

**APH 09 240, publiziert im Juli 2009**

**Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,**

unter Mitwirkung von Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichterin Lüthy-Colomb und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiberin Wehren

vom 29. Mai 2009

in der Streitsache zwischen

**A.**

vertreten durch Rechtsanwalt X.

**Gesuchstellerin/Appellantin**

und

**B.**

**Gesuchsgegnerin/Appellatin 1**

**C.**

**Gesuchsgegnerin/Appellatin 2**

beide vertreten durch Fürsprecher Y.

**Regeste:**

- Art. 2, 5 und 6 i.V.m. Art. 14 UWG, unlauterer Wettbewerb
- Soweit die Appellatinnen Kenntnisse und Kundenbeziehungen genutzt haben sollten, die sie dank der Zusammenarbeit mit der Appellantin aufbauen konnten, mag ihr Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsmoral möglicherweise problematisch erscheinen. Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen jedoch grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden (vgl. BGE 133 III 431). Es spielt daher keine Rolle, ob die Appellatin 2 die Adressen der von ihr angeschriebenen Kunden der Appellantin im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit bei der Appellantin zur Kenntnis nahm oder diese Kunden bereits aus ihrer früheren Zeit als Skipperin oder aus ihrem Bekanntenkreis kannte. Die Verwertung derartig erlangter Kenntnisse ist in beiden Fällen nicht unlauter. Da die Appellantin weder den Datendiebstahl, das Kopieren der Daten von einem passwortgeschützten Computer noch das Vorliegen eines Arbeitsergebnisses bzw. ein unlauteres Verhalten der Appellatinnen und damit keinen Verfügungsanspruch glaubhaft machen konnte, ist das Gesuch um Erlass eines Wettbewerbsverbots als vorsorgliche Massnahme abzuweisen.

## **Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Die Appellantin ist eine im Bereich Hochsee-Segeln spezialisierte Firma, die insbesondere die Organisation, Durchführung und Vermittlung von Segeltörns auf dem Meer sowie die Vermittlung von Charteryachten anbietet. Die Appellatin 2 war vom 1. Januar 2005 bis 30. April 2008 bei der Appellantin als Hochseeskipperin und Sachbearbeiterin/Leiterin der Abteilung Yachtcharter tätig und gründete am 16. Mai 2008 die Appellatin 1, bei welcher sie Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist. Auch die Appellatin 1 bezweckt den Betrieb einer Agentur für Yacht-Charter, die weltweite Vermittlung von Charteryachten und sämtliche in diesem Zusammenhang stehenden Dienstleistungen.

Die Appellantin wirft der Appellatin 2 vor, sie habe Kundenadressen vom passwortgeschützten Computer gestohlen bzw. kopiert und beantragt oberinstanzlich den Erlass eines Bewerbungsverbots als vorsorgliche Massnahme.

## **Auszug aus den Erwägungen:**

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

## **B. Rechtliches**

1. Die Appellantin macht in ihrem Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen eine Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen und damit eine Verletzung von Art. 6 UWG geltend (...).

(...)

2. Allgemeines

Das UWG bezweckt den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unter Wettbewerb ist jede wirtschaftliche Betätigung ausserhalb der privaten Sphäre zu verstehen (Unlauterer Wettbewerb UWG, Pedrazzini/Pedrazzini, 2. Auflage, Bern 2002, N 1.13). Entscheidend ist, dass sich die inkriminierte Tätigkeit auf die eigene oder fremde Wettbewerbsstellung auswirkt (Grundsatz des Wettbewerbsstörers, vgl. Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 1.27).

Gemäss der in Art. 2 UWG enthaltenen Generalklausel ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende

Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG ist zur Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage berechtigt, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (BGE 126 III 241). Aktivlegitimiert sind danach Rechtssubjekte, die selbst am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt sind und eigene wirtschaftliche Interessen geltend machen (BGE 126 III 241, 242).

Auf vorsorgliche Massnahmen sind die Artikel 28c – 28f des Zivilgesetzbuches sinngemäss anwendbar (Art. 14 UWG). Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen hat die Gesuchstellerin nicht zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung stattgefunden hat bzw. eine solche zu befürchten ist, mithin ein Verfügungsanspruch besteht (vgl. Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 15.13; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3a zu Art. 326 ZPO). Glaubhaft zu machen ist sodann, dass durch die erfolgte oder drohende Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht und somit ein Verfügungsgrund vorliegt (Art. 14 UWG i.V.m. Art. 28c Abs. 1 ZGB; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3a zu Art. 326 ZPO; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, a.a.O., N 10 und 11 zu Art. 14 UWG).

In casu kann vorab festgestellt werden, dass die Parteien sich in einem Wettbewerbsverhältnis befinden und das Verhalten der Appellatinnen sich grundsätzlich auf die Wettbewerbsstellung der Appellantin auswirken bzw. die Lauterkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen könnte.

### 3. Verfügungsanspruch

#### 3.1 Art. 6 UWG

Nach Art. 6 UWG handelt insbesondere unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verwertet oder anderen mitteilt, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat. „Ein *Geheimnis* liegt vor, wenn eine an sich geheimnisfähige Tatsache *objektiv* geheim ist und *subjektiv* vom Inhaber (sog. Geheimnisherrn) als geheim betrachtet und behandelt wird. Unbedingte Voraussetzung ist dazu, dass die Tatsache auch *geheimfähig*, d.h. dazu geeignet ist, geheim gehalten zu werden.“ (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.42) Geheim ist eine Tatsache, wenn sie als solche oder in ihrer Anwendung Aussenstehenden nicht bekannt ist (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.43). Fabrikationsgeheimnisse sind typische Objekte des Patentschutzes, denn darunter fällt jede Kenntnis, die bei der Herstellung von Gegenständen verwertet werden kann (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.46 und 8.47). Jede Tatsache, die sich auf geschäftliche Zusammenhänge bezieht, kann sodann ein Geschäftsgeheimnis darstellen. Als typische Geschäftsgeheimnisse gelten z.B. Preisberechnungen, Bezugsquellen, Organigramme, Verteilkanäle, Kundenlisten

(vgl. Beschluss KassGer ZH vom 16. September 1988 in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1989 S. 139; Entscheid KG ZG vom 19. April 1990 in SMI 1991 S. 253; Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Lucas David, 3. Auflage, Bern 1997, N 405; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 34 zu Art. 6 UWG) oder geschäftliche Verbindungen (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.48). Eine ursprünglich rechtmässige Kenntnisnahme kann später zu einer unrechtmässigen und damit unlauteren Verwertung führen. Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn ein Arbeitnehmer die im Rahmen des Vertrags erlangte Kenntnis nach Vertragsablauf (trotz Konkurrenzverbot) zum eigenen Nutzen verwertet. Diesfalls ist nicht Art. 6 UWG, sondern die Generalklausel anwendbar. Zu beachten ist sodann Art. 321a Abs. 4 OR, gemäss welchem die Verschwiegenheitspflicht den Vertrag überdauert. Verschafft sich ein Arbeitnehmer nach Vertragsende Zugang zu geheimen Angaben, so ist Art. 6 UWG anwendbar. Das unbefugte Eindringen in ein Computernetzwerk mittels (aus dem Arbeitsverhältnis noch bekannten) Passwort zur Entnahme geheimer Daten fällt beispielsweise unter Art. 6 UWG, während die blosser Verletzung eines Konkurrenzverbots keine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 10.11). Ein Geheimnis, von welchem nicht unrechtmässig erfahren wurde, darf verwertet oder Dritten mitgeteilt werden, ausser der Verwertende bzw. Mitteilende sei gesetzlich oder vertraglich zur Unterlassung verpflichtet. Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen damit grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden (vgl. BGE 133 III 431; vgl. auch Baudenbacher, a.a.O. N 59 zu Art. 6 UWG).

Die Appellantin macht weder das Vorliegen eines Datendiebstahls noch das Kopieren von Daten vom passwortgeschützten Computer der Geschäftsführerin der Appellantin oder das Kopieren früherer Werbeaktionen der Appellantin und damit auch keine unrechtmässige Erlangung der Kenntnisse oder Auskundschaftung glaubhaft. Demgegenüber ist glaubhaft, dass die von den Appellatinnen verwendeten Adressen aus dem direkten und indirekten Bekanntenkreis der Appellatin 2 sowie aus beruflichen und privaten Kontakten bzw. aus ihrer Berufserfahrung stammen und die Appellatin 2 im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit legal Kenntnis über gewisse Kundenadressen erhielt. Vorliegend ist sodann erstellt, dass kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde.

Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden (vgl. BGE 133 III 431). Es spielt keine Rolle, ob die Appellatin 2 die Adressen der von ihr angeschriebenen Kunden der Appellantin im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit bei der Appellantin zur Kenntnis nahm oder diese Kunden bereits aus ihrer früheren Zeit als Skipperin oder aus ihrem Bekanntenkreis kannte. Die Verwertung derartig erlangter Kenntnisse ist in beiden Fällen nicht unlauter. Das gestützt auf Art. 6 UWG beantragte Bewerbungsverbot (...) ist daher abzuweisen.

(...)

### 3.2 Art. 5 UWG

Obgleich sich die Appellantin nicht explizit auf Art. 5, sondern auf Art. 6 UWG bezieht, ist zu prüfen, ob eine Verletzung von Art. 5 UWG glaubhaft gemacht wurde, denn der Richter wendet das Recht von Amtes wegen an.

Gemäss Art. 5 UWG handelt insbesondere unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet (lit. a), ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist (lit. b) oder das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet (lit. c). Somit ist die unbefugte Verwertung von Arbeitsergebnissen ohne immaterialgüterrechtlichen Schutz widerrechtlich, wenn sie insbesondere im Rahmen vertraglicher oder vertragsähnlicher Beziehungen anvertraut worden sind bzw. wenn sie ohne eigenen Aufwand schmarotzerisch übernommen werden (vgl. BGE 133 III 131 E. 4.5 S. 437 mit Hinweisen auf BGE 122 III 469, 117 II 199 sowie 131 III 384). Beim Arbeitsergebnis handelt es sich um das Resultat einer bestimmten geistigen oder materiellen Tätigkeit (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.05). Nicht als Arbeitsergebnis gelten nach Pedrazzini *„Kundenlisten oder Datensammlungen, es sei denn, dass sie sich als solche zur Verwertung eignen, wie Sammlungen von möglichen Adressaten für bestimmte Waren oder Leistungen, besonders solche, die eine Firma für die eigenen Zwecke hält“* (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.07). Ist das Arbeitsergebnis allgemein bekannt oder wird es frei angeboten, so fällt es nicht unter Art. 5 lit. a UWG (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.09).

Die Appellantin macht implizit geltend, dass es sich bei den Kundendaten um ein Arbeitsergebnis handelt, denn sie bringt vor, nicht alle der 3'800 Adressen der Appellantin seien öffentlich. Zum Teil würden die Adressen aus dem (*Club*-) Bulletin stammen. Zu einem grossen Teil würden sie aber aus der 10-jährigen Aufbauarbeit der Appellantin, von unzähligen und kostspieligen Inseraten, Messebesuchen, Weiterempfehlungen etc. stammen. Die Appellatinnen hätten zugegeben, mindestens 14 der von der Appellantin aufgeführten Kunden angeschrieben zu haben (...).

Hierzu ist zu bemerken, dass die Appellatin 2 angab, sie habe im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit Adressen der (*Club*-) Bulletins eingeben müssen, was von der Appellantin im Übrigen bestätigt wird. Diese Namen der Mitglieder (*des Clubs*) sind auf dem Internet ersichtlich. Die Sammlung von Namen der (...) Mitglieder ist daher für alle Mitglieder (...) mit einem relativ geringen Aufwand möglich und kann somit nicht als Resultat einer bestimmten geistigen oder materiellen Tätigkeit bzw. als Arbeitsergebnis gelten. Eine derartige Adress-Sammlung ist nicht als solche verwertbar. Welche weiteren Kunden-Adressen aus einer langjährigen

Aufbauarbeit, aus Inseraten, Messebesuchen oder Weiterempfehlungen stammen, legt die Appellantin nicht dar. Mit Ausnahme von 16 Kunden erwähnt sie die übrigen angeblich (und von den Appellatinnen bestrittenen) 3'800 Kunden nicht namentlich. Noch nicht einmal in Bezug auf die 16 namentlich erwähnten Kunden vermag die Appellantin darzulegen, wie die fraglichen Adressen Eingang in ihre Kunden-Datei fanden. Die Appellantin hat deshalb nicht glaubhaft gemacht, dass die Kunden-Adressen das Resultat einer geistigen oder materiellen Tätigkeit und als solche verwertbar sind. Dementsprechend hat sie nicht glaubhaft gemacht, dass die Kunden-Adressen ein Arbeitsergebnis darstellen, weshalb der Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 5 UWG ausser Betracht fällt.

### 3.3 Art. 2 UWG

Zu prüfen ist sodann, ob das Verhalten der Appellatinnen unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fällt.

(...) Die Appellatin 1 offeriert dieselben Produkte wie die Appellantin und bewirbt gezielt auch weitere Kunden der Appellantin (...). (...) Eine derartige Konkurrenzierung ist im freien Wettbewerb nicht unerwünscht, da sie die bisherigen Anbieter dazu motiviert, ihrerseits ihre Angebote weiter zu entwickeln und zu verbessern. Eine solche Nutzung von Kundendaten und –kontakten verstösst nicht gegen Treu und Glauben und ist deshalb nicht als unlauter zu qualifizieren (vgl. hierzu BGE 133 III 431 E.4.6 S. 438). Einem solchen Verhalten hätte die Appellantin nur mit der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots Einhalt gebieten können.

### 4. Verfügungsgrund

Da bereits das Vorliegen eines Verfügungsanspruches zu verneinen ist, kann offen bleiben, ob ein Verfügungsgrund besteht. Es muss deshalb nicht mehr geprüft werden, ob der Appellantin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstanden ist.

### 5. Fazit

Das Verhalten der Appellatinnen mag unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsmoral möglicherweise problematisch erscheinen, soweit sie Kenntnisse und Kundenbeziehungen genutzt haben sollten, die sie dank der Zusammenarbeit mit der Appellantin aufbauen konnten. Da die Appellantin jedoch weder den Datendiebstahl noch das Vorliegen eines Arbeitsergebnisses bzw. ein unlauteres Verhalten der Appellatinnen und damit keinen Verfügungsanspruch glaubhaft machen konnte, ist das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (...) abzuweisen (...).

Dem Rechtsbegehren (...) hätte sodann bereits deshalb nicht entsprochen werden können, weil es zu unbestimmt formuliert ist. Die Kunden, deren Bewerbung untersagt werden soll, hätten namentlich erwähnt werden müssen, ansonsten der Vollzug der Massnahme unmöglich wird.

(...)

**IV.**

(...)

**Hinweis:**

Das Urteil ist rechtskräftig.