

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 SaGa 4/17

2 Ga 13/16 ArbG Flensburg
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.03.2017

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 03.01.2017 - Az. 2 Ga 13/16 - abgeändert und dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden - und in das Ermessen des Gerichts gestellten - Ordnungsgeldes bis zu 200.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft zu unterlassen,

a. unter Nutzung von Wechsellisten der Antragstellerin und/oder insbesondere Listen mit Daten, und/oder Adressen und/oder Daten zu individuellen Pflegeanforderungen und/oder medizinischem Hilfsmittelbedarf von Kunden der Antragstellerin und/oder nicht allgemein bekannten oder öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen der Antragstellerin,

Dritten die Erbringung von Pflegeleistungen und/oder die Belieferung mit medizinischen Hilfsmitteln anzubieten und/oder solche Pflegeleistungen und/oder solche Belieferungen vorzunehmen und/oder Dritten bei solchem Verhalten zu unterstützen;

insbesondere, soweit dies durch elektronisch gespeicherte oder anders - etwa in Papierform - verkörperte Daten der Antragstellerin aus deren Datenbank bzw. deren Datenserver mit nachfolgendem Informationsgehalt,

- i. Stammdaten mit Infocfeldern zu Kunden, -anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen, Kundennummern, Liefer- und Rechnungsadressen; Pflegeheimbezeichnungen, -anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen sowie der dortigen Ansprechpartnern, Wohnbereiche, Betreuernamen, -anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen sowie aller als Bestandskunden der Antragstellerin, Altkunden und Interessenten, gelisteten Geschäftspartnern der Antragstellerin, Angaben über Art und Umfang sowie zeitlichen Intervalle des Bedarfs an medizinischen Hilfsmitteln; Krankenkassen des Kunden und behandelnde Ärzte;
- ii. Kunden und/oder Patientenlisten über Kunden der Antragstellerin mit Kundennummer, Kundenart, KG, Geburtsdatum und Kundennamen und Vornamen; Touren- und/oder Wegelisten,
- iii. Arzt- und Verordnerlisten, Arzt-Patientenlisten, Ärzte/Verordner Rezeptanforderungslisten, Pflegeheim- und Betreuerlisten, Pflegeheim-Wechsellisten, Pflegeheim-Besuchslisten; Regionenlisten und Krankenkassenlisten mit Namen, Anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen;
- iv. Auftragsdaten mit Auftragsnummern (orders_id) Kunden und Kundennummer (customers_id), Lieferscheinnummern und Lieferscheindruckdatum;
- v. Auftragsdaten mit Produkt-Identnummern, Produktbeschreibungen, Liefermengen und Wechseldaten, Lieferantenbestelltext; PZN;
- vi. Produktdaten mit Lagerbestandsdaten, Bestellnummern, Produktbezeichnung,

Referenzdaten, Liefer-ID und Lieferantenbezeichnung;

- vii. Statistik- und Listendaten, nämlich Produktstatistiken, Inventurlisten, Lagerlisten, Packlagerfächer, bedruckte Rezepte, Rechnungen, Auftrags- und Rezeptumsätze, Umsätze und Wechsel, Auftragsstatistik, Krankenkassenstatistik, Auftragswerte, Krankenkassenausnahmen, Controlling-Aufträge;
- viii. Informationen über die Historie der Umsätze aller Kunden der Antragstellerin, zuordenbar nach Anschrift des Kunden, nach Region, Land und Postleitzahl, Geschäftsfeld, Artikel und Geschäftsbereich;
- ix. Protokolle von Versorgungsbesuchen bei Kunden;
- x. Vertrags- und Kooperationsvereinbarungen, vertrauliche Provisionsberechnungsblätter und Vergütungsentwicklungspläne der Antragstellerin;
- xi. Daten der Budgetplanung der Antragstellerin einschließlich Planungen für die Zukunft betreffend den Geschäftsbereich Katheterwechsel;
- xii. Dateien beinhaltend Spezifikationsvorlagen der Antragstellerin für auszuliefernde medizinische Hilfsmittel an Kunden der Antragstellerin;

geschieht;

- b. gegenüber bisherigen Kunden der Antragstellerin den Vertrieb und/oder die Hilfestellung beim Wechsel von medizinischen Hilfsprodukten für Verbraucher und/oder Pflegeeinrichtungen anzubieten und/oder auszuführen oder anbieten zu lassen, oder ausführen zu lassen, ohne hierbei dem jeweiligen Kunden bei dem Angebot und vor der Ausführung der Leistung aufzuklären, dass er nicht für die Antragstellerin tätig ist, sondern auf eigenem Namen und Rechnung oder auf Namen und Rechnung eines anderen Unternehmens,
- c. für die Antragstellerin nichtselbständige Beschäftigte, geringfügig Beschäftigte und/oder sonstige Erfüllungsgehilfen der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, Kunden der Antragstellerin aus deren Systemen und/oder der Datenbank zu löschen oder auszutragen, um diese dann anstatt der Antragstellerin selbst durch Dritte zu beliefern und Wechseldienstleistungen zu erbringen und diese Belieferungen und/oder Leistungen auf eigenen oder fremden Namen und Rechnung, jedenfalls nicht auf Namen und Rechnung der Antragstellerin abzurechnen und die abgerechneten Gelder zu vereinnahmen;
- d. für die Antragstellerin nichtselbständig Beschäftigte, geringfügig Beschäftigte und/oder sonstige Erfüllungsgehilfen der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, unter unbefugter Beschaffung und/oder Sicherung und/oder Mitteilung von Daten an Dritte i. S. d. vorstehenden Ziff. 1 c. das Arbeits- oder sonstige Leistungsverhältnis zu der Antragstellerin zu kündigen, um hiernach aus der unbefugten Beschaffung und/oder Sicherung und/oder Mitteilung von Daten an Dritte i. S. d. vorstehenden Ziff. 1 c. eigenwirtschaftlichen und/oder zum wirtschaftlichen Vorteil Dritter Nutzen zu ziehen;

- e. für die Antragstellerin nichtselbständig Beschäftigte und/oder geringfügig Beschäftigte der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, neben der Beschäftigung bei der Antragstellerin im Wettbewerb zu dieser und zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil oder zum wirtschaftlichen Vorteil Dritter Kunden die Versorgung mit Medizinprodukten anzubieten und diese zu versorgen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt die Klägerin 20 %, der Beklagte 80 %. Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

.....

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin (Klägerin) nimmt den Verfügungsbeklagten (Beklagten) im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens in Anspruch.

