

# ZH\_HANDELSGERICHT HE210011 vom 12. April 2021

Zh Handelsgericht, 2021-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE210011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210011)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE210011 du 12 avril 2021

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE210011 del 12 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 2

Dem Gesuchsgegner sei zu befehlen, sofort - spätestens zwei Arbeitstage nach Eröffnung der Verfügung - alle Daten und Informationen, welche er per E-Mail an seine persönliche Adresse weitergeleitet oder auf andere Weise beschafft hat und die geschäftliche Informationen oder Daten der Gesuchstellerin enthalten unwiderruflich zu löschen und die Löschung schriftlich zu bestätigen.

### E. 2.1

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Weiter wird vorausgesetzt, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (ANDREAS GÜNGERICH, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 2 zu Art. 262 ZPO). Die Massnahme darf zudem den Hauptsachenprozess nicht präjudizieren, d.h. keinen Zustand schaffen, der nicht mehr rückgängig zu machen ist (GÜNGERICH, a.a.O., N 4 zu Art. 262 ZPO). Diese Voraussetzungen sind durch die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen, ein strikter Beweis ist nicht erforderlich. Glaubhaftmachen bedeutet, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der Voraussetzungen spricht. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist aber nicht zu verlangen (THOMAS SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 51 f. zu Art. 261 ZPO). Auch die Einwendungen der Gegenseite – hier des Gesuchsgegners – sind von dieser lediglich glaubhaft zu machen (SPRECHER, a.a.O., N 58 zu Art. 261 ZPO m.w.H.), wobei es nicht ausreicht, wenn der Gesuchsgegner sich damit begnügt, einen alternativen Sachverhalt glaubhaft zu machen, vermag dies doch nichts an der Glaubhaftigkeit der Darstellung der Gesuchstellerin zu ändern. Vielmehr hat er die Glaubhaftmachung der Gesuchstellerin durch ihre eigene Darstellung zu erschüttern.

- 5 - 3. Standpunkte der Parteien

### E. 3

Dem Gesuchsgegner sei für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die gerichtliche Anordnung gemäss Ziffern 1 und 2 die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen (Busse bis CHF 10'000). Für den Fall des Ungehorsams gegen den Gerichtlichen Befehl gemäss Ziffer

- 3 - 1 und 2 sei dem Gesuchsteller überdies eine Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000.- für jeden Tag der Nichterfüllung und die polizeiliche Vollstreckung anzudrohen.

### **E. 3.1**

Die Gesuchstellerin machte in ihrem Gesuch zusammengefasst geltend, beim Gesuchsgegner handle es sich um einen ehemaligen Arbeitnehmer von ihr, dem sie am 16. Dezember 2020 fristlos gekündigt habe. Zu dieser fristlosen Kündigung sei es gekommen, nachdem sie festgestellt habe, dass der Gesuchsgegner im Dezember 2020 versucht habe, den Auftrag einer ihrer Kundinnen, der C.\_\_\_\_\_ AG, für welche sie spezifische Produkte im Bereich Dichtungen entwickeln habe lassen, an sich bzw. an seine im Oktober 2020 ohne ihr Wissen ins Handelsregister eingetragene Einzelfirma zu ziehen. Nach diesem Zwischenfall und der Kündigung habe sie (die Gesuchstellerin) bei der Prüfung des auf dem Unternehmensserver abgespeicherten E-Mail Verkehrs des Gesuchsgegners zudem 13 dubiose E-Mails identifiziert, die der Gesuchsgegner an sich selbst geschickt habe. Sie seien vom Gesuchsgegner unter Verwendung einer speziellen Software bereits gelöscht worden, doch sei aus ihrem jeweiligen Betreff ersichtlich, dass es sich um Kundenofferten gehandelt habe bzw. sei erkennbar, dass sie grössere Anlagen enthalten hätten. Nachdem der Gesuchsgegner bereits die erwähnten Vorkehren getroffen gehabt habe, um der C.\_\_\_\_\_ ein konkurrierendes Angebot namens seiner Einzelfirma zukommen zu lassen und weil er sich mittels der erwähnten E-Mails weitere Informationen über ihre Kunden weitergeleitet habe, die er zu seinem eigenen Vorteil einsetzen könne, liege eine Unlauterkeit im Sinne von Art. 5 lit. a und Art. 6 UWG vor bzw. drohe eine solche (act. 1 S. 6 ff.).

### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner führt vorab aus, die Gesuchstellerin habe seine E-Mails unbefugt beschafft, und deren Verwertung sei widerrechtlich, weshalb diese Beweismittel bei der Würdigung nicht berücksichtigt werden dürften. Zu beachten sei sodann, dass die Gesuchstellerin das hier fragliche Geschäft in der Sparte Dichtungen im Dezember 2018 von der Firma BX.\_\_\_\_\_ (Suisse) SA übernommen habe, für welche er bereits vor dieser Übernahme und seinem Übertritt zur Gesuchstellerin gearbeitet habe, und zwar seit dem 1. Januar 2003. Dass er am 14. Oktober 2020 die Einzelfirma BY.\_\_\_\_\_ Handelsgeschäft B.\_\_\_\_\_ in das Handelsregister habe eintragen lassen, treffe zu. Er habe dies im Hinblick auf ei-

- 6 - ne selbständige Tätigkeit getan, zumal er beabsichtigt habe, das Arbeitsverhältnis zur Gesuchstellerin zeitnah zu kündigen. Korrekt sei die Darstellung der Gesuchstellerin auch insofern, dass er die Lieferantin BP.\_\_\_\_\_ GmbH am 15. Dezember 2020 per E-Mail kontaktiert habe. Darüber hinaus habe er jedoch weder Kunden der Gesuchstellerin angegangen, noch weitere ihrer Lieferanten kontaktiert. Ebenfalls richtig sei, dass er sich damals fünf von der C.\_\_\_\_\_ AG bestellte Produkte habe von der BP.\_\_\_\_\_ offerieren lassen wollen, dies in der Absicht, mit der Lieferantin im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses in eine Geschäftsbeziehung zu treten. Die Kundin C.\_\_\_\_\_ habe er jahrelang betreut und sie nach Bedarf mit Offerten bedient, weshalb er die Bedürfnisse dieser Kundin, die fünf bestellten Produkte – welche im Übrigen entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin für jedes ...-Unternehmen freizugänglich seien – sowie die einfachen Kalkulationen hinter den Offerten auswendig kenne. Der fristlosen Kündigung habe er sich nicht widersetzt, weil er habe verstehen können, dass seine Anfrage bei der BP.\_\_\_\_\_ Misstrauen erweckt habe. Im Weiteren setzt sich der Gesuchsgegner ausführlich mit den von der Gesuchstellerin als verdächtig eingestuftem E-Mails auseinander. Soweit er überhaupt E-Mails an seine private Mailadresse weitergeleitet habe, sei dies geschehen, um sie im Rahmen seiner

Arbeitstätigkeit im Homeoffice auf seinem privaten Drucker auszudrucken, da der Geschäftsdrucker nicht funktioniert habe. Einige E-Mails habe er sich aus arbeitsorganisatorischen Gründen noch einmal an seine geschäftliche E-Mail Adresse geschickt, d.h. um sie entweder nach einer Ergänzung des Betreffs besser ordnen zu können oder um sie nicht zu vergessen. Einzig die öffentlich zugänglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Gesuchstellerin und die Formulare für die Lieferanten habe er sich für eine möglich spätere Verwendung weitergeleitet. Er bestreite, zur Löschung von E-Mails eine spezielle Software verwendet zu haben; vielmehr habe er diese mit der Tastenkombination "Shift + Delete" gelöscht. Die Gründung seiner Einzelfirma stelle keine Treuepflichtverletzung dar, und eine Konkurrenzierung der Gesuchstellerin während des Arbeitsverhältnisses liege ebenso wenig vor wie ein Datendiebstahl. Seine Absicht, nach einem Weggang konkurrenzierend tätig zu sein, stelle keine

- 7 - Rechtswidrigkeit dar, sei doch die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots zwischen dem Gesuchsgegner und ihm unterblieben (act. 7 Rz. 10 ff.). 4. Entscheidungsgrundlagen

#### **E. 4**

Die Befehle gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1-3 seien superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung des Gesuchsgegners zu erlassen.

#### **E. 4.1**

Zu berücksichtigender Prozessstoff

#### **E. 4.1.1**

Bereits in der Verfügung vom 18. Januar 2021 (act. 4) wurde darauf hingewiesen, dass das Gesetz für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vorsieht (Art. 253 ZPO). Ein zweiter Schriftenwechsel wurde in diesem Verfahren nicht angeordnet. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurden der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort und die alsdann eingegangene Stellungnahme dem Gesuchsgegner zugestellt. Erst letztere Zustellung an den Gesuchsgegner erfolgte unter formeller Fristansetzung, nachdem die Gesuchstellerin in ihrer nach Abschluss des Schriftenwechsels eingereichten Stellungnahme vom 19. Februar 2021 neue Behauptungen vorgebracht und neue Beweismittel eingereicht hatte (act. 11 und 12/14-25; act. 13). Bei diesen Gegebenheiten hatte die Gesuchstellerin das gesamte Klagefundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit ihrem Gesuch vorzutragen. Mit anderen Worten war nach Eingang der Gesuchsantwort der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen. Das blosses Bestreiten des gegnerischen Parteivortrages durch den Gesuchsgegner stellt kein Novum dar und muss von einer Gesuchstellerin grundsätzlich vorausgesetzt werden. Soweit die Gesuchstellerin daher mit neuen Behauptungen und neu vorgelegten Unterlagen nicht auf vom Gesuchsgegner vorgetragene Noven reagiert, sondern vielmehr ihr Klagefundament als Reaktion auf dessen Bestreitung ergänzt, ist dies prozessual unzulässig. Noven sind nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig (BGE 146 III 237 E. 3). Im Übrigen haben neue Behauptungen und Beweismittel unbeachtet zu bleiben. Dies ist im Folgenden zu beachten, soweit solche Vorbringen für die Entscheidungsfindung überhaupt erheblich sein könnten.

#### **E. 4.1.2**

Ferner ist zu bemerken, dass die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme zur Gesuchsantwort vom 19. Februar 2021 nicht offen legt, seit wann sie über ihre neuen

Erkenntnisse, welche sie als echte Noven bezeichnet, verfügt. Sie begnügt

- 8 - sich mit der Bemerkung, die Ergebnisse der Wiederherstellung der Daten auf dem ehemaligen Geschäftscomputer des Gesuchsgegners hätten erst nach Einreichung des Gesuches vorgelegen und diese echten Noven würden nun ohne Verzug vorgebracht (act. 11 Rz. 5). Diese Angaben bieten indessen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass die Vorbringen bzw. Beweismittel tatsächlich ohne Verzug in den Prozess eingebracht wurden und die Voraussetzung für deren Berücksichtigung im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO gegeben wäre. Der Gesuchsteller argwöhnt zurecht, dass aufgrund der vorhandenen Akten eher auf das Gegenteil zu schliessen wäre (act. 15 Rz. 7 ff.). Entsprechende Ausführungen und Belege der Gesuchstellerin haben daher auch aus diesem Grund unberücksichtigt zu bleiben.

## **E. 4.2**

Verwertbarkeit von Beweismitteln

### **E. 4.2.1**

Der Gesuchsgegner bestreitet die Verwertbarkeit der von der Gesuchstellerin in ihrer Gesuchsbeilage 12 aufgelisteten E-Mails und des E-Mail-Protokolls. Er habe seine Zustimmung für diese unverhältnismässige Durchsuchung seiner geschäftlichen E-Mail Adresse, welche er auch privat haben verwenden dürfen, nie gegeben, womit die Einsicht unbefugt erfolgt sei (act. 7 Rz. 13). Ferner weist er darauf hin, dass das von der Gesuchstellerin vorgelegte IT-Reglement nicht unterzeichnet sei (act. 15 Rz. 25).

### **E. 4.2.2**

Die Gesuchstellerin vertritt (erst) in ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2021 die Auffassung, sie sei als ehemalige Arbeitgeberin berechtigt gewesen, den Arbeitscomputer sowie die darauf und auf ihren Servern abgespeicherten Daten und Unterlagen zu durchsuchen. Dies sei im datenschutzgesetzlichen Rahmen passiert und im IT-Reglement, welches dem Gesuchsgegner als Teil des Arbeitsvertrags übergeben worden sei, vorgesehen gewesen (act. 11 Rz. 18 ff.).

### **E. 4.2.3**

Rechtswidrig beschaffte Beweismittel, d.h. solche, die unter Verletzung strafrechtlicher Normen erlangt wurden, dürfen nur berücksichtigt werden, wenn bei einer Abwägung zwischen der Schwere der rechtswidrigen Beschaffungshandlung und dem Interesse der beweisführenden Partei an der Beweisbarkeit des Sachverhalts das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs.

- 9 - 2 ZPO; BSK ZPO-GUYAN, 3. Auflage, 2017, Art. 152 Rz. 10 ff.; BSK ZPO-HAFNER, 3. Auflage, 2017, Art. 168 Rz. 8).

### **E. 4.2.4**

Beim durchsuchten E-Mail Konto handelt es sich um ein geschäftliches E-Mail Konto des Gesuchsgegners und soweit ersichtlich wurden lediglich E-Mails für eine nähere Betrachtung herausgefiltert, welche einen Bezug zur Arbeitstätigkeit des Gesuchsgegners hatten. Dies geschah, nachdem die Gesuchstellerin von einer Lieferantin erfahren hatte, dass der Gesuchsgegner im Namen einer von ihm ohne ihr Wissen gegründeten Einzelfirma eine Offertanfrage getätigt hatte, welche mit einer fast gleichzeitig gestellten Offertanfrage der Gesuchstellerin vollständig identisch war. Vor diesem Hintergrund bestand ein starkes

Interesse der Gesuchstellerin darin, abzuklären, inwieweit der Gesuchsgegner weitere solche Handlungen vorgenommen hatte und allenfalls gegen seine arbeitsvertraglichen Treuepflichten und gegen Lauterkeitsrecht verstossen hatte, sowie unter Umständen Beweismittel zu sichern. Dieses Interesse überwiegt andere Interessen des Gesuchsgegners, insbesondere an der Geheimhaltung seiner allenfalls mittangierten Privatsphäre, welche von ihm ohnehin nur pauschal dargetan werden, grundsätzlich. Die Frage der vom Gesuchsgegner geltend gemachten Unverhältnismässigkeit in zeitlicher Hinsicht kann offen bleiben, zumal Beweismittel aus einem lange zurückliegenden Zeitraum ohnehin keine Rolle spielen.

#### **E. 4.2.5**

Die Frage, ob die Gesuchstellerin sich – unter anderem auf diese Weise – tatsächlich genügende Beweismittel verschaffen konnte, ist nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 5**

Hauptsachenprognose

#### **E. 5.1**

Rechtliche Grundlagen

#### **E. 5.1.1**

Angesichts des vorbestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien und der nun von der Gesuchstellerin gegen den Gesuchsgegner erhobenen Vorwürfe, dieser habe sich unlauter im Sinne von Art. 5 lit. a UWG, allenfalls Art. 6 UWG verhalten, sind die fraglichen Rechtsgebiete vorab gegeneinander abzugrenzen.

- 10 -

#### **E. 5.1.2**

Die arbeitsrechtliche Treuepflicht des Arbeitnehmers ist in Art. 321a OR geregelt. Danach hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Entsprechend darf er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenzieren. Die Treuepflicht findet ihre Grenze aber an berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört. Deshalb darf ein Arbeitnehmer auch bei bestehendem Arbeitsvertrag eine spätere Tätigkeit vorbereiten. Jedoch verletzt er seine Treuepflicht, wenn diese Vorbereitungen gegen Treu und Glauben verstossen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung beginnt oder seiner Arbeitgeberin Angebotsstellen oder Kunden abwirbt. Zulässig ist jedoch die Vorbereitung, Gründung und Eintragung einer Konkurrenzfirma im Handelsregister, wenn diese Firma während der Dauer des Arbeitsvertrags noch nicht tätig wird. Zudem endet die Treuepflicht in der Regel mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, es sei denn, es gehe um während des Arbeitsverhältnisses absolut geheim zu haltende Tatsachen im Sinne von Art. 321a Abs. 5 OR, zu welchen Kundenkenntnisse gezählt werden. Nach Beendigung des Arbeitsvertrages darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber – soweit kein Konkurrenzverbot vereinbart worden ist – daher konkurrenzieren und dabei die bei ihm erlangten Fähigkeiten und Erfahrungen zu seinem wirtschaftlichen Fortkommen verwerten. Ausnutzen darf er daher sowohl die spezifischen Branchenkenntnisse wie auch

das Wissen um Geschäfts- und Kundenbeziehungen, sofern es sich dabei nicht um eigentliche Geschäftsgeheimnisse des früheren Arbeitgebers handelt. Geht es um die blosser Eigenverwertung von Kundenkenntnissen, ist in der Regel das Interesse des Arbeitnehmers an beruflicher Entfaltung höher zu gewichten als die Interessen des Arbeitgebers, zumal es dieser in der Hand gehabt hätte, mit einer vertraglichen Regelung, etwa eines Konkurrenz- oder Abwerbverbots, vorzuzorgen. (Nur) durch ein Konkurrenzverbot wird eine ansonsten erlaubte Handlung – nämlich das Konkurrenzieren des ehemaligen Arbeitgebers – verboten (Urteil des Bundesgerichts 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007 E. 3.3.1-2; RUDOLPH, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem - 11 - Stellenwechsel - Eine rechtliche Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten in der Finanzbranche, ARV 2009 S. 95, S. 99 f.; RÄBER, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag de lege lata und de lege ferenda, 2020, Rz. 185).

### **E. 5.1.3**

Parallel bestehen auch wettbewerbsrechtliche Schranken, wobei zunächst festzuhalten ist, dass die Werbung um Kunden als typische Wettbewerbshandlung ebenfalls grundsätzlich zulässig, wenn nicht erwünscht, ist. Dies gilt prinzipiell auch für einen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmer. Mit anderen Worten sind Kundenkontakte – auch systematisch oder planmässig erfolgt –, welche darauf abzielen, Kunden des ehemaligen Arbeitgebers zu gewinnen, wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Erst wenn besondere Umstände hinzutreten, kann eine Abwerbung unlauter sein. Zu denken ist dabei an die Verwendung von Kundenlisten oder -verzeichnissen, die dem Arbeitnehmer gehören und welche der Arbeitnehmer behündigt hat oder die gezielte und systematische Abwerbung bedeutender Grosskunden mit dem Ziel der wirtschaftlichen Vernichtung des vormaligen Arbeitgebers, der Einsatz aggressiver Werbemethoden und das Verleiten der Kunden zum Vertragsbruch (RUDOLPH, a.a.O., S. 102 f.).

### **E. 5.1.4**

Gemäss Art. 5 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie namentlich Offerten oder Berechnungen unbefugt verwertet. Grundsätzlich besteht Nachahmungsfreiheit. Art. 5 UWG qualifiziert jedoch bestimmte Verhaltensweisen in Zusammenhang mit der Verwendung und Nachahmung fremder Arbeitsleistungen als unlauter und soll so die Erzeuger vor unlauteren Machenschaften schützen. Durch Art. 5 UWG soll aber kein Schutz für eine neue Kategorie von Rechtsgütern ausserhalb von Schutzrechten des geistigen Eigentums geschaffen, sondern eben lediglich ein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb als unlauter sanktioniert werden (BSK UWG-ARPAGAU/FRICK, 2013, Art. 5 N 10, mit Verweis auf Botschaft sowie BGE 131 III 384 E. 4.1 und E. 5.2). Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Schutzes ist deshalb nicht das Arbeitsergebnis an sich, sondern die Art und Weise, wie das Arbeitsergebnis übernommen und verwertet wird (BSK UWG-ARPAGAU/FRICK, a.a.O., Art. 5 N 12). Unlauter ist die Verwertungshandlung dann, wenn ihr ein Verstoss gegen ein vertragliches

- 12 - oder vertragsähnliches Verwertungsverbot (Art. 5 lit. a) bzw. das Ausnützen eines solchen zugrunde liegt. Neben Art. 5 UWG regelt auch Art. 6 UWG Sachverhalte, bei welchen es um die Ausnutzung fremder Arbeitsergebnisse – dort in der Qualität von Geschäftsgeheimnissen – geht (BSK UWG-ARPAGAU/FRICK, a.a.O., Art. 5 N 12 ff.;

vgl. auch BGE 131 III 384 E. 5.1 mit zahlreichen Hinweisen; zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A\_86/2009 vom 26. Mai 2009 E. 4.1).

### **E. 5.1.5**

Arbeitsergebnisse im Sinne der erwähnten UWG-Bestimmung sind "Produkte geistiger Anstrengung und materieller Aufwendungen" (und zwar eben solche, die ausserhalb der Spezialgesetzgebung [Immaterialgüterrecht] nicht geschützt sind). Der Schutz von Art. 5 UWG umfasst nur das in einer materialisierten Form fixierte Resultat der entsprechenden Leistung. Die vom Gesetzgeber als Beispiel für Arbeitsergebnisse genannten "Offerten, Berechnungen oder Pläne" sind nicht abschliessend zu verstehen, und der Begriff "Arbeitsergebnis" ist weit auszulegen. Es ist keine bestimmte Leistungshöhe im Sinne einer besonderen Individualität, Eigenartigkeit oder Schutzwürdigkeit erforderlich, da es bei Art. 5 UWG um einen lauterkeitsrechtlichen und nicht immaterialgüterrechtlichen Schutz geht (BSK UWG-FRICK, 2013, Art. 5 N 24-26). Für den Schutz ist auch der Inhalt des materialisierten Arbeitsergebnisses unerheblich: Geschäftliche Informationen werden daher geschützt, und als Beispiele für Arbeitsergebnisse gelten namentlich Vertragsofferten, Preis- oder Sachberechnungen, Pläne, Projekte, Kundenlisten, Datensammlungen und dergleichen, sofern sie sich zur Verwertung eignen. Was Offerten anbelangt, hatte der Gesetzgeber primär den Fall vor Augen, dass komplexe Offerten mit aufwendigen Berechnungen, Konstruktionen, Gesamtplanungen etc. an potenzielle Kunden bzw. Vertragspartner zur umfassenden Überprüfung unentgeltlich übergeben werden, welche sie dann einem Konkurrenten des Anbieters weitergeben, damit dieser das Ergebnis übernehmen und zu einem tieferen Preis anbieten oder sie im eigenen Betrieb nutzbringend verwenden kann (vgl. DIKE, UWG-FAHRLÄNDER, 2017, Art. 5 lit. a und b N 3, N 5, N 8 ff.).

### **E. 5.1.6**

Art. 5 lit. a erfasst Konstellationen, in denen der Verletzer "in Übereinstimmung mit dem Erzeuger des Arbeitsergebnisses" (bzw. mit Willen des Erzeugers) in dessen Besitz gelangt ist, das Arbeitsergebnis dann aber ohne Einverständnis

- 13 - des Erzeugers verwertet (sog. direkte Vorlagenausbeutung). Die Handlung des Erwerbers ist missbräuchlich, weil er gegen ein vertragliches, vorvertragliches oder vertragsähnliches Verwertungsverbot verstösst (BGE 133 III 431 E. 4.5; DIKE UWG-FAHRLÄNDER, a.a.O., Art. 5 lit. a und b N 16 mit Verweis auf SHK UWG-BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 5 N 16). Aus dem Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins ist ferner zu folgern, dass das Arbeitsergebnis nicht allgemein zugänglich bzw. nicht allgemein bekannt sein darf. Sobald es öffentlich zugänglich und auch für Dritte einsehbar sei, entfällt der Schutz von Art. 5 UWG. Denn andernfalls wäre der Empfänger im Vergleich zu den übrigen Mitbewerbern schlechter gestellt (vgl. BSK UWG-FRICK, a.a.O., Art. 5 N 47). Unter Verwerten ist jede wirtschaftliche Nutzung bzw. Nutzbarmachung eines fremden Arbeitsergebnisses und des darin verkörperten Wissens zu verstehen. Die Verwertungshandlung muss objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinflussen. Als unbefugt ist jede Verwertung des anvertrauten Arbeitsergebnisses ohne Zustimmung des Berechtigten anzusehen. Keine unbefugte Verwertung fremder Arbeitsergebnisse liegt vor, wenn ehemalige Arbeitnehmer das Erfahrungswissen, das sie während ihrer Tätigkeit bei einem Unternehmen erworben haben, nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses weiterverwenden, sofern es sich hierbei nicht um konkrete Arbeits-

ergebnisse gemäss Art. 5 lit. a UWG handelt.

### **E. 5.1.7**

Unter Art. 6 UWG fallen nur Geschäftsgeheimnisse, welche der Verletzer ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat. Wurde ihm das Geheimnis dagegen anvertraut, ist der Tatbestand im Unterschied zu Art. 5 lit. a UWG nicht einschlägig. In den genannten Fällen schliessen Art. 5 lit. a und b UWG somit spezifische Schutzlücken von Art. 6 UWG (DIKE, UWG- FAHRLÄNDER, a.a.O., Art. 5 lit. a und b N 34).

- 14 -

## **E. 5.2**

Sachlage und Würdigung

### **E. 5.2.1**

Nach Durchführung des einfachen Schriftenwechsels und unter Berücksichtigung von Umständen, welche aus den weiteren Eingaben der Parteien hervorgehen, ergibt sich Folgendes:

### **E. 5.2.2**

Aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin und der Stellungnahmen des Gesuchsgegners ist klar, dass der Gesuchsgegner zwar erst ab Ende 2018 für die Gesuchstellerin tätig war. Zu berücksichtigen ist jedoch ebenso, dass er bereits seit 2003 in der praktisch gleichen Position für die Unternehmung BX.\_\_\_\_ (Suisse) SA gearbeitet hatte, welche 2018 durch die Gesuchstellerin übernommen worden war. Dort betreute er die Kunden BI.\_\_\_\_ AG, T.\_\_\_\_ GmbH & Co sowie insbesondere die C.\_\_\_\_ AG, hinsichtlich derselben Bedürfnisse wie bereits in seiner Anstellung bei der alten Arbeitgeberin (act. 7 Rz. 15). Der von der Gesuchstellerin erhobene Hauptvorwurf gegen den Gesuchsgegner richtet sich gegen dessen Firmengründung sowie eine Bestellung der C.\_\_\_\_ AG und die damit verbundene Einholung einer Offerte bei der BP.\_\_\_\_ GmbH (act. 1 Rz. 7 ff. und Rz. 13 ff.). Dieser Vorgang lief so ab, dass der Gesuchsteller parallel zu einer Offerte für die Kundin C.\_\_\_\_ AG, welche er im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit bei der Gesuchstellerin bearbeitete, bei der Herstellerin der nachgefragten Produkte durch seine Einzelfirma eine Offerte für völlig identische und – so die Gesuchstellerin – zudem speziell für diese Kundin entwickelte Produkte verlangt hat (act. 3/8-9). Diese auffällige Übereinstimmung der Anfragen der Gesuchstellerin und der Einzelfirma des Gesuchsgegners fiel der angefragten Produzentin ins Auge, was sie zu einer Rückfrage bei der Gesuchstellerin veranlasste (act. 3/8; act. 3/10). Der Gesuchsgegner bestätigt, im Oktober 2020 sein Einzelunternehmen BY.\_\_\_\_ Handelsgeschäft B.\_\_\_\_ in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 7 Rz. 18) und am 15. Dezember 2020 in der von der Gesuchstellerin behaupteten Weise die BP.\_\_\_\_ GmbH kontaktiert zu haben (act. 7 Rz. 26). Insbesondere räumt er ein, dass er sich dabei die von der Gesuchstellerin genannten fünf von der H.\_\_\_\_ AG bestellten Produkte von der BP.\_\_\_\_ GmbH habe offerieren lassen wollen. Dies habe er in der Absicht getan, mit dieser Lieferantin im Hinblick auf seine zukünftige selbständige Tätigkeit nach einer

- 15 - Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Gesuchstellerin in eine Geschäftsbeziehung zu treten. Da die C.\_\_\_\_ AG dieselben Produkte mehrmals im Jahr bestelle, habe er die Preise für sein Einzelunternehmen kennen wollen (act. 7 Rz. 30). Andere Lieferanten

oder Kunden habe er nicht angegangen (act. 7 Rz. 26 und Rz. 31).

### **E. 5.2.3**

Die Gesuchstellerin verwies in ihrem Gesuch ferner auf verschiedene E-Mails des Gesuchsgegners, die sie aus seinem Geschäftsmaillkonto gesichert habe und welche aus der Zeit seines Arbeitsverhältnisses, namentlich aus dem Zeitraum ab August 2020 und vor allem vom Dezember 2020 stammen. Sie reichte dazu eine Excel Liste ein, welche 19 E-Mails auflistet, dies unter Angabe einer Dokument-ID, eines – meist nicht aussagekräftigen – Betreffs oder Titels, des Absenders (nämlich B.\_\_\_\_), des Empfängers (nämlich entweder B.\_\_\_\_ oder B'.\_\_\_\_ oder B".\_\_\_\_@gmail.com), des Sendedatums, einer Bemerkung zum Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Anlagen sowie der Grösse (act. 3/12). In ihrem Gesuch machte die Gesuchstellerin zu diesen E-Mails nur oberflächliche Angaben. Sie ging nicht auf Einzelheiten ein, sondern beschränkte sich im Wesentlichen auf die Behauptung, es handle sich um 13 dubiose E-Mails, die der Gesuchsgegner an sich selbst geschickt habe und bei welchen entweder der Betreff aufzeige, dass es sich um Kundenofferten gehandelt habe oder welchen grössere Anlagen beigelegt gewesen seien. Wegen der durch den Gesuchsgegner ausgeführten professionellen Löschung der E-Mails sei deren Inhalt nicht ersichtlich und das Ergebnis einer von ihr veranlassten Untersuchung/Rekonstruktion sei noch ausstehend (act. 1 Rz. 24 f.). Als – wie vorne dargelegt (vgl. Ziff. 4.1.2) – unzulässige neue Beweismittel legte die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2021 einerseits eine undatierte Übersicht über Daten der Wiederherstellung sowie eine unleserliche und undatierte Liste mit Link-Dateien mit UNC Pfad-LAN vor (act. 12/14-15). Weiter beschrieb sie anhand verschiedener E-Mails und Unterlangen wie der Gesuchsgegner Ende August 2020 eine an sie (die Gesuchstellerin) gerichtete Bestellung der BZ.\_\_\_\_ AG für Druckmesstechnik privat bzw. mit einem auf eine Firma BY.\_\_\_\_ CA.\_\_\_\_ lautenden Lieferschein und einer ebenso auf

- 16 - BY.\_\_\_\_ CA.\_\_\_\_ lautende Rechnung abgewickelt habe (act. 11 Rz. 8 ff.; act. 12/16-22). Schliesslich erwähnt sie einen weiteren Beleg, nämlich eine E-Mail, welche bereits in ihrer mit dem Gesuch eingereichten Auflistung aufgeführt gewesen sei und welche als Anhang die bereits erwähnte Tabelle enthalten habe, welche der Gesuchsteller danach an die BP.\_\_\_\_ GmbH gesandt habe (act. 11 Rz. 14; act. 12/23-24). In Bezug auf die übrigen in ihrer Gesuchsbeilage 12 aufgeführten E-Mails habe sie bislang (noch) keine weiteren Belege für unlauteres Handeln des Gesuchsgegners gefunden. Jedoch würden die weiteren zum Vorschein gekommenen Begebenheiten aufzeigen, dass die vorsorglichen Massnahmen dringend angezeigt und aufrecht zu erhalten seien (act. 11 Rz. 15).

### **E. 5.2.4**

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung fällt zunächst ins Gewicht, dass es sich beim Gesuchsgegner um einen bis vor Kurzem in den Diensten der Gesuchstellerin stehenden Arbeitnehmer handelt, mit welchem kein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart war und dem es folglich, wie vorne dargelegt, grundsätzlich frei gestellt ist, seine ehemalige Arbeitgeberin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu konkurrenzieren und hierfür auch Kundenkenntnisse für sich selbst zu verwerten. Dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin gehörende Kundenlisten bzw. -verzeichnisse oder systematisch in grösserem Stil Kundendaten behündigt hätte, vermag die Gesuchstellerin mit dem einen Vorgang betreffend die C.\_\_\_\_ AG nicht genügend nachzuweisen. Offenbar ist es ihr

auch nach Gesuchseinreichung nicht gelungen, weitere Nachweise in einer Zahl bzw. einem Ausmass zu beschaffen, welche auf eine lauterkeitsrechtlich problematische systematische Vorgehensweise oder eine vom Gesuchsgegner beabsichtigte wirtschaftliche Vernichtung der Gesuchstellerin hinweisen würden, geschweige denn in Beachtung der prozessualen Vorgaben einzureichen. Selbst unter Berücksichtigung ihrer nicht verwertbaren (vgl. Ziff. 4.1.2) Ausführungen und Belege betreffend eine Bestellung der BZ.\_\_\_\_\_ AG für Druckmesstechnik lässt sich ein gezieltes und systematisches Vorgehen nicht erhärten. Die Behauptung der Gesuchstellerin, dass sich der Gesuchsgegner eine "Sammlung" von Kundinformationen sowie vermutungsweise auch Informationen betreffend ihre Lieferanten auf seine private E-Mail Adresse weitergeleitet habe (act. 1 Rz. 33), blieb letztlich unbelegt. Unklar bleibt auch, inwiefern es sich bei solchen Informationen überhaupt

- 17 - um Arbeitsergebnisse der Gesuchstellerin handelt, wie sie behauptet (act. 1 Rz. 33). Die Gesuchstellerin hat nur betreffend die Kundin C.\_\_\_\_\_ AG – welche vom Gesuchsgegner nota bene seit Jahren betreut wurde – ansatzweise dargelegt, dass diese aus ihrer Palette fünf Produkte bestellt habe, welche von ihr bzw. ihrer Vorgängerin BX.\_\_\_\_\_ (Suisse) AG als Lösung für ein technisches Problem dieser Kundin entwickelt worden sei (act. 1 Rz. 14, Rz. 35). Worin genau die Leistung von ihr oder ihrer Vorgängerin gelegen haben soll, um in dieser Produktkombination ein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 UWG erkennen zu können, wird im Gesuch nicht konkretisiert; im Übrigen bleiben auch die ergänzenden Ausführungen der Gesuchstellerin hinsichtlich Beratung der C.\_\_\_\_\_ AG in ihrer weiteren Stellungnahme vage (act. 11 Rz. 29). Der Hinweis des Gesuchsgegners, dass er die Bedürfnisse dieser seit vielen Jahren von ihm betreuten Kundin – und auch die Lieferantin, bei welcher die Gesuchstellerin diese Produkte bezieht – ohnehin kenne (act. 7 Rz. 27), erscheint durchaus berechtigt. Weder die Offerte, die der Gesuchsgegner am 15. Dezember 2020 im Namen der Gesuchstellerin für die C.\_\_\_\_\_ AG ausarbeitete (act. 3/7) noch die dieser zugrunde liegende Offerte der BP.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 3/6), stellen daher ein Arbeitsergebnis oder ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des UWG dar. Damit ist weder eine komplexe, aufwendige Eigenleistung des Gesuchsgegners noch ein treuwidriges Erlangen und Nutzen fremder Leistungen durch den Gesuchsgegner mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennbar. Folglich kann auch das Weiterleiten solcher Daten auf seine private E-Mail Adresse und das parallele Einholen einer Zweitofferte durch den Gesuchsgegner im Namen seiner Einzelfirma für die exakt gleichen Produkte (act. 1 Rz. 17; act. 3/8) keinen Verstoß gegen das UWG darstellen. Ein bereits während des Arbeitsverhältnisses effektiv erfolgtes Konkurrenzieren ist aus heutiger Sicht nicht genügend glaubhaft gemacht. Daran vermag auch die Behauptung der Gesuchstellerin, dass seit Dezember 2020 keine Bestellungen der C.\_\_\_\_\_ AG mehr bei ihr eingegangen seien, obwohl sie gewöhnlich alle drei Monate bestellt habe (act. 11 Rz. 44), nichts zu ändern. Ausbleibende Bestellungen von Teilen für die Flugzeugbranche dürften viel eher auf den seit vielen Monaten stark reduzierten Flugbetrieb als auf Interventionen des Gesuchsgegners zurückzuführen sein. Ob der Gesuchsgegner wegen seines Handelns betreffend die Kundin

- 18 - C.\_\_\_\_\_ AG oder die Kundin BZ.\_\_\_\_\_ AG im damaligen Zeitpunkt aufgrund einer andauernden Anstellung arbeitsrechtliche Verpflichtungen verletzte, braucht hier nicht geprüft zu werden.

#### **E. 5.2.5**

Was die anderen in ihrem Rechtsbegehren genannten Kunden und Lieferanten anbelangt, fehlen im Gesuch Erörterung dazu, in welcher Hinsicht die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner konkrete Vorwürfe macht bzw. welche Verbindung der Gesuchsgegner zu diesen hatte. Erst in ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2021 erwähnte sie, dass ihr beantragtes Verbot namentlich jene 11 Kunden nenne, welche vom Gesuchsgegner während seiner Anstellung direkt betreut worden seien (act. 11 Rz. 45). Mit den drei im Begehren genannten Herstellern von Dichtungen habe sie viel Zeit und Ressourcen investiert und Produkte entwickelt, unter anderem für die genannten 11 Kunden. "Teilweise" habe sie auch "spezielle Werkzeuge" hinterlegt. Dritte könnten diese Produkte nicht bestellen, da die genaue Produktnummer und -referenz nicht öffentlich bekannt sei. Nur mit internen Informationen der Gesuchstellerin seien diese zugänglich (act. 11 Rz. 45). Abgesehen davon, dass diese Ausführungen aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt werden dürfen, vermag die Gesuchstellerin damit keine genügenden Anhaltspunkte für ein unlauteres Handeln mit Bezug auf diese Kunden und Lieferanten aufzuzeigen. Ihre Darstellung bleibt oberflächlich und vermittelt nicht, inwiefern sich der Gesuchsgegner unter Lauterkeitsgesichtspunkten konkret verwerflich verhalten hat. Dass der Gesuchsgegner, welcher Kunden der Gesuchstellerin betreute, sein Wissen für seine Einzelfirma verwerten könnte, stellt für sich alleine keine Wettbewerbswidrigkeit dar. Inwiefern bezüglich dieser 11 Kunden allenfalls in Verbindung zu Lieferanten eigentliche Arbeitsergebnisse im Sinne des UWG vorliegen könnten, wird zudem weder präzise noch überzeugend dargelegt.

#### **E. 5.2.6**

Schliesslich ist festzuhalten, dass sich auch die Behauptung der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner zur Löschung seiner E-Mails eine spezielle Software benutzt habe, woraus die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch auf einen mit professionellen Methoden vorbereiteten Datendiebstahl schloss (act. 1 Rz. 27), nicht bestätigt hat (act. 11 Rz. 37; act. 15 Rz. 9). Damit fehlt auch in dieser Hin-

- 19 - sicht ein Indiz, um auf ein systematisch treuwidriges Verhalten des Gesuchsgegners schliessen zu können.

#### **E. 5.2.7**

Zu guter Letzt ist zu bemerken, dass die Erklärung der Gesuchstellerin, dass sie (noch) keine weiteren Belege für unlauteres Handeln des Gesuchsgegners gefunden habe (act. 11 Rz. 15) und dass die Entwendung von Daten auch via USB-Stick erfolgt sein könnte (act. 11 Rz. 37), die Anforderungen an eine genügende Glaubhaftmachung nicht herabzusetzen vermögen.

#### **E. 5.2.8**

Der Sachverhalt präsentiert sich aus heutiger Sicht derart, dass gestützt darauf nicht auf Erfüllung der in Art. 5 lit. a UWG und Art. 6 UWG vorgesehenen rechtlichen Voraussetzungen geschlossen werden könnte. Im Ergebnis ist das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin abzuweisen und die superprovisorisch angeordneten Massnahmen sind aufzuheben. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich, das Superprovisorium nicht sofort aufzuheben. Vielmehr ist das Verbot bis zum unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist aufrecht zu erhalten.

#### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels gegenteiliger Angaben des Gesuchsgegners ist weiterhin von einem Streitwert von CHF 300'000.00 auszugehen (act. 1 Rz. 4; act. 4 S. 8). Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtsgebühr auf CHF 11'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 8 GebV OG). Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Prozessentschädigung von CHF 13'000.00 zu bezahlen (§§ 4 und 9 AnwGebV). Mangels Ausführungen hinsichtlich der (allenfalls eingeschränkten) Möglichkeit zum Vorsteuerabzug des Einzelunternehmens des Gesuchsgegners hat die Zusprechung der Parteient-schädigung indes praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zu erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

- 20 - Die Einzelrichterin erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.