben Gesetzesverstoß begehen, kann eine derartige „spürbare“ Beeinflussung des Wettbewerbs durch den Rechtsbruch nicht von vornherein ausschließen.

OGH 09.8.2011, 4 Ob 74/11b – Aufkleber

Wettbewerbswidriges Verhalten lässt sich nicht damit rechtfertigen, Mitbewerber handelten ebenso.

www.ts.at

Spürbarkeit

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 24.6.2014, 4 Ob 59/14a – Dienst der Informationsgesellschaft

Die unterlassene Meldung bei der Datenschutzkommission betreffend die Verwendung und Verarbeitung nutzerseitig zur Verfügung gestellter Daten ist nicht geeignet, einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen.

OGH 24.8.2017, 4 Ob 130/17x – (Affiliate-Vertriebspartner)

Bloße Übernahme von Reiseangeboten Dritter mittels Frame auf Website (ohne eigener Gewerbeberechtigung), wobei die Buchungen direkt zum Dritten gelangten. Jedoch kein Hinweis, dass nicht die Werbende, sondern ein dazu befugter Dritter die strittige Leistung erbringen werde.

OGH: Dadurch hat sie sich aber keine relevanten Aufwendungen erspart. Auch am allfälligen „Anlockeffekt“ günstiger Angebote hätte sich nichts geändert, wenn die drittbeklagte Partei auf die tatsächlichen Umstände hingewiesen hätte.

www.ts.at

Subjektives Tatbestandselement notwendig? Spürbarkeit vs Absicht

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Das Erfordernis der Spürbarkeit löste zuletzt das nicht mehr ausdrücklich genannte Kriterium der „Absicht“, sich einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, ab.

Darin lag aber in der Sache keine Änderung der Rechtsprechung:

- Die vorherige Absicht des belangten Mitbewerbers wurde in aller Regel ohnehin nur aus objektiven Umständen erschlossen (Eignung des Verhaltens).

Wettbewerbsabsicht als solche ist nicht Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs 1 Z 1 UWG idF der UWG-Novelle 2007.

www.ts.at

Berufliche Sorgfalt und Rechtsbruchtatbestand?

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Eine (möglichst) parallele Auslegung der (primär) mitbewerberschützenden und der (primär) Verbraucherschützenden Bestimmungen des Lauterkeitsrechts ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich, und zwar insbesondere angesichts der Tatsache, dass ein- und dieselbe Geschäftspraktik durchaus unter beide Fälle der Generalklausel fallen kann.

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist das nur im Wortlaut von § 1 Abs 1 Z 2 UWG idF der UWG-Novelle 2007 enthaltene Sorgfaltserfordernis (Beachtung der beruflich gebotenen Sorgfalt) auch dem Unterlauterkeitsbegriff dem mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht der Z 1 zugrunde zu legen.

www.ts.at

Vertretbare Rechtsansicht

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG in der Fassung der UWG-Novelle 2007 zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.

OGH 23.02.2010, 4 Ob 14/10b – Camelbase-Events (Werbeverbot nach § 11 TabakG)

Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden.

www.ts.at

Vertretbare Rechtsansicht



OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i – Landesforstrevier L

Bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art 108 Abs 3 AEUV kommt es nicht auf die Vertretbarkeit der zugrunde liegenden Rechtsauffassung an.

OGH 19.10.2011, 4 Ob 67/11y – Einzige Anbieterin für Konsumentenschutz II

Der Vertretbarkeitsmaßstab ist grundsätzlich auch bei der Beurteilung privatwirtschaftlichen Verhaltens der öffentlichen Hand anzulegen (sofern kein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art 108 Abs 3 AEUV vorliegt).

www.ts.at

Vertretbare Rechtsansicht



OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s – Rechtsanwaltssoftware

Auch Verstöße gegen Kartellrecht wie Missbrauch marktbeherrschender Stellung ist nur dann ein Verstoß gegen das UWG, wenn die angeblich übertretene Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.

OGH 28.3.2017, 4 Ob 45/17x – EM-Poster

Gründet bereits das lauterkeitsrechtliche Unwerturteil auf einem Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt, ist die Berufung auf vertretbare Rechtsansicht ausgeschlossen.

www.ts.at

Vertretbare Rechtsansicht bei Normen mit lauterkeitsrechtlichem Charakter?

OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten

Ein Verstoß gegen spezielle Normen des UWG - insbesondere durch Anwendung einer nach dessen Anhang jedenfalls unzulässigen Geschäftspraktik - fällt nicht in die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“. Denn dort hat schon der Gesetzgeber die für das lauterkeitsrechtliche Unwerturteil erforderliche Abwägung vorgenommen und auf dieser Grundlage Sanktionen angeordnet.

Ob es auch außerhalb des UWG Bestimmungen mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem Charakter gibt und wie deren Verletzung zu behandeln wäre, ist hier nicht zu entscheiden.

www.ts.at

Vertretbare Rechtsansicht bei Normen mit lauterkeitsrechtlichen Charakter?

OGH 8.4.2008, 4 Ob 27/08m – Zigarettenattrappe

Da ohnehin keine vertretbare Rechtsansicht vorliegt, ist es unerheblich, ob die Werberegelungen des Arzneimittelrechts - als Ausprägungen des allgemeinen Irreführungsverbots - spezifisch lauterkeitsrechtlichen Charakter haben. Das könnte zwar allenfalls zur Folge haben, dass es auch bei Klagen eines Mitbewerbers nicht auf das Vertretbarkeitskriterium ankommt. Ob das zutrifft, ist hier aber mangels Relevanz nicht zu entscheiden.

OGH 20.1.2009, 4 Ob 199/08f – Zahnoase (wie auch OGH 20.12.2011, 4 Ob 176/11b)

Ob die WerbeRL in diesem Bereich spezifisch lauterkeitsrechtlichen Charakter hat, sodass es auf die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht möglicherweise nicht ankäme, kann wegen der Unvertretbarkeit der Rechtsansicht des Erstbeklagten auch im vorliegenden Fall offen bleiben.

www.ts.at

Zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln wegen vertretbarer Rechtsansicht

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 26.8.2008, 4 Ob 118/08v

Bei Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Vertretbarkeit einer Rechtsansicht durch den Obersten Gerichtshof sind - wie auch im Amtshaftungsrecht - zwei Prüfungsstufen zu unterscheiden:

- Schon auf der ersten - für die Beurteilung durch die Vorinstanzen nach § 1 UWG maßgebenden - Stufe geht es nur um die Frage nach einer vertretbaren Auslegung der Normen, um die Verwirklichung eines zurechenbaren Rechtsbruchs bejahen oder verneinen zu können.
- Auf der zweiten - für die zulässige Anfechtung eines Urteils beim Obersten Gerichtshof gemäß § 502 Abs 1 ZPO hinzutretenden - Stufe geht es sodann nicht um die Frage, ob das Berufungsgericht jene Vertretbarkeitsfrage richtig, sondern nur, ob es sie ohne eine krasse Fehlbeurteilung gelöst hat.

www.ts.at

Zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln wegen vertretbarer Rechtsansicht

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – Lademulden

Anders ist die Rechtsslage, wenn das Gericht zweiter Instanz eine unvertretbare Rechtsansicht des Beklagten angenommen hat.

Denn dies setzt zwingend voraus, dass der Beklagte objektiv gegen eine im konkreten Fall anwendbare Norm verstoßen hat; nur eine unrichtige Auslegung kann auch unvertretbar sein.

Nimmt Gericht zweiter Instanz eine unvertretbare Rechtsansicht des Bekl an, so wird die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht bloß am Maßstab der „krassen Fehlbeurteilung“ zu messen sein.

=> Privilegierung der Beklagten im Prozess

www.ts.at

Prüfungsschritte, ob eine vertretbare Rechtsansicht vorliegen kann

Steht die Rechtsauffassung im Gegensatz

- zum eindeutigen Wortlaut oder Zweck einer Norm?
- zu einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung?
- zur ständigen Spruchpraxis von Verwaltungsbehörden?
(bloß formloses Dulden reicht nicht, damit ein sonst eindeutiger Verstoß mit guten Gründen vertretbar wäre – OGH 11.3.2008, ÖBI 2008, 237 – Stadtrundfahrten)

Eine vertretbare Rechtsauffassung kann daher nur bei einer unklaren Gesetzeslage vorliegen.

www.ts.at

Prozessuale Frage zum Sachvorbringen

OGH 26.6.2015, 4 Ob 65/14h – Überklebte Wahlwerbbeständer

Der auf Rechtsbruch gestützte Unterlassungsanspruch setzt auf Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine (bestimmte) generelle abstrakte Norm voraus.

Er besteht daher nur dann zu Recht, wenn die Beklagte dadurch verbotswidrig (und damit unlauter iSd § 1 UWG) gehandelt hat, dass sie gegen eine der im Sachvorbringen genannten Verbotsnormen verstoßen hat.

OGH 21.2.2017, 4 Ob 269/16m – Herz und Nieren

Die Prüfung des Rechtsbruchs hat sich auf die im Sachvorbringen der klagenden Partei genannten Verbotsnormen zu beschränken.

www.ts.at

Sonderfall: Buchpreisbindung

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 27.08.2013, 4 Ob 57/13f – Thalia II

§ 7 BPrBG ist gesetzliche Fiktion, bestimmte Verstöße gegen das BPrBG als Verstöße gegen § 1 UWG zu behandeln.

Verstöße gegen das BPrBG sind somit nicht in die Fallgruppe "Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch" einzuordnen.

Es kommt daher nicht auf die Vertretbarkeit der Rechtsansicht an; zu prüfen ist, ob ein Verstoß vorliegt.

www.ts.at

Sonderfall: Vergaberecht

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

OGH 9.8.2011, 4 Ob 100/11a – Westbahn

Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtswegs : § 341 Abs 2 BVerG 2006
(Feststellungsbescheid der zuständigen Vergabekontrollbehörde notwendig)
Erfasst sind alle auf das UWG gestützten Klagen, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist.

OGH 28.2.2012, 4 Ob 216/11k – Papierservietten

Das Erfordernis eines Feststellungsbescheids iSd § 341 Abs 2 BVergG 2006 für die gerichtliche Verfolgung von Lauterkeitsverstößen ist auf jene Beteiligten zu beschränken, die zur Einleitung vergaberechtlicher Feststellungs- oder Nachprüfungsverfahren legitimiert sind.

www.ts.at

Kurzzusammenfassung

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

- Die Vielzahl der Fragen, die sich bezüglich der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ gestellt haben, sind geklärt
- Die Fallgruppe hat auch nach der UWG-Novelle große Bedeutung für den Mitbewerberschutz
- Prinzip der Spürbarkeit ist nunmehr gesetzlich verankert
- Die Ergebnisse der Fallgruppe sind praktisch unverändert, auch wenn die dogmatische Herleitung teilweise angepasst werden musste
- Rechtsschutzdefizite sind in Einzelfällen durch die Zulassungspraxis des OGH zu befürchten

www.ts.at

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

TONNINGER
SCHERMAIER
& PARTNER

RECHTSANWÄLTE

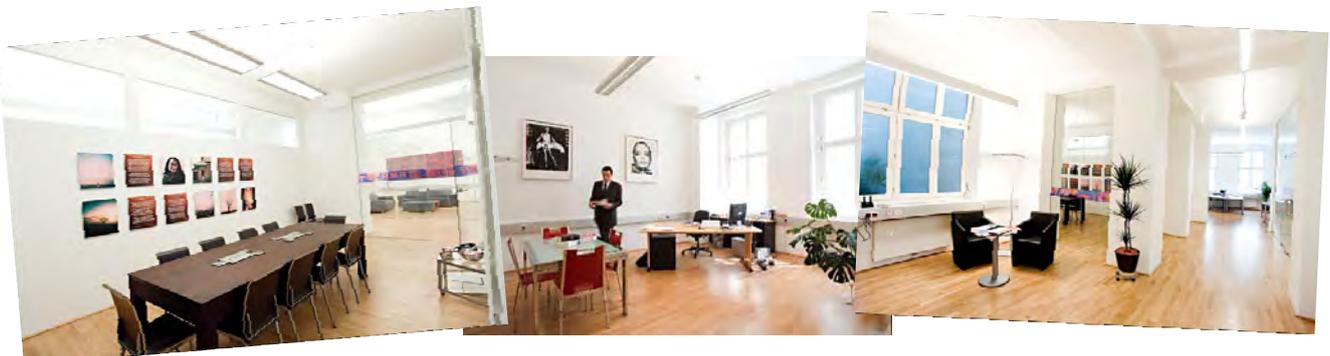
RA Dr. Bernhard Tonninger

TONNINGER SCHERMAIER & PARTNER Rechtsanwälte

1040 Wien, Rilkeplatz 8

Web www.ts.at

T +43 218 44 40 E tonninger@ts.at





Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht

Ausgewählte Schwerpunkte

RA Dr. Andreas Frauenberger



■ Übersicht

Anlass für UWG Novelle 2007: Umsetzung der RL-UGP

- Erwägungsgründe 21 und 22
- Art 11 Durchsetzung
- Art 12 Beweislast
- Art 13 Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“

Fazit: Wenig zwingender Umsetzungsbedarf bei Sanktionen

■ Übersicht

Spezifische Neuerungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung:

- Beweislastumkehr gem § 1 Abs 5 UWG
- Auskunftsanspruch gem § 14a UWG
- Kostenvorauszahlung für Urteilsveröffentlichung gem § 25 Abs 6 UWG
- § 4 UWG: Einbeziehung aggressiver Geschäftspraktiken

■ Beweislastumkehr

§ 1 Abs 5 UWG entspricht Art 12 lit a RL-UGP:
Einzelfallbetrachtung mit Interessensabwägung

Markierungen der Interessensabwägung:

- Typische Beweisschwierigkeiten des Klägers
- Strukturelle Nähe zum Beweis beim Beklagten

Fazit: Soll immer dann greifen, wenn Beklagter über sein wirtschaftliches Handeln Bescheid wissen muss und der Kläger das typischerweise nicht tut, weil es sich um ein „Geschäftsgeheimnis“ (nicht im technischen Sinn) handelt.



■ Beweislastumkehr

Fallgruppen:

- Kennzeichnung (insb Herkunftsbehauptungen)
4 Ob 182/125s – regionales Rindfleisch
- Zusammensetzung und Wirksamkeit von Produkten
4 Ob 169/11y – Immun 44 (Gesundheitsbereich)

Nicht aber:

- bei Gehilfenhaftung
4 Ob 139/10m – Frauenmagazin
- wenn Beweis für beide gleich schwierig zu erbringen
4 Ob 40/07x, diese E ist aber kritikwürdig



■ Auskunftsanspruch

§ 14a UWG keine explizite Vorgabe der RL-UGP

Auskunftsberechtigzte:

- gem § 14 Abs 1 Satz 2 und 3 UWG Klageberechtigte
- Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb
- nicht aber Mitbewerber

Auskunftsanspruch analog § 18 Abs 4 ECG: 4 Ob 7/04i

Auskunftsverpflichtete:

- Unternehmer, die Post- und Telekommunikationsdienste anbieten, und
- Namen und Anschriften der Nutzer zur Dienstleistungsbereitstellung verarbeiten



■ Auskunftsanspruch

Voraussetzungen:

- Begründeter Verdacht einer unlauteren Geschäftspraktik
Verstoß gegen §§ 1, 1a, 2 UWG ist im Aufforderungsschreiben schlüssig darzulegen
- Auskunft für Rechtsverfolgung nötig
- Nicht durch allgemein zugängliche Quellen beschaffbar

Inhalt der Auskunft:

- Name
Auch Email-Adresse: 6 Ob 58/14v
- Adresse
Umfasst nicht IP-Adresse: 6 Ob 119/11k, 6 Ob 58/14v



■ Urteilsveröffentlichung

Ziel der Vorauszahlungspflicht gem § 25 Abs 6 UWG: Siegreicher Kläger soll nicht auf den Veröffentlichungskosten „sitzen bleiben“

Aber: von Auftrag zur Vorauszahlung ist abzusehen, wenn die Vermögensverhältnisse des Unterlegenen das derzeit nicht zulassen.

Bringt dem Kläger zumindest Sicherheit

Kritik:

- Führt zu einer Verlagerung des Streits über die Höhe der angemessenen Veröffentlichungskosten
- Urteilsveröffentlichung hat hauptsächlich Strafcharakter

■ Urteilsveröffentlichung

„Berechtigtes Interesse“ an derzeitigen Urteilsveröffentlichungen?

- RL-UGP schreibt Urteilsveröffentlichungen nicht zwingend vor
Aber: „wirksame und abschreckende“ Maßnahmen
- Koppelung mit Unterlassungsanspruch RL-konform?
RL-UGP wohl ja, nicht aber DurchsetzungsRL
- Anspruch auf Bekanntmachung gem § 15 UWG?

Anforderungen an wirksames „Corrective Advertising“:

- Kurz
- Verständlich
- Rechtzeitig

■ Urteilsveröffentlichung

Anleihen im Medienrecht?

- Vorläufige Mitteilung gem § 8a Abs 5 MedienG
- Gendarstellungsrecht (va hinsichtlich Gestaltung)

Einzelfragen:

- Adaptierter Text verpflichtend
Kein Entscheidungskopf, keine sonstigen Formalia
- Vorläufige Mitteilung über die Verfahrenseinleitung
Sanktion bei Nichtberechtigung: negative Urteilsbekanntmachung
- Größe und Ausmaß obliegen Beurteilung des Gerichts
- Kostenvorauszahlungspflicht beibehalten
Aber: Kein Entfall bei mangelnder Leistungsfähigkeit
- Ausdehnung der Grundsätze auf § 356 EO

■ Zuständigkeit

Weitgehende Zulassung von Klagen im Inland im Wege des Art 7 Z 2 EuGVVO

Früher Art 5 Z 3 EuGVVO

Österreichische Gericht immer dann zuständig,
wenn sich Geschäftspraktik im Inland auswirkt

- 4 Ob 214/15x – Löschung aus schwarzen Listen
- 4 Ob 45/16w – Stubhub

Inländische Zuständigkeit nur für Teilbereiche der Klage

■ Unterlassung

Größte Herausforderung:
Korrekte Formulierung des Klagebegehrens

Aktivlegitimation von Fördervereinigungen gem § 14 Abs 1 Satz 1 UWG: Großzügige Judikatur festgeschrieben

- 4 Ob 171/16z – Wettbewerbsschutzverband
- 4 Ob 161/15b

Schutzverband mit – auch – ausländischen Mitgliedern

Fazit: Bestreitung der Aktivlegitimation eines Verbandes nur in Ausnahmefällen aussichtsreich



■ Sicherheitsleistung

Erlassung einer eV kann „nach Lage der Umstände“ vom Erlag einer Sicherheit abhängig gemacht werden.

Interessenabwägung:

- Sicherungsbedürfnis des Antragstellers
- Schwere des Eingriffs
- Wahrscheinlichkeit, dass sich im Hauptverfahren das Nichtbestehen des gesicherten Anspruches ergibt
 - Hauptverfahren: Im Eilverfahren aufschiebende Wirkung für Rekurs möglich
 - 4 Ob 145/14y – Landesausspielungen
 - 4 Ob 271/16f – Sicherheitsleistung
 - 4 Ob 18/17a

Fazit: Auch bei schwerwiegenden Eingriffen kann Sicherheitsleistung entfallen, wenn Sach- und Rechtslage im Provisorialverfahren ausreichend geklärt sind.



■ Danke ...

... für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Dr. Andreas Frauenberger

1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 1/1/10
<http://frauenberger.northcote.at>
a.frauenberger@northcote.at

Wettbewerbsrecht ■ Medienrecht ■ Persönlichkeitsschutz

RICHTLINIE 2005/29/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES (RL UGP) – Auszug

Erwägungsgründe:

- (21) Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse geltend machen können, müssen über Rechtsbehelfe verfügen, die es ihnen erlauben, vor Gericht oder bei einer Verwaltungsbehörde, die über Beschwerden entscheidet oder geeignete gerichtliche Schritte einleiten kann, gegen unlautere Geschäftspraktiken vorzugehen. Zwar wird die Beweislast vom nationalen Recht bestimmt, die Gerichte und Verwaltungsbehörden sollten aber in die Lage versetzt werden, von Gewerbetreibenden zu verlangen, dass sie den Beweis für die Richtigkeit der von ihnen behaupteten Tatsachen erbringen.
- (22) Es ist notwendig, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße gegen diese Richtlinie festlegen und für deren Durchsetzung sorgen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Normtext:

Artikel 11

Durchsetzung

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen im Interesse der Verbraucher sicher, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen.

Diese Mittel umfassen Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern, gestatten,

- a) gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen
und/oder

- b) gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken ein Verfahren bei einer Verwaltungsbehörde einzuleiten, die für die Entscheidung über Beschwerden oder für die Einleitung eines geeigneten gerichtlichen Verfahrens zuständig ist.

Jedem Mitgliedstaat bleibt es vorbehalten zu entscheiden, welcher dieser Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen wird und ob das Gericht oder die Verwaltungsbehörde ermächtigt werden soll, vorab die Durchführung eines Verfahrens vor anderen bestehenden Einrichtungen zur Regelung von Beschwerden, einschließlich der in Artikel 10 genannten Einrichtungen, zu verlangen. Diese Rechtsbehelfe stehen unabhängig davon zur Verfügung, ob die Verbraucher sich im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaats, in dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, oder in einem anderen Mitgliedstaat befinden.

Jedem Mitgliedstaat bleibt vorbehalten zu entscheiden

- a) ob sich diese Rechtsbehelfe getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors richten können
und
b) ob sich diese Rechtsbehelfe gegen den Urheber eines Verhaltenskodex richten können, wenn der betreffende Kodex der Nichteinhaltung rechtlicher Vorschriften Vorschub leistet.

- (2) Im Rahmen der in Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften übertragen die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse, die sie ermächtigen, in Fällen, in denen sie diese Maßnahmen unter Berücksichtigung aller betroffenen Interessen und insbesondere des öffentlichen Interesses für erforderlich halten,

- a) die Einstellung der unlauteren Geschäftspraktiken anzuordnen oder ein geeignetes gerichtliches Verfahren zur Anordnung der Einstellung der betreffenden unlauteren Geschäftspraxis einzuleiten,
oder

- b) falls die unlautere Geschäftspraxis noch nicht angewandt wurde, ihre Anwendung jedoch bevorsteht, diese Praxis zu verbieten oder ein geeignetes gerichtliches Verfahren zur Anordnung des Verbots dieser Praxis einzuleiten,

auch wenn kein tatsächlicher Verlust oder Schaden bzw. Vorsatz oder Fahrlässigkeit seitens des Gewerbetreibenden nachweisbar ist.

Die Mitgliedstaaten sehen ferner vor, dass die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens mit

- vorläufiger Wirkung
oder
— endgültiger Wirkung

getroffen werden können, wobei jedem Mitgliedstaat vorbehalten bleibt zu entscheiden, welche dieser beiden Möglichkeiten gewählt wird.

Außerdem können die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse übertragen, die sie ermächtigen, zur Beseitigung der fortdauernden Wirkung unlauterer Geschäftspraktiken, deren Einstellung durch eine rechtskräftige Entscheidung angeordnet worden ist,

- a) die Veröffentlichung dieser Entscheidung ganz oder auszugsweise und in der von ihnen für angemessen erachteten Form zu verlangen;
b) außerdem die Veröffentlichung einer berichtigten Erklärung zu verlangen.

- (3) Die in Absatz 1 genannten Verwaltungsbehörden müssen

- a) so zusammengesetzt sein, dass ihre Unparteilichkeit nicht in Zweifel gezogen werden kann;
b) über ausreichende Befugnisse verfügen, um die Einhaltung ihrer Entscheidungen über Beschwerden wirksam überwachen und durchsetzen zu können;

- c) die in der Regel ihre Entscheidung begründen.

Werden die in Absatz 2 genannten Befugnisse ausschließlich von einer Verwaltungsbehörde ausgeübt, so sind die Entscheidungen stets zu begründen. In diesem Fall sind ferner Verfahren vorzusehen, in denen eine fehlerhafte oder unsachgemäße Ausübung der Befugnisse durch die Verwaltungsbehörde oder eine fehlerhafte oder unsachgemäße Nichtausübung dieser Befugnisse von den Gerichten überprüft werden kann.

Artikel 12

Gerichte und Verwaltungsbehörden: Begründung von Behauptungen

Die Mitgliedstaaten übertragen den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse, die sie ermächtigen, in den in Artikel 11 vorgesehenen Verfahren vor den Zivilgerichten oder Verwaltungsbehörden

- a) vom Gewerbetreibenden den Beweis der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einer Geschäftspraxis zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gewerbetreibenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint,
b) Tatsachenbehauptungen als unrichtig anzusehen, wenn der gemäß Buchstabe a) verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er von dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde für unzureichend erachtet wird.

Artikel 13

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um ihre Durchsetzung sicherzustellen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.