Die Klägerin führt ein Vertriebsunternehmen für Medizinprodukte, insbesondere auch für Katheter. Hierzu besorgen ihre Außendienstmitarbeiter bei den jeweiligen (Haus-) Ärzten die Rezepte für die Katheter, sie fahren dann die jeweiligen Patienten ab und nehmen den Katheterwechsel vor. Auch die Abrechnung dieser Leistungen mit den zuständigen Kostenträgern erfolgt durch die Klägerin durch ein eigenes von ihr betriebenes Abrechnungszentrum. Sie verwaltet in ihrem Datenbanksystem rund 6.000 Patienten und zu diesen jeweils 50 Einzeldaten. Mit ihrem Geschäftsmodell ist ein hohes Maß an Kundenbindung sowohl gegenüber den verschreibenden Ärzten als auch den Patienten entstanden.

Der Beklagte ist seit dem 01.03.2007 bei der Klägerin beschäftigt. Wegen der Einzelheiten des Arbeitsvertrags wird auf die Anlage 1 (Bl. 48 - 54 d. A.) Bezug genommen. Seine Aufgabe bestand zuletzt in der fachlichen Leitung der Außendienstmitarbeiter. Im April 2016 erlitt der Beklagte einen Schlaganfall. Seitdem ist er nicht mehr für die Klägerin tätig. Durch Bescheid vom 24.11.2016 ist eine Schwerbehinderung mit einem GdB von 50 festgestellt. Der Beklagte ist Vorgesetzter der Mitarbeiter S., K., E.

und H.. Diese kündigten mit gleichlautenden Schreiben vom 01.10.2016 ihre Arbeitsverhältnisse mit der Klägerin jeweils fristlos (Anlage 2, Bl. 55 - 58 d. A.).

Mindestens seit September 2014 ist der Beklagte als Verantwortlicher der Internetseite „S..com“ ausgewiesen, auf der auch ein nur mit einem Passwort zugänglicher Bereich eingerichtet ist. In diesem Bereich können die Nutzer Formulare etwa eine „Erklärung des Versicherten zum Wechsel des Hilfsmittellieferanten“ oder eine „Versichertenerklärung“, mit deren Hilfe ein Patient den Anbieter des Versorgungsunternehmens für die Katheter wechseln kann, herunterladen. Auf den Screen-Shot auf S. 13 d. A. wird ergänzend Bezug genommen. Mit einer E-Mail vom 03.09.2014 wies der Beklagte den Arbeitnehmer S. auf diese Plattform hin und teilte ihm mit, er (Beklagter) sei deren Administrator, habe für S. dort einen Zugang eingerichtet und benannte ihm die notwendigen Passwörter für den Zugang. Weiter lautet die E-Mail auszugsweise:

„Das Forum steht den Beteiligten als Austauschebene für die Entwicklung der IT und ... zur Verfügung.

...

Das Auftragssystem ermöglicht im Moment, ... die manuelle Eingabe von Aufträgen ... Wir haben damit schon eine Anzahl von Aufträgen generiert.

...

Der Lieferant erstellt darauf hin, ..., eine Bestätigung, in der dann auch schon Deine Beute in € verzeichnet ist. Die Beute wird nach dem 18. des Folgemonats ausgezahlt

...

Das Ganze soll dem Training der Zusammenarbeit dienen und dann auch schon mal Kohle bringen.“

Wegen des weiteren Inhalts der E-Mail wird auf die Anlage 5 (Bl. 64 f. d. A.) verwiesen.

Im September 2014 gründete die Lebensgefährtin des Beklagten die Firma D. UG, im März 2015 gründete die Ehefrau des Arbeitnehmers S. die Firma ... UG, im Januar

2015 gründete der Ehemann der Arbeitnehmerin K. die Firma B. UG und im Juli 2015 gründete eine I. M. E., von der die Beklagte vermutet, es handele sich um die Mutter ihrer Arbeitnehmerin E., die Firma B. Service UG. Ausweislich einer von der Klägerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung ihrer Arbeitnehmerin B. (Anlage 12, Bl. 80 f. d. A.) führten Frau K. und der Beklagte mit Frau B. am 09.03.2016 ein Gespräch. Weiter heißt es in dieser eidesstattlichen Versicherung, der Beklagte habe erklärt, er und weitere Mitarbeiter wollten sich von der Klägerin lösen und sie (B.) gerne dabei haben. Sie würde bei der Firma B. angestellt sein, die Frau K. zu diesem Zweck gegründet habe. Ausweislich einer weiteren eidesstattlichen Versicherung des Arbeitnehmers S. (Anlage 13, Bl. 82 f. d. A.) der Klägerin erklärte ihm der Beklagte in einem Gespräch am 19.07.2016, er (Beklagter), Frau E., Frau K. und Herr S. hätten jeweils über Lebenspartner bzw. Freunde eigene Firmen gegründet, etwa „B.“ und andere. Diese würden mit Urologen zusammenarbeiten und schon außerhalb der Klägerin Patienten versorgen und Katheter wechseln.

In ihrer eidesstattlichen Versicherung führt Frau B. weiter aus, dass ihr Frau K. bereits im Jahr 2014 gesagt habe, es gebe „Sternchenpatienten“, deren Rezepte sie nicht an die Klägerin senden, sondern in ein Fach von Frau K. legen solle. Die Zahl dieser Sternchenpatienten habe nach dem Gespräch am 09.03.2016 zugenommen. Herr S. führt in seiner eidesstattlichen Versicherung aus, er sei nach dem Gespräch am 19.07.2016 von Frau K. aufgefordert worden, neue Patienten nicht im System der Klägerin anzulegen, sondern sie zu informieren. Frau K. habe dann entschieden, ob der Patient im System der Klägerin angelegt werde oder nicht. Eine entsprechende Aufforderung habe er auch von Frau E. erhalten. Es habe Tage gegeben, an denen er keine Patienten der Klägerin mehr betreut habe, sondern nur noch Sternchenpatienten, die nicht im System der Klägerin geführt worden seien. Ausweislich beider eidesstattlicher Versicherungen haben beide in den Gesprächen eine „Geheimhaltungsvereinbarung“ unterzeichnet, deren Partei auch der Beklagte ist. In dieser heißt es in der Vorbemerkung:

„Die Parteien interessieren sich für eine Zusammenarbeit in dem Projekt „Aufsuchende Katheterversorgung durch Pflegefachkräfte“; hier insbesondere für die Möglichkeit ... (Name geschwärzt) außerhalb seiner bisherigen Tätigkeit als Angestellter der ... (Klägerin) als Pflegefachkraft anzustellen“.

Wegen weiterer Einzelheiten dieser Vereinbarung wird auf die Anlage 20 (Bl. 97 - 101 d. A.) verwiesen.

Am 10.10.2016 besuchte Herr S. eine Pflegeeinrichtung. Im Kofferraum seines Fahrzeugs befand sich Ware aus dem Eigentum der Klägerin. Angesichts des Umfangs der an Herrn S. in der Vergangenheit gelieferten Ware geht die Klägerin davon aus, dass diese von ihm auf eigene Rechnung bei den Patienten verwendet worden ist. Hierzu hat sie eine eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers K. vorgelegt (Anlage 18, Bl. 92 d. A.), auf die Bezug genommen wird. Am 13.10.2016 besuchte Herr S. eine weitere Pflegeeinrichtung. Auf dem Beifahrersitz seines Fahrzeugs lagen an diesem Tag Kundenlisten der Klägerin mit einem digitalen Quellennachweis sowie weitere Unterlagen aus der Patientenverwaltung der Klägerin, nämlich eine „Wechselliste“, auf der die Termine für den Katheterwechsel aufgeführt sind sowie weitere höchstpersönliche Daten der Patienten. Bei seinen Besuchen in den genannten Pflegeeinrichtungen und weiteren in der 40. und 41. Kalenderwoche teilte Herr S. nicht mit, dass er nicht mehr für die Klägerin tätig sei. Der Durchschnittsumsatz von Herrn S. bei der Klägerin verringerte sich in den Jahren von 2014 bis 2016 von € 550.000,-- über € 480.000,-- auf € 440.000,--. Eine vergleichbare Umsatzeinbuße konnte die Beklagte auch bei Frau K. feststellen. Bei Frau E. sank der Umsatz von € 280.000,-- im Jahr 2015 auf (hochgerechnet auf das Jahr) € 186.000,-- für das Jahr 2016, bei Frau H. von € 170.000,-- (2015) auf € 120.000,-- (hochgerechnet 2016). Bei den weiteren Außendienstmitarbeitern der Klägerin nahmen die Umsätze durchgängig zu, im Schnitt im Umfang von 15 %. Auch Frau K., Frau H. und Frau E. suchten nach dem 12.10.2016 Seniorenheime auf. Sie wiesen jeweils nicht darauf hin, nicht mehr für die Klägerin tätig zu sein.

Am 26.10.2016 erstattete die Klägerin bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige.

Im November 2016 wandte sich die Außendienstmitarbeiterin F. der Klägerin per Mail an den Beklagten. Sie trat dabei unter dem Namen der Firma U. UG auf und bat um Erläuterungen hinsichtlich einer Haftpflichtversicherung. In einer weiteren Mail fragte sie beim Beklagten an, wie lange es noch mit der Abrechnung ihrer ersten Rezepte

dauern werde und mit Mail vom 17.11.2016, wie sie mit dem Tod der Patientin D. umgehen solle. Sie könne diesen nicht in der Datenbank erfassen. Die Patientin D. ist bei der Klägerin nicht bekannt. Sämtliche Mails gingen auf dem dienstlichen Server des Beklagten ein.

Mit Schreiben vom 23.11.2016 verzichtete die Klägerin gegenüber dem Beklagten auf das arbeitsvertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot und kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos. Eine Unterlassungserklärung gab der Beklagte nicht ab.

Darauf hat die Klägerin am 15.12.2016 den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Sie hat behauptet:

Der Beklagte habe zusammen mit den weiteren infolge Eigenkündigung ausgeschiedenen Außendienstmitarbeitern schon seit mindestens 2014 ein paralleles Vertriebssystem an ihrem Unternehmen vorbei unter seiner Leitung aufgebaut. Das ergebe sich unter Berücksichtigung des Inhalts der Seite selbstdiagnostik.com, insbesondere der dort zum Download bereit gestellten Formulare und unter Auswertung des Inhalts der E-Mail vom 03.09.2014. Die Abrechnung der Leistungen solle über die von Familienmitgliedern gegründeten Gesellschaften erfolgen. Während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses seien die nicht über sie abgerechneten Patienten als „Sternchenpatienten“ bezeichnet worden. Frau B. und Herr S. hätten in ihren eidesstattlichen Versicherungen die Abwerbversuche des Beklagten gemeinsam mit Frau K. dargestellt. Bei einem Anruf bei der Staatsanwaltschaft sei ihrem Prozessbevollmächtigten mitgeteilt worden, bei der Durchsuchung bei den betroffenen Außendienstmitarbeitern seien Kunden-/Patientendaten sowie Abrechnungunterlagen vorgefunden worden. Diese Außendienstmitarbeiter hätten bei einem IT-Dienstleister, der Firma H., auf einem Server Daten ihrer (Klägerin) Patienten in einem Datenbanksystem abgespeichert und von dort abgerufen. Nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse setzten die Außendienstmitarbeiter unter Führung des Beklagten ihr Handeln fort und wirkten planvoll und zielgerichtet zusammen, um unter Zuhilfenahme der rechtswidrig erlangten Daten auf eigene Rechnung in Wettbewerb zu ihr zu treten. Damit begehe auch der Beklagte fortgesetzte strafbare Wettbewerbsverstöße

nach § 17 UWG, die er zu unterlassen habe. Die Angelegenheit sei auch eilbedürftig, da ein Dauerverstoß des Beklagten vorliege. Sie habe auch nicht zu lange gewartet, bevor sie die einstweilige Verfügung beantragt habe. Sie habe zwar bereits Ende Oktober 2016 eine Strafanzeige erstattet, hierfür sei aber auch nur ein Anfangsverdacht erforderlich. Ihre weiteren Erkenntnisse habe sie erst sukzessive erlangt und bereits Mitte Dezember das vorliegende Verfahren eingeleitet.

Der Beklagte hat erwidert: Schon wegen seines schlechten gesundheitlichen Zustands sei er seit April 2016 nicht mehr in der Lage, vermeintlich wettbewerbswidrige Handlungen zu begehen. Mit einem Teil der Anträge würde ihm gegenüber faktisch ein Berufsverbot begehrt. Teilweise seien sie auch nicht vollstreckungsfähig. Die Antragschrift beschäftige sich nahezu ausschließlich mit Handlungen ehemaliger Arbeitskollegen. Aus der E-Mail vom 03.09.2014 ergebe sich nicht, dass er irgendwelche wettbewerbswidrigen Handlungen vorgenommen habe. Die vorgelegten Formulare von der Website wiesen keinen Bezug zu ihm auf. Er habe sämtliche bei ihm vorhandenen Unterlagen nach der Kündigung an die Klägerin herausgegeben. Im Übrigen bestehe für die Patienten eine Wahlfreiheit hinsichtlich des Leistungserbringers. Die Klägerin trage auch nicht vor, was er mit einem Wechsel des Leistungserbringers zu tun habe. Er habe keine verkörperten Wiedergaben von Kundendaten erstellt und sich diese weder angeeignet noch verwertet oder verwendet. Zu einem Patientenwechsel trage die Klägerin auch konkret nichts vor. Die Kundendaten seien offenkundige und allgemein bekannte Daten. Die angeblichen Umsatzrückgänge bestreite er mit Nichtwissen. Sie könnten auch andere Gründe haben. Die E-Mails von Frau F. seien ihm - unstreitig - nicht bekannt. Mit der Firma H. habe er nichts zu tun. Deren Server sei nach seiner Kenntnis Anfang November 2016 abgeschaltet worden. Er habe keine Daten vom System der Klägerin abgezogen.

Im Verhandlungstermin vor dem Arbeitsgericht hat der Beklagte an Eides Statt versichert, keinen Zugang zu Daten oder ehemaligen Daten der Klägerin, sei es in EDV-Form, sei es in anderer Form zu haben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag nach mündlicher Verhandlung durch Urteil abgewiesen. Es hat im Wesentlichen eine Wiederholungsgefahr oder Erstbegehungsgefahr der beanstandeten Verhaltensweisen verneint, da der Beklagte nicht selbst tätig geworden sei. Wegen der Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Gegen das am 13.01.2017 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin am 19.01.2017 Berufung eingelegt und diese am 26.01.2017 begründet.

Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus erster Instanz. Ergänzend führt sie aus:

Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass der Beklagte im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit den weiteren Außendienstmitarbeitern planvoll und systematisch eine unlautere Wettbewerbsstruktur unter seiner Leitung aufgebaut habe. Es habe das Vorliegen einer Begehungs-/Wiederholungsgefahr ausschließlich auf der Basis des Handelns des Beklagten gewürdigt und das gemeinsame Vorgehen der Handelnden ignoriert. Aus dem von ihr dargelegten Gesamtzusammenhang werde ersichtlich, dass der Beklagte sich gemeinsam mit den weiteren Mitarbeitern über 2 Jahre einen Bestand an Aufträgen und einen Kundenstamm aufgebaut habe, um nunmehr die Wettbewerbstätigkeit nach Trennung von der Klägerin fortzusetzen. Der Beklagte sei offensichtlich zunächst in ihren Diensten geblieben, um als vermeintlich arbeitsunfähiger Mitarbeiter weiter Zugang zu ihren Informationen zu haben. Offensichtlich habe er als weitere Mitarbeiterin Frau F. angeworben. Das Bestehen dieser Struktur ergebe sich auch aus den weiteren Erkenntnissen der Staatsanwaltschaft. Mittlerweile habe die Firma H. ihrem Prozessbevollmächtigten telefonisch bestätigt, die Daten der Klägerin auf ihrem Server, die dort unter der Internetadresse s..com hinterlegt gewesen seien, gelöscht zu haben. Diese Datenbank sei unter der fachlichen Kompetenz des Beklagten erstellt, der im Zuge seiner Leitungsfunktion sämtliche Abstimmungen zwischen den Kostenträgern und den Hilfsmittellieferanten sowie der Klägerin bekommen und dieses Wissen eingesetzt habe, um selbst eine effektive Vertriebsstruktur aufzubauen. Die im Internet bereit gestellten Formulare seien die rechtlichen Werkzeuge der Kundenabwerbung. Ohne die Nutzung ihrer Daten und die Kenntnis

ihrer Abläufe wären der Beklagte und die weiteren Mitarbeiter nicht in der Lage gewinnbringend zu arbeiten. Es sei zu befürchten, dass der Beklagte noch bis März 2017 uneingeschränkten oder weitgehend uneingeschränkten Zugriff auf die Daten ihrer Kunden gehabt habe (Eidesstattliche Versicherung Niemann).

Ihr gesamter Vortrag sei vom Beklagten erstinstanzlich nicht substantiiert bestritten worden. Sein Vortrag habe sich auf rechtliche Ausführungen beschränkt oder enthalte Unerhebliches. Er wende sich insbesondere auch nicht gegen die durch eidesstattliche Versicherung belegte Behauptung, er habe gegenüber Frau B. und Herrn S. das komplette Betriebsmodell offengelegt. Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass die Handlungen der weiteren Außendienstmitarbeiter dem Beklagten als Mittäter zuzurechnen seien. Vor diesem Hintergrund seien sämtliche nunmehr gestellten Unterlassungsanträge begründet. Bei der Firma D. UG sei Frau Z. über einen Treuhandvertrag an den Beklagten gebunden. Die D. UG halte Geschäftsanteile an der Firma A. UG. Diese wiederum habe die Firma H. beauftragt, den Server für die Geschäfte der Beklagten zu betreiben.

Zur Glaubhaftmachung seines Vortrags hat die Klägerin noch weitere eidesstattliche Versicherungen zur Gerichtsakte gereicht. Auf diese wird ergänzend verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 03.01.2017, Az. 2 Ga 13/16 abzuändern und dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden - und in das Ermessen des Gerichts gestellten - Ordnungsgeldes bis zu 200.000,-- EUR, ersatzweise Ordnungshaft zu unterlassen

- a. unter Nutzung von Wechsellisten der Antragstellerin und/oder insbesondere Listen mit Daten, und/oder Adressen und/oder Daten zu individuellen Pflegeanforderungen und/oder medizinischem Hilfsmittelbedarf von Kunden der Antragstellerin und/oder nicht allgemein bekannten oder öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen der Antragstellerin,

Dritten die Erbringung von Pflegeleistungen und/oder die Belieferung mit medizinischen Hilfsmitteln anzubieten und/oder solche Pflegeleistungen und/oder solche Belieferungen vorzunehmen und/oder Dritten bei solchem Verhalten zu unterstützen;

insbesondere, soweit dies durch elektronisch gespeicherte oder anders - etwa in Papierform - verkörperte Daten der Antragstellerin aus deren Datenbank bzw. deren Datenserver mit nachfolgendem Informationsgehalt,

- i. Stammdaten mit Infofeldern zu Kunden, -anschriften, Telefon- und Fax-nummern sowie E-Mailadressen, Kundennummern, Liefer- und Rechnungsadressen; Pflegeheimbezeichnungen, -anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen sowie der dortigen Ansprechpartnern, Wohnbereiche, Betreuernamen, -anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen sowie aller als Bestandskunden der Antragstellerin, Altkunden und Interessenten, gelisteten Geschäftspartnern der Antragstellerin, Angaben über Art und Umfang sowie zeitlichen Intervalle des Bedarfs an medizinischen Hilfsmitteln; Krankenkassen des Kunden und behandelnde Ärzte;
- ii. Kunden und/oder Patientenlisten über Kunden der Antragstellerin mit Kundennummer, Kundenart, KG, Geburtsdatum und Kundennamen und Vornamen; Touren und/oder Wegelisten,
- iii. Arzt- und Verordnerlisten, Arzt-Patientenlisten, Ärzte/Verordner Rezeptanforderungslisten, Pflegeheim- und Betreuerlisten, Pflegeheim-Wechselisten, Pflegeheim-Besuchslisten; Regionenlisten und Krankenkassenlisten mit Namen, Anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mailadressen;
- iv. Auftragsdaten mit Auftragsnummern (orders_id) Kunden und Kundennummer (customers_id), Lieferscheinnummern und Lieferscheindruckdatum;
- v. Auftragsdaten mit Produkt-Identnummern, Produktbeschreibungen, Liefermengen und Wechseldaten, Lieferantenbestelltext; PZN;
- vi. Produktdaten mit Lagerbestandsdaten, Bestellnummern, Produktbezeichnung, Referenzdaten, Liefer-ID und Lieferantenbezeichnung;
- vii. Statistik- und Listendaten, nämlich Produktstatistiken, Inventurlisten, Lagerlisten, Packlagerfächer, bedruckte Rezepte, Rechnungen, Auftrags- und Rezeptumsätze, Umsätze und Wechsel, Auftragsstatistik, Krankenkassenstatistik, Auftragswerte, Krankenkassenausnahmen, Controlling-Aufträge;
- viii. Informationen über die Historie der Umsätze aller Kunden der Antragstellerin, zuordenbar nach Anschrift des Kunden, nach Region, Land und Postleitzahl, Geschäftsfeld, Artikel und Geschäftsbereich;
- ix. Protokolle von Versorgungsbesuchen bei Kunden;
- x. Vertrags- und Kooperationsvereinbarungen, vertrauliche Provisionsberechnungsblätter und Vergütungsentwicklungspläne der Antragstellerin;
- xi. Daten der Budgetplanung der Antragstellerin einschließlich Planungen für die Zukunft betreffend den Geschäftsbereich Katheterwechsel;

- xii. Dateien beinhaltend Spezifikationsvorlagen der Antragstellerin für auszuliefernde medizinische Hilfsmittel an Kunden der Antragstellerin;

geschieht;

- b. gegenüber bisherigen Kunden der Antragstellerin den Vertrieb und/oder die Hilfestellung beim Wechsel von medizinischen Hilfsprodukten für Verbraucher und/oder Pflegeeinrichtungen anzubieten und/oder auszuführen oder anbieten zu lassen, oder ausführen zu lassen, ohne hierbei dem jeweiligen Kunden bei dem Angebot und vor der Ausführung der Leistung aufzuklären, dass er nicht für die Antragstellerin tätig ist, sondern auf eigenem Namen und Rechnung oder auf Namen und Rechnung eines anderen Unternehmens,
- c. für die Antragstellerin nichtselbständige Beschäftigte, geringfügig Beschäftigte und/oder sonstige Erfüllungsgehilfen der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, Kunden der Antragstellerin aus deren Systemen und/oder der Datenbank zu löschen oder auszutragen, um diese dann anstatt der Antragstellerin selbst durch Dritte zu beliefern und Wechseldienstleistungen zu erbringen und diese Belieferungen und/oder Leistungen auf eigenen oder fremden Namen und Rechnung, jedenfalls nicht auf Namen und Rechnung der Antragstellerin abzurechnen und die abgerechneten Gelder zu vereinnahmen;
- d. für die Antragstellerin nichtselbständig Beschäftigte, geringfügig Beschäftigte und/oder sonstige Erfüllungsgehilfen der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, unter unbefugter Beschaffung und/oder Sicherung und/oder Mitteilung von Daten an Dritte i. S. d. vorstehenden Ziff. 1 c. das Arbeits- oder sonstige Leistungsverhältnis zu der Antragstellerin zu kündigen, um hiernach aus der unbefugten Beschaffung und/oder Sicherung und/oder Mitteilung von Daten an Dritte i. S. d. vorstehenden Ziff. 1 c eigenwirtschaftlichen und/oder zum wirtschaftlichen Vorteil Dritter Nutzen zu ziehen;
- e. für die Antragstellerin nichtselbständig Beschäftigte und/oder geringfügig Beschäftigte der Antragstellerin zu verleiten oder zu verleiten versuchen, neben der Beschäftigung bei der Antragstellerin im Wettbewerb zu dieser und zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil oder zum wirtschaftlichen Vorteil Dritter Kunden die Versorgung mit Medizinprodukten anzubieten und diese zu versorgen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er erwidert:

Ihm sei nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Wettbewerb erlaubt. Für etwaige wettbewerbswidrige Handlungen seiner ehemaligen Arbeitskollegen könne er nicht

zur Verantwortung gezogen werden. Der Vorwurf der Mittäterschaft sei haltlos konstruiert. Er bestreite, dass die ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin jemanden in die Irre geführt hätten oder sonstige wettbewerbsrechtlich bedenkliche Handlungen begangen hätten. Er selbst habe keine wettbewerbsrechtlich bedenkliche Struktur oder eine „Schattenorganisation“ aufgebaut. Er könne auch lediglich zu substantiiertem Vorbringen Stellung nehmen. Soweit sich das Vorbringen der Klägerin mit ihm beschäftige, sei es unsubstantiiert und nicht einlassungsfähig. Im Hinblick auf den von der Klägerin erklärten Verzicht auf das Wettbewerbsverbot ergebe sich, dass Handlungen in der Vergangenheit aus dem Jahr 2014 nicht relevant seien. Zu den E-Mails von Frau F. könne er nichts sagen, da sie ihn nicht erreicht hätten. Diese stehe auch weiter im Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin. Die angebliche Besonderheit der Formulare auf der Internetseite erschließe sich nicht. Er sei seit April 2016 arbeitsunfähig und nicht mehr im Betrieb der Klägerin gewesen. Eine Auswertung der von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmten Gegenstände sei im Übrigen noch nicht erfolgt. Er wiederhole, dass er keinerlei Unterlagen der Klägerin mehr im Besitz habe und auch keinen Zugang zu Daten der Klägerin in EDV-Form oder anderer Form. Die Klägerin habe beim Integrationsamt selbst andere Gründe für den Umsatzrückgang angegeben als im vorliegenden Verfahren. Schließlich fehle es auch am Verfügungsgrund, da die Klägerin bereits am 26.10.2016 Strafanzeige erstattet habe und daher auch bereits an diesem Tag einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hätte stellen können.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im Einzelnen wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Die Klage ist mit allen Anträgen zulässig und begründet.

A.

Die Anträge sind zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt i. S. des § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO.

Dies gilt auch für den Antrag zu 1a. Mit dem Antrag soll es dem Beklagten untersagt werden Dritten die Erbringung von Pflegeleistungen und/oder die Belieferung mit medizinischen Hilfsmitteln anzubieten und/oder solche Pflegeleistungen und/oder solche Belieferung vorzunehmen und/oder Dritte bei solchem Verhalten zu unterstützen, soweit er dabei Wechsellisten der Klägerin, und/oder Listen mit Daten und/oder Adressen und/oder Daten zu individuellen Pflegeanforderungen und/oder medizinischem Hilfsmittelbedarf von Kunden der Klägerin und/oder nicht allgemein bekannten oder öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen der Klägerin nutzt. Damit soll im Ergebnis dem Beklagten jede Nutzung vertraulicher Daten der Klägerin untersagt werden. Gegen die Bestimmtheit eines derartigen Begehrens bestehen keine Bedenken. Soweit die Klägerin unter **i.** bis **xii.** im Einzelnen spezifiziert, welche ihrer Informationen schützenswert sind, steht das der Bestimmtheit des Antrags nicht entgegen. Vielmehr handelt es sich in den einzelnen Unterabsätzen jeweils um Informationsträger mit Angaben, an deren Geheimhaltung die Beklagte ein konkretes Interesse hat und die im Einzelnen konkret benannt sind. Das gilt auch, soweit der Beklagte erstinstanzlich gerügt habe, er halte den Unterpunkt **ix.** mit dem Inhalt "Protokolle von Versorgungsbesuchen bei Kunden" für nicht hinreichend bestimmt, allerdings ohne dies näher zu erläutern.

Gegen die Anträge zu 1b. bis e. bestehen ebenfalls keine Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit. Diese sind auch vom Beklagten nicht erhoben worden.

B.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch mit allen Anträgen begründet. Für alle Anträge bestehen sowohl Verfügungsanspruch, als auch Verfügungsgrund.

I.

Dies gilt zunächst für den Antrag zu 1a.

1. Der Verfügungsanspruch der Klägerin folgt insoweit aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. d. §§ 3, 4 Nr. 3c UWG.

a) Nach diesen Vorschriften kann derjenige, der eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr von jedem Mitbewerber auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Unzulässig sind gemäß § 3 Abs. 1 UWG unlautere geschäftliche Handlungen. Unlauter handelt gemäß § 4 Nr. 3c UWG derjenige, der Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat.

Schuldner dieses Unterlassungsanspruchs ist der Täter. Täter ist dabei derjenige, der den objektiven Tatbestand einer Zuwiderhandlung i. S. d. § 3 adäquat kausal verwirklicht oder zu verwirklichen droht. Der Begriff ist dem allgemeinen Deliktsrecht (§ 830 BGB) entlehnt, das wiederum an die entsprechenden strafrechtlichen Begriffe anknüpft. Innerhalb des Täterbegriffs sind mehrere Formen der Tatbestandsverwirklichung zu unterscheiden. Täter ist neben demjenigen, der die Zuwiderhandlung selbst begeht auch der Mittäter. Mittäterschaft setzt dabei eine gemeinschaftliche Begehung (§ 830 Abs. 1 S. 1 BGB), also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus (Köhler/Bornkamp, UWG, 31. Aufl. 2013, § 8 UWG, Rn 2.4).

Der Unterlassungsanspruch ist gemäß den §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen. Gemäß § 294 Abs. 1 ZPO kann derjenige, der eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, sich aller Beweismittel bedienen und auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden. Glaubhaft gemacht ist ein Sachverhalt, wenn das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des vorgetragenen Geschehensablaufs überzeugt ist (BGH, Beschl. v. 20.03.1996 - VIII ZB 7/96 - Juris, Rn 15).

b) Die Voraussetzungen dieses Unterlassungsanspruchs liegen vor. Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass der Beklagte Mittäter einer unlauteren Handlung nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist. Es besteht auch die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr. Die Klägerin ist aktivlegitimiert.

aa) Nach dem Vortrag der Klägerin und unter Berücksichtigung der Einlassungen des Beklagten ist für das Berufungsgericht glaubhaft, dass der Beklagte Mittäter einer unlauteren Handlung i. S. d. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist.

(1) Der Beklagte hat gemeinschaftlich jedenfalls mit den Außendienstmitarbeitern S., K. und E. eines oder mehrere Konkurrenzunternehmen zur Klägerin aufgebaut und dabei die im Antrag zu 1a. genannten vertraulichen Unterlagen der Klägerin genutzt. Dieser gemeinschaftliche Tatplan wird durch zahlreiche unstreitige Tatsachen sowie mehrere eidesstattliche Versicherungen, die die Klägerin vorgelegt hat, belegt. Im Einzelnen gilt insoweit Folgendes:

(a) Die Mitarbeiterin B. der Klägerin hat an Eides statt versichert, der Beklagte habe ihr erklärt, er glaube an die Zukunft der Fa. M. nicht mehr und mache sich darüber Gedanken, wie im Falle eines Wegfalls dieser Firma die Patientenversorgung weitergeführt werden könne. Sie hat weiter ausgeführt, Frau K. habe ihr das System der sogenannten „Sternchenpatienten“ erklärt, deren Rezepte nicht an die Firma der Klägerin gesandt werden sollten. Schließlich schildert Frau B. in ihrer eidesstattlichen Versicherung konkret ein Gespräch vom 09.03.2016. An diesem Tag wurde sie von dem Beklagten zusammen mit Frau K. aufgesucht und hat nach ihren eidesstattlich versicherten Erklärungen das Angebot vom Beklagten erhalten, mit ihm und weiteren Mitarbeitern sich von der Firma M. zu lösen. Die Anstellung solle dann über die Firma B. UG erfolgen. In der Folge habe noch ein weiteres Gespräch „an einem Samstag“ bei den Eheleuten K. stattgefunden.

(b) Diese Angaben in der eidesstattlichen Versicherung von Frau B. hat in ähnlicher Art und Weise auch Herr S. in seiner eidesstattlichen Versicherung gemacht. Auch er bestätigt, dass ihm der Beklagte nach Unterzeichnung einer Vertraulichkeitsvereinbarung wie bei Frau B. angeboten habe, gemeinsam mit Frau E., Frau K. und Herrn S.

außerhalb der Firma M. Patienten mit Kathetern zu versorgen und Katheter zu wechseln. Der Beklagte habe erklärt, dies laufe schon seit ein bis zwei Jahren. Das entsprechende Anwerbungsgespräch habe am 19.07.2016 bei Mc Donalds in P. stattgefunden. Auch Herr S. bestätigt im Übrigen, dass er von Frau K. ergänzende Tourenlisten bekommen habe, die nicht im System der Klägerin erfasst gewesen seien. Er habe an einzelnen Tagen ausschließlich „Sternchenpatienten“ versorgt, die nicht im System der Klägerin geführt worden seien.

Aus diesen eidesstattlichen Versicherungen wird ein Konzept der handelnden Personen, darunter der Beklagte, deutlich, dass darauf ausgerichtet war, Patienten der Klägerin auf eigene Rechnung zu behandeln und diese über die von den Familienmitgliedern gegründeten Unternehmergesellschaften abzurechnen. Das belegt auch die vorgelegte Geheimhaltungsvereinbarung, deren Partei auch der Beklagte ist. Danach ging es um die Möglichkeit eines Mitarbeiters „außerhalb seiner bisherigen Tätigkeit als Angestellter der Firma M. GmbH in F., als Pflegefachkraft anzustellen“.

Den konkreten Darlegungen der Klägerin, die sich insoweit auf die entsprechenden eidesstattlichen Versicherungen bezogen hat, ist der Beklagte nicht - auch nicht nach entsprechendem Hinweis des Berufungsgerichts im Verhandlungstermin, dass der Inhalt der eidesstattlichen Versicherungen einlassungsfähig sei - konkret entgegengetreten. Soweit er über seinen Prozessbevollmächtigten im Termin hat ausführen lassen, es sei im Wesentlichen um Gespräche vor dem Hintergrund einer möglicherweise unerlaubten Patientenbetreuung gegangen, blieb sein Vortrag derart allgemein, dass die Klägerin hierauf nicht weiter eingehen musste. Der Beklagte hat zwar auch erstinstanzlich und noch einmal im Berufungstermin auf die neu in Kraft getretenen § 299 a StGB und § 299 b StGB hingewiesen. Einen konkreten Bezug zu Tathandlungen der Klägerin hat er aber zu keinem Zeitpunkt hergestellt. Ein solcher ist auch für das Berufungsgericht nicht ersichtlich.

Demgegenüber ist der Beklagte auch im Berufungstermin mit keinem Wort auf die ihm vorgeworfenen - massiven - Abwerbeversuche durch Frau K. und ihn gegenüber den beiden Mitarbeitern eingegangen. Seine Behauptung, Gespräche nur bis zu seinem Schlaganfall im April 2016 geführt zu haben, beurteilt die Kammer nicht als

glaubhaft. Sie wird widerlegt durch die eidesstattliche Versicherung des Herrn S., der auf ein Gespräch am 19.07.2016 bei Mc Donalds in P. abstellt und dieses detailliert beschreibt. Hier hätte der Beklagte wesentlich mehr, ausführlicher und auf die Vorwürfe eingehend zum Inhalt dieses Gesprächs vortragen müssen.

(c) Der gemeinschaftliche Tatplan wird neben den eidesstattlichen Versicherungen von Frau B. und Herrn S. noch durch zahlreichen weiteren glaubhaft gemachten Vortrag der Klägerin belegt. So haben die Mitarbeiter K., S. und E. sowie die Lebensgefährtin des Beklagten in den Jahren 2014 und 2015 unstreitig Unternehmersgesellschaften gegründet. Dem Vortrag der Klägerin, diese dienten der Abrechnung der an der Klägerin vorbei erbrachten Leistungen, ist der Beklagte nicht entgegengetreten. Dies wäre ihm jedenfalls im Hinblick auf die D. UG seiner Lebensgefährtin ohne weiteres möglich gewesen, so dass der entsprechende Vortrag der Klägerin als zugestanden gilt. Hinzukommt, dass die Klägerin mit Schriftsatz vom 20.03.2017 durch eine Fotokopie des Treuhandvertrags der Lebensgefährtin des Beklagten mit diesem ein Treuhandverhältnis betreffend die Unternehmensanteile der D. UG glaubhaft gemacht hat. Ferner hat sie durch Vorlage des Entwurfs eines Gründungsprotokolls für die Firma A. UG unter Beteiligung der D. UG belegt, dass der Beklagte die Speicherung der Daten der Klägerin auf dem Server der Firma H. mittelbar veranlasst hat. Unstreitig hat die Firma A. der Firma H. den entsprechenden Auftrag erteilt.

Soweit der Kläger diesen Vortrag im Berufungstermin als verspätet bestritten und insoweit Schriftsatznachlass begehrt hat, verkennt er, dass das Verfahren als einstweilige Verfügung betrieben wird. Im einstweiligen Verfügungsverfahren finden weder die Verspätungsvorschriften des § 296 ZPO noch die Vorschrift zum Schriftsatznachlass nach § 283 ZPO Anwendung (Zöller, 30. Aufl., § 283, Rn 2; § 922 Rn 15). Das Berufungsgericht hat dem Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör dadurch Rechnung getragen, dass es die Sitzung im Berufungstermin zur Beratung des neuen Vorbringens unterbrochen hat. Der Beklagte hat eine Stellungnahme zu dem Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 20.03.2017 gerade nicht abgegeben, sondern sich ausschließlich zu den eidesstattlichen Versicherungen der Frau B. und des Herrn S. geäußert.

Dem Beklagten war es auch zuzumuten zum Schriftsatz vom 20.03.2017 Stellung zu nehmen. Konkret ging es dort um Stellungnahmen zum Treuhandvertrag und zu den vertraglichen Beziehungen der D. UG mit der Firma A. und der Firma H. sowie zu den Erklärungen von Frau F.. Das hätte im Rahmen der Unterbrechung ohne weiteres mit dem Prozessbevollmächtigten geklärt werden können, ggf. hätte eine längere Pause beantragt werden können.

(d) Ebenfalls für den Vortrag der Klägerin vom gemeinschaftlichen Vorgehen des Beklagten mit seinen weiteren Außendienstmitarbeitern spricht der Inhalt der Plattform Selbstdiagnostik, für die der Beklagte Administratorenrechte besitzt, wie sich ohne weiteres aus der E-Mail vom 03.09.2014 (Anlage 5, Bl. 64 f. d. A.) ergibt. Der Beklagte verteilt in dieser E-Mail Passwörter und Zugangsberechtigungen; die internen Mailadressen, die in dieser E-Mail angegeben sind, weisen auch den Beklagten aus.

Diese Plattform bot ersichtlich die Grundlage für die Verwaltung und Abrechnung der auf eigene Rechnung getätigten Geschäfte. Das belegen etwa die Wechselerklärung (Bl. 66 f. d. A.) sowie diverse Versichertenerklärungen (Bl. 67 - 73 d. A.), die dazu benötigt werden, damit Patienten von der Klägerin zum Beklagten bzw. den weiteren Außendienstmitarbeiter S., K. und E. „umgeleitet“ werden konnten.

Hierfür spricht im Übrigen auch der Inhalt der E-Mail selbst, wenn dort der Beklagte den Begriff „Beute“ als Ergebnis eines generierten Auftrags bezeichnet. Unter „Beute“ versteht man typischerweise das Ergebnis eines Raubzuges. Das beschreibt das Vorgehen des Beklagten und seiner Mittäter durchaus zutreffend. Dass das alles in durchaus böser Absicht geschah, wird auch aus dem Hinweis an Herrn S. in der E-Mail deutlich, dieser solle sich keine Favoriten anlegen oder Verknüpfungen der Adresse S..com zum Firmenrechner herstellen. Es ging um Geheimhaltung vor der Klägerin und das im Übrigen auch schon lange vor Inkrafttreten der §§ 299 a, 299 b StGB am 04.06.2016.

Der Beklagte selbst hat sich zum Inhalt dieser E-Mail nicht konkret eingelassen. Soweit er meint, dieser lasse keine Rückschlüsse auf wettbewerbsrechtliche Handlun-

gen zu, teilt das Berufungsgericht diese Auffassung aus den dargelegten Gründen nicht.

(e) Für ein gemeinschaftliches Vorgehen der weiteren Außendienstmitarbeiter spricht auch, dass diese - anders als alle anderen Außendienstmitarbeiter - wie die Klägerin durch die eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers K. vom 21.10.2016 (Anlage 18, Bl. 92 d. A.) glaubhaft gemacht hat, im Vergleich zu den Vorjahren rückläufige Umsätze verzeichnen. Das verstärkt den Verdacht, dass diese an der Klägerin vorbei Patienten auf eigene Rechnung behandeln.

(f) Ferner wird das gemeinschaftliche Vorgehen der Arbeitnehmer S., K., E. und insoweit auch H. dadurch belegt, dass deren fristlose Kündigungen vom 01.10.2016 wortidentisch abgefasst und im Hinblick auf das gemeinsame Erklärungsdatum ersichtlich untereinander abgesprochen worden sind.

(2) Jedenfalls diese Außendienstmitarbeiter bieten nunmehr nach Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse eine der Dienstleistung der Klägerin nachgeahmte Dienstleistung „i. S d. § 4 Nr. 3 lit. c UWG an und haben die dafür erforderlichen Unterlagen unredlich erlangt.

(a) Die Klägerin hat durch die eidesstattliche Versicherung des Herrn K. (Anlage 15, Bl. 86 f. d. A.) sowie diverse von diesem gefertigte Fotos glaubhaft gemacht, dass Herr S. am 13.10.2016 - nach seiner fristlosen Eigenkündigung - Geschäftsunterlagen der Klägerin in seinem Auto abgelegt hatte. Die vorgelegten Fotos belegen die sogenannten Patientenwechsellisten, auf die nach dem Inhalt der eidesstattlichen Versicherung Außenstehende keinen Zugriff haben. Ferner weist ein Foto ein Dokument aus der Patientenverwaltung der Klägerin aus. Schließlich sind auf den Fotos diverse Notizzettel mit dem Logo der Klägerin zu erkennen.

Ferner hat Herr K. an Eidesstatt versichert, dass Herr S. in den Pflegeeinrichtungen „Seniorenwohnanlage R.“, „T. Diakoniewerk“, „Domicil am H.“ und „Seniorenzentrum ...“ erschienen ist und dort Katheterwechsel vorgenommen habe.

(b) Auch die weiteren Außendienstmitarbeiter K., H. und E. haben nach der eidesstattlichen Versicherung des Detektivs R. (Anlage 16, Bl. 89 f. d. A.) nach ihrer Eigenkündigung weiter Senioreneinrichtungen aufgesucht. Die Tatsache, dass sie ebenfalls auf Grundlage der Daten zum Katheterwechsel bei den Patienten der Klägerin - aber auf eigene Rechnung - den Katheter wechselten, liegt ausgesprochen nahe.

(3) Der Beklagte haftet für die Wettbewerbsverstöße der Außendienstmitarbeiter K., H., E. und S. als Mittäter. Er wirkt in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit diesen Außendienstmitarbeitern zusammen. Das Bestehen eines gemeinsamen Tatplans wird durch die eidesstattlichen Versicherungen von Herrn S. und Frau B. hinreichend deutlich glaubhaft gemacht. Der Beklagte war es, der gemeinsam mit Frau K. versucht hat, die beiden Angestellten der Klägerin abzuwerben. Er wird von beiden als treibende Kraft der Abwerbeversuche dargestellt. Hinzukommt, dass der Beklagte Administratorenrechte für die Website besitzt, auf deren Grundlage der wirtschaftliche Erfolg der Konkurrenzunternehmen beruht. Er war, wie sich aus den E-Mails von Frau F. (Bl. 130 - 132 d. A.) an ihn ergibt, auch im November 2016 noch für die administrative Seite des Vorhabens verantwortlich. Frau F. hat sich mit administrativen Fragen wegen der Konkurrenzfähigkeit an ihn gewandt. Das belegt der Inhalt der Anfragen von Frau F.. Dort geht es etwa um den Abschluss einer Haftpflichtversicherung oder wie sie den Tod eines Patienten im System erfassen soll. Die Anfragen von Frau F. an den Beklagten können nur vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Konkurrenzfähigkeit verstanden werden. Der Beklagte war im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin im November 2016 schon seit mehr als sechs Monaten arbeitsunfähig erkrankt.

(4) Da der Beklagte als Mittäter in Anspruch genommen wird, kommt es nicht darauf an, ob er die im Antrag zu 1a genannten Daten in Papierform oder digitaler Form noch in Besitz hat. Zwar sind unstreitig die bei der Firma H. hinterlegten Daten mittlerweile gelöscht. Solange aber nicht feststeht, dass Daten der Klägerin sich nicht mehr außerhalb des ausschließlichen Verfügungsbereichs der Klägerin befinden, darf der Beklagte sie nicht verwenden. Insbesondere darf er sie sich auch nicht etwa

von seinem Mittäter S. verschaffen, der Wechsellisten in schriftlicher Form in seinem Besitz hat oder hatte.

bb) Die gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr liegt vor. Sie wird durch die Verwendung der Wechsellisten und anderer vertraulicher Unterlagen durch Herrn S. tatsächlich vermutet (vgl. Juris PK-UWG-Ullmann, § 8 UWG, Rn 33). Die Wiederholungsgefahr wird auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass der Beklagte seit April 2016 arbeitsunfähig erkrankt ist. Dieser Erkrankung stand ersichtlich weder einer Teilnahme am Gerichtstermin, noch an dem glaubhaