

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Jänner 2018

01

1 – 44

Beiträge

Gift im Markenprodukt

Michael Woller und Christian Hauer ↻ 4

Rabatte im (Unions-)Kartellrecht Florian Neumayr ↻ 11

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 12

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 15

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 20

Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren ↻ 21

Leitsätze

Nr 1 – 10 ↻ 22

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

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

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

Rechtsprechung

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

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

Austria Asphalt – Zusammenschluss ohne Entstehung eines „Vollfunk-
tionsunternehmens“ Raoul Hoffer ↻ 35

De lege ferenda

Geschäftsgeheimnisschutz heute und morgen

Dominik Hofmarcher ↻ 38

NEU!
Judikatur
des EPA

Rechtsprechung

Reinhard Hinger

ÖBI 2018/8

→ Die Weiterverwendung von Kundenlisten für einen Konkurrenten

§ 1 Abs 1 UWG
OGH 27. 7. 2017,
4 Ob 78/17 z
(OLG Linz
2 R 38/17 x;
LG Salzburg
1 Cg 119/16 s),
ECLI:AT:OGH
0002:2017:0040
OB00078.17
Z.0727.000

Geheimhaltungs-
verpflichtung

Unlauter (und gleichsam wie ein unredlicher Besitzer) handelt, wer nach der Beendigung des Dienstverhältnisses Kundenlisten verwendet, zu deren

Geheimhaltung er sich gegenüber dem früheren Dienstgeber vertraglich verpflichtet hatte.

Sachverhalt:

Der Bekl war von Februar 2013 bis Juni 2016 beim Rechtsvorgänger-Unternehmen der Kl als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Das Dienstverhältnis wurde wegen Unstimmigkeiten beendet. Mit Schreiben v 30. 6. 2016 teilte die Kl dem Bekl die Gründe mit und wies ihn ausdrücklich darauf hin, dass er gemäß dem Dienstvertrag zur Verschwiegenheit verpflichtet ist; der Dienstvertrag enthielt folgende Klauseln:

„Der DN ist zur Geheimhaltung aller ihm zur Kenntnis gelangten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und sonstiger Umstände und Geschäftsvorgänge, auch von Dritten, wie Kunden, Lieferanten und beratenden Geschäftspartnern gegenüber jedermann – auch über das Dienstverhältnis hinaus – verpflichtet.

Die Weitergabe von vertraulichen oder vom Dienstgeber bzw seinen Geschäftspartnern als vertraulich bezeichneten Mitteilungen oder Informationen über Geschäfts-, Personal-, oder Betriebsangelegenheiten des Dienstgebers oder von Dritten stellt einen Entlassungsgrund dar.

Darüber hinaus ist der Dienstnehmer auch zur Wahrung des Datengeheimnisses im Sinn des § 20 DSGVO verpflichtet.“

Der Bekl hat der Kl nach Beendigung des Dienstverhältnisses Listen von Kunden, die er während des Dienstverhältnisses aufgesucht hatte, nicht mehr zu-

rückgestellt. Nach der Beendigung des Dienstverhältnisses war er Außendienstmitarbeiter einer Mitbewerberin der Kl für Salzburg und Tirol. Er suchte zumindest seit Anfang September 2016 viele Kunden der Kl zu von dieser zuvor vereinbarten Wiederbesuchsterminen oder unmittelbar vor diesen Terminen auf und warb sie für seinen neuen Arbeitgeber ab, indem er ihnen für den Fall des Wechsels günstigere Angebote unterbreitete. Dabei benützte er die nicht zurückgestellten Kundenlisten der Kl, die die einzelnen Rabatte auswies und die er bei sich behalten hatte.

Die Abwerbung von mehr als zwanzig Klein- und Großkunden hat für die Kl schwerwiegende wirtschaftliche Folgen, wobei der Verlust der Großkunden ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet.

[Begehren und Verfahrensverlauf]

Die Kl beantragte, dem Bekl mit EV zu verbieten, ihre Kunden „laut Kundenliste“ unter Verwendung der Daten der Kl zu kontaktieren und die Daten der Kl in sonst irgendeiner Weise zu verwerten oder zu verwenden. Sie stützte die Klage auf das UWG und auf die dienstvertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflicht.

Das ErstG erließ die EV ohne Anhörung des Bekl, der dagegen Widerspruch erhob. Das ErstG erledigte den Widerspruch, indem es die EV (mit einer – unangefochten gebliebenen – Einschränkung in Bezug auf zwei Kunden) neuerlich erließ.

Ein Außendienstmitarbeiter, der sich vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet hatte, verwendete Kundenlisten für den Konkurrenten des früheren Dienstgebers.

Das RekG hob die EV auf und wies den Provisorialantrag ab.

Der OGH gab dem ao RevRek Folge und stellte die EV des ErstG iSd Entscheidung über den Widerspruch wieder her.

Aus der Begründung:

[...] 2. Das Ausspannen von Kunden eines Mitbewerbers an sich ist nicht unlauter; da sich der Geschäftsumfang gewöhnlich nur auf Kosten der Mitbewerber vergrößern lässt, gehört es zum Wesen des Wettbewerbs, dass der Gewerbetreibende in den fremden Kundenkreis einzudringen versucht und dass sich dabei das attraktivere Angebot durchsetzt (vgl. RIS-Justiz RS0078521). Jede Wettbewerbshandlung ist ihrer Natur nach geeignet, den Mitbewerber [...] zu beeinträchtigen; Sinn und Zweck des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist es ja, [dem] Mitbewerber Kunden abzunehmen (RIS-Justiz RS0077756). [...] Das Ausspannen von Kunden eines Mitbewerbers ist für sich allein selbst dann noch nicht unlauter, wenn es zielbewusst und systematisch erfolgt; erst durch Hinzutreten besonderer Umstände, die den Wettbewerb verfälschen, wie etwa das Beschaffen von Kundenlisten auf unlautere Weise, das Abwerben von Dienstnehmern während des aufrechten Dienstverhältnisses, das Anschwärzen von Mitbewerbern oder die Schädigung der Mitbewerber als einziges Ziel, wird ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten verwirklicht (RIS-Justiz RS0116886; RS0078531; RS0078508 [T 3, T 5]; vgl. RS0078521 [T 4, T 7, T 9]). [...]

4. Die Verwertung auch redlich gewonnener Kenntnisse, insb von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, durch einen früheren Beschäftigten, die grundsätzlich nicht gegen § 1 UWG verstößt, kann bei Vorliegen besonderer Umstände sittenwidrig sein (RIS-Justiz RS0078348) [...], wenn sich der Dienstnehmer planmäßig, also mit Vorbedacht und unbefugt, in Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gesetzt hat, um sie dann nach Dienstaustritt zum Zweck des Wettbewerbs zu verwerten (RIS-Justiz RS0078330), oder wenn sich ein Angestellter von einem ihm anvertrauten oder ohne weiteres zugänglichem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch eine zusätzliche Tätigkeit, zB Abschreiben, dauernde und sichere Kenntnis verschafft (RIS-Justiz RS0079617). Der Unterschied zur Inanspruchnahme redlich erworbenen Wissens besteht darin, dass der ehemalige Angestellte hier noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses einen inneren Frontwechsel vorgenommen hat, indem er sich nicht mehr als loyaler Mitarbeiter seines Dienstherrn, sondern bereits als dessen künftiger Konkurrent verhalten hat (RIS-Justiz RS0078330 [T 3]; RS0079617 [T 2]; 9 ObA 66/03 a RIS-Justiz RS0078348 [T 1]).

Die Verwertung von Betriebsgeheimnissen durch ausgeschiedene Dienstnehmer wird somit dann nach § 1 UWG geahndet (vgl. RIS-Justiz RS0078343), wenn sich die Dienstnehmer den Zugang dazu unbefugt in der Absicht der Verwertung nach Beendigung des Dienstverhältnisses beschafft haben, oder wenn sie sich zu diesem Zweck von anvertrauten Unterlagen durch Abschriften oder sonstige Aufzeichnungen die dauernde Kenntnis gesichert haben (4 Ob 394/86;¹⁾ 9 ObA 93/92;

4 Ob 157/99 p; vgl. RIS-Justiz RS0078508 [T 3]; Thiele in Wiebe/Kodek, UWG² § 13 UWG [2016] Rz 21).

Derartige Umstände im Hinblick auf einen inneren Frontenwechsel sind im Anlassfall aus den vorliegenden Feststellungen nicht hinreichend deutlich ableitbar.

[Geheimhaltungsverpflichtung]

5. Eine Geheimhaltungsvereinbarung über echte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ist keine Konkurrenzklausele iSd § 36 AngG und unterliegt nicht deren insb zeitlichen Beschränkungen; eine derartige Vereinbarung bezweckt nicht nur den Schutz vor Verrat an Dritte, sondern auch den vor der Benützung der Geheimnisse als Mitbewerber (RIS-Justiz RS0044166).

5.1. Die Verletzung einer vertraglichen Geheimhaltungsverpflichtung ist ein Vertragsbruch, der – wie auch die Verwertung von Betriebsgeheimnissen eines ausgeschiedenen Dienstnehmers – nur dann gegen § 1 UWG verstößt, wenn sich die Unlauterkeit aus besonderen Umständen ergibt (RIS-Justiz RS0078872). Um die Unlauterkeit zu begründen, muss die Wettbewerbshandlung unabhängig von der Vertragsverletzung unlauter sein (RIS-Justiz RS0078872 [T 10]). Besondere Umstände, die den Bruch einer Konkurrenzklausele nicht mehr als reine Vertragsverletzung, sondern als unlauteres Verhalten erscheinen lassen, liegen etwa dann vor, wenn der Arbeitnehmer Geschäftsunterlagen seines Arbeitgebers ablichtet, um mit diesem so gewonnenen Material Konkurrenz zu machen. Sie sind aber auch dann zu bejahen, wenn ein Dienstnehmer noch während des aufrechten Dienstverhältnisses von ihm betreute Kunden des Dienstgebers im eigenen Interesse abwirbt, um seine Tätigkeit als selbständiger Unternehmer oder Gesellschafter einer von ihm geplanten Gesellschaft (oder sonst für einen neuen Arbeitgeber) vorzubereiten, liegt doch darin ein besonderer Vertrauensbruch des Dienstnehmers (RIS-Justiz RS0031669). Derartiges Verhalten ist im Zusammenhang zu sehen, es ist gleichsam ein zweifacher Pflichtverstoß (vgl. RIS-Justiz RS0031669 [T 3]).

5.2. In älteren Entscheidungen hat der OGH wiederholt ausgesprochen, dass sich die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung *va* dort nicht im vertraglichen Unrecht erschöpft, wo sich ein Unternehmer über eine unmittelbar eine Regelung des Wettbewerbs betreffende Vertragsbestimmung hinwegsetzt, um die Vertragstreue seiner Mitbewerber zum eigenen Vorteil im Wettbewerb für sich auszunützen (vgl. RIS-Justiz RS0078872 [T 8]). Wenn sich die Vertragsverpflichtung unmittelbar auf eine Regelung des Wettbewerbs bezieht und diese in einer Weise verletzt wird, um dem Gegner gegenüber einen Vorteil zu erlangen, der die Wettbewerbslage in rechtswidriger Weise verändert, so bedeutete eine solche Vertragsverletzung auch eine Unlauterkeit iSd § 1 UWG, weil in einem solchen Fall mit dem Vertrauen in bestehende Bindungen eine wesentliche Grundlage jedes Geschäftsverkehrs erschüttert wird (vgl. RIS-Justiz RS0078846).

5.3. Zu 9 ObA 66/03 a bestätigte der OGH eine Unterlassungsverfügung gegen einen ehemaligen Mitarbeiter eines Unternehmens, das den Handel mit Feuerlöschgeräten und deren Ersatzteilen sowie das Service von

1) *Tenniskartei*, ÖBl 1988, 13.

Feuerlöschgeräten betrieb. Trotz der zum bisherigen Arbeitgeber bestehenden Wartungsverträge suchte der gekündigte und danach für ein Konkurrenzunternehmen tätige Mitarbeiter seine bisher von ihm betreuten Kunden auf und bot – mit oder ohne Aufklärung über seinen neuen Arbeitgeber – die Wartung an. Er griff im Rahmen seiner Tätigkeit für seinen neuen Arbeitgeber auf die Aufzeichnungen und das Datenmaterial des früheren Arbeitgebers zurück; diesen Unterlagen entnahm er insb auch den jeweils vereinbarten Wartungstermin. Er besaß gegenüber dem früheren Arbeitgeber einen Wettbewerbsvorteil, weil er dessen Kalkulation und Preisgestaltung gut kannte. Der OGH führte dazu aus, dass bereits in 8 ObA 122/01 a die Tatsache, dass der damals beklagte Arbeitnehmer eine von ihm auch für die Zeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses übernommene Verpflichtung zur Wahrung von ihm bekannt gewordenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen verletzt hatte, als ein den Wettbewerb verfälschender Umstand gewertet worden ist, der iSd (oben 5.1. und 5.2. referierten) Rsp das konkurrenzierende Verhalten des Betroffenen wettbewerbswidrig erscheinen lässt.

Berücksichtigt man, dass der Arbeitnehmer nicht nur sein Wissen um die Kundendaten und die Termine der fälligen Wartungen – unter Verletzung seiner Geheimhaltungspflicht – verwertete, sondern überdies die angesprochenen Kunden ungeachtet der bestehenden (und ihm bekannten) Wartungsverträge mit dem früheren Arbeitgeber für seinen neuen Arbeitgeber angesprochen hat, wobei er in zumindest mehreren Fällen sein Einschreiten für den neuen Arbeitgeber nicht offenlegte, erweist sich sein Verhalten als wettbewerbswidrig.

Dem ist auch im vorliegenden Fall zu folgen.

[Redlichkeit]

6.1. Generell gilt, dass Redlichkeit nicht den Glauben verlangt, etwa Eigentümer zu sein, sondern nur den Glauben an einen gültigen Titel, also an die rechtmäßige Zugehörigkeit einer Sache im weiteren Sinn, im Gegensatz zum unredlichen Besitzer, der vermuten muss, dass die Sache einem anderen gehört (RIS-Justiz RS0010172). Redlich ist nach § 326 ABGB derjenige, der eine Sache aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige hält. Maßgeblich ist der gute Glaube an die Rechtmäßigkeit der Besitzausübung, also das Vertrauen auf einen gültigen Titel (6 Ob 246/01 x); unredlicher Besitzer ist der, der von der Rechtmäßigkeit des eigenen Besitzes, der Gültigkeit des den Rechtserwerb rechtfertigenden Titels nicht überzeugt gewesen ist (RIS-Justiz RS0010172 [T 1]), wer also auch nur Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes hegen musste (vgl RIS-Justiz RS0010184; RS0010137 [insb T 1]).

Jeder Vertragspartner hat sich zudem so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines loyalen Zusammenwirkens erwarten darf, damit die Erreichung des Vertragszwecks nicht vereitelt, sondern erleichtert und Schaden verhütet wird. Diese weiteren Verhaltenspflichten können auch die Verpflichtungen umfassen, dem anderen den ihm nach dem Vertrag zukommenden Vorteil zu erhalten und dafür zu sorgen, sodass ihm für die Zeit nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses keine

Nachteile entstehen; sie können unter Umständen verlangen, dass der eine Vertragsteil nach der Erfüllung aller Hauptleistungspflichten noch bestimmte Handlungen zum Vorteil des anderen Vertragsteils vornimmt oder solche Handlungen unterlässt, durch die dem anderen die ihm durch den Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen oder wesentlich geschmälert würden (RIS-Justiz RS0018232); nachvertragliche Pflichten haben von der Qualität des geschützten Rechtsguts abhängige, durch Interessenabwägung auszulotende Grenzen (RIS-Justiz RS0018232 [T 10]).

6.2. Im Anlassfall bestehe eine ausdrückliche (auch nach-)vertragliche Geheimhaltungspflicht. Die hier in Frage stehenden Kundenlisten „gehören“ der Kl (vgl 4 Ob 217/13 k); daran, dass es sich dabei um Betriebs- bzw Geschäftsgeheimnisse der Kl handelt, besteht kein Zweifel.

Zwar steht weder fest, dass der Bekl bei seinem Ausscheiden aus dem Betrieb Kundenlisten im Original mitgenommen, noch dass er Kopien dieser Listen in der Absicht hergestellt hat, sie nach Ende des Dienstverhältnisses zum Nachteil der Kl zu verwenden.

Wettbewerbsabsicht als solche ist aber auch sonst nicht Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs 1 Z 1 UWG idF UWGNov 2007 (RIS-Justiz RS0123244). Es kommt daher nicht mehr auf die Absicht an, fremden Wettbewerb zu fördern, sondern auf die Eignung des Verhaltens, sofern nicht bei objektiver Betrachtung eine andere wettbewerbsfremde Zielsetzung eindeutig überwiegt (RIS-Justiz RS0123244 [T 1, T 9]). Die Verletzung wettbewerbsregelnder Vertragspflichten fällt somit auch nach der UWGNov 2007 unter die lauterkeitsrechtliche Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 1 UWG. An die Stelle der nach altem Recht erforderlichen Absicht, einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen, hat nun die objektive Eignung des Verhaltens zu treten, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Vertragspartnern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (RIS-Justiz RS0078846 [T 9]; vgl 4 Ob 7/10 y²⁾ zu einem Verstoß gegen eine vertragliche Geheimhaltungspflicht).

6.3. Dem Bekl musste schon aufgrund der vertraglichen Regelungen klar sein, dass er die Unterlagen der Kl nach Ende seiner Tätigkeit für diese weder behalten noch verwenden darf, sodass die Herstellung, aber auch – für sich genommen – das Behalten und Weiterverwenden von Kopien insoweit als unredlich anzusehen ist (vgl *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben [1980] 34).

Es geht nicht „nur“ um die bloße Verwertung von eigenen Kenntnissen oder Erinnerungen des Bekl über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sondern um die Mitnahme von Unterlagen über Geheimnisse und deren nunmehrige Nutzbarmachung für Dritte. Besteht eine vertragliche Geheimhaltungspflicht, so erreicht der – schon im (Herstellen bzw) Behalten von Kopien für nicht dem Dienstverhältnis entsprechende Zwecke und deren Verwendung gelegene – vorsätzliche Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht eine besondere, mit dem von der Rsp geforderten zusätzlichen Sittenwidrigkeitselement und einem „inneren Frontwechsel“ ver-

2) *Anzeigenvolumen*, ÖB 2010/49 = ÖB-LS 2010/139–141.

gleichbare Intensität (vgl. *Reissner*, Glosse zu 8 ObA 311/01 w, DRdA 2003/43, 434, mit einem Hinweis auf *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² [1984] 296). Auf die Frage, ob Wiederbesuchstermine konkret aus den Listen ersichtlich gewesen sind, kommt es daher nicht an.

Jedenfalls in diesem Aspekt des Verstoßes gegen ausdrückliche Vertragspflichten unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von jenem der Entscheidung 4 Ob 50/04 p, wo solche Umstände nicht feststellbar waren.

7. Dass der Bekl aus der Verwendung der Kundenlisten keinen relevanten Wettbewerbsvorteil für seinen neuen Dienstgeber gezogen habe, weil er die Preise der Kl auch im Verhandlungsweg hätte herausfinden und

unterbieten können – wie das RekG meint –, war als Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens (4 Ob 12/11 k³) RIS-Justiz RS0127291; vgl. 9 ObA 93/15 i) nicht zu prüfen, weil ihn der Bekl in erster Instanz nicht erhoben hat. Dass die Kenntnis des genauen Ausmaßes der Rabatte eines Konkurrenten wettbewerblich nicht ins Gewicht fiele, kann zudem nicht ernsthaft behauptet werden: Vielmehr erlaubt solches Wissen von vornherein eine Kalkulation, die im Wege eines unter dem bisherigen Preis gelegenen Angebots einen Einstieg in Verhandlungen regelmäßig erst ermöglicht.

3) *Rohrprodukte*, ÖBl 2012/46 (*Gamerith*).

Anmerkung:

Geheimnisse im Rechtssinn sind nicht offenkundige Tatsachen oder Erkenntnisse, wobei an der Geheimhaltung der entsprechende Wille und ein rechtlich anerkanntes Interesse des Betroffenen bestehen. Handelt es sich um eine unternehmensbezogene Tatsache, liegt ein Wirtschaftsgeheimnis in Form eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses vor.⁴⁾ Das Interesse des Unternehmers an der Geheimhaltung steht in einem Spannungsverhältnis zu konkurrierenden Interessen der Allgemeinheit, von Mitbewerbern und von ehemaligen Mitarbeitern. Die Allgemeinheit wird in diesem Zusammenhang va an Informationsfreiheit, Transparenz und freier Meinungsäußerung interessiert sein, die Mitbewerber an größtmöglichem Zugang zu Know-how und Daten der Konkurrenz, die ehemaligen Mitarbeiter an schrankenloser Verwertbarkeit ihrer eigenen Kenntnisse.

Dieses Interesse Letzterer wird durch das Lauterkeitsrecht, die arbeitsrechtliche Treuepflicht und vertraglich durch Konkurrenzkláuseln und Geheimhaltungsvereinbarungen begrenzt.

Viele Unternehmen beklagen den rechtswidrigen Verlust von Know-how und den Abfluss von Interna, sind aber in der Praxis nur selten bereit, dies auch gerichtlich zu verfolgen. Die Gründe dafür sind mannigfaltig: Tatsächlich lässt sich in derartigen Fällen angesichts des meist nicht vollständig geklärten Sachverhalts, der komplexen Rechtslage und der Vielzahl von Abwägungskriterien nur schwer einschätzen, wie die Gerichte entscheiden werden; die Öffentlichkeit kann in der mündlichen Verhandlung bloß wegen der Erörterung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen nicht ausgeschlossen werden; der Prozessgegner wird im Fall des Prozessverlustes oft nicht einmal imstande sein, dem Unternehmen die Verfahrenskosten zu ersetzen;⁵⁾ und manchmal verfügt der ehemalige Dienstnehmer über weitere sensible Informationen, deren (allenfalls anonyme) Weitergabe an Finanzbehörden, Sozialversicherung, Verbraucherschützer und/oder gesetzestreue Mitbewerber im Klagsfall als Revanchefoul befürchtet wird.

Typisch und bemerkenswert an Sachverhalten wie dem hier vom OGH im Provisorialverfahren vorläufig entschieden ist die fast immer gegebene Wahlmöglichkeit des Kl zwischen der Handels- und der Arbeitsgerichtsbarkeit: Hier entschied sich die Kl für die Handelsgerichtsbarkeit, während in ähnlich gelagerten

Fällen zuvor zumeist die Arbeitsgerichte angerufen wurden.⁶⁾ Da nennenswerte Judikaturdivergenzen zwischen den Fachsenaten für Lauterkeits- und Arbeitsrecht nicht ersichtlich sind, wird die Zuständigkeitswahl wohl immer von der subjektiven Einschätzung der Klagevertretung abhängen, welcher der konkret in Betracht kommenden Gerichtshöfe den Sicherungsantrag rascher bewilligt.

Der hier vorliegende Fall gab dem OGH auch die – vielleicht letzte – Gelegenheit, sich zum Thema „Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ zu äußern, bevor die Frist zur Umsetzung der „Know-how-RL“⁷⁾ am 9. 6. 2018 abläuft. Ein Rückgriff auf diese RL zur Stützung des erzielten Ergebnisses (etwa durch Vorwirkung in Form einer schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist angezeigten richtlinienkonformen Interpretation)⁸⁾ war freilich nicht erforderlich. Dennoch war ein erheblicher Begründungsaufwand⁹⁾ notwendig, um die antragsabweisende Entscheidung des OLG Linz als RekG wieder „umzudrehen“.

Man kann darin einen Fingerzeig an das zur Vorlage eines Begutachtungsentwurfs für ein Umsetzungsgesetz nunmehr zuständige Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort sehen, das ein halbes Jahr vor Ablauf der Umsetzungsfrist noch nicht einmal einen Entwurf zur Diskussion gestellt hat.¹⁰⁾ Sollte die Umsetzungsfrist ungenützt verstreichen,

4) Betriebsgeheimnisse sind Tatsachen technischer, Geschäftsgeheimnisse kommerzieller Natur; *Thiele* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 11 Rz 30.

5) Auch im vorliegenden Fall wurde dem beklagten ehemaligen Dienstnehmer Verfahrenshilfe gewährt.

6) So etwa in einem vom 9. Senat des OGH im Jahr 2003 entschiedenen, weitgehend ähnlich gelagerten Fall (OGH 9 ObA 66/03 a). In der hier glossierten Entscheidung folgt der 4. Senat dieser Entscheidung ausdrücklich.

7) RL (EU) 2016/943 des EP und des Rates v. 8. 6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl L 2016/157, 1.

8) So etwa BGH 5. 2. 1998, IZR 211/95 und OGH 29. 9. 1998, 4 Ob 235/98 g, *AMC/ATC*, ÖBl 1999, 82.

9) *Hofmarcher* sieht in seiner Glosse zu dieser Entscheidung gar erforderlich gewesene „Kunstgriffe“, *ecolex* 2017/454, 1093.

10) *Kucsko/Hofmarcher* beklagen die geltenden „zersplitterten rudimentären Regelungen“ in Österreich und fordern: „Wir brauchen bitte ein Geheimnisschutzgesetz“, *ecolex* 2017, 1090. Auf der Website des Ministeriums findet sich weiterhin nur der allgemeine Hinweis, dass zur Umsetzung der Know-how-RL „geplant ist, die bereits bestehenden Bestimmungen im UWG zu erweitern“; www.bmwf.gv.at/Wirtschaftspolitik/wettbewerbspolitik/Seiten/Fairer_Wettbewerb.aspx (Stand 17. 1. 2018).





scheidet eine direkte Anwendung der Know-how-RL unter Privaten aus¹¹⁾ und diese wären insofern auf Staatshaftungsansprüche verwiesen.

Die gegenständliche Entscheidung zeigt schließlich auch, dass bei Unternehmen ein gewisses Maß an Bewusstsein für die Notwendigkeit valider dienstvertraglicher Geheimhaltungsvereinbarungen gegeben sein muss, weil der Sicherungsantrag sonst wohl abgewiesen worden wäre.

Es wird aber auch evident, dass für die Beratung und Vertretung in derartigen Angelegenheiten ein hoher Spezialisierungsgrad in prozessualer und inhaltlicher Hinsicht erforderlich ist.

*Armin Bammer, Rechtsanwalt,
Bammer, Mayer & Treu Rechtsanwälte, Wien*

11) OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 264/98h; zuletzt OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 18/16k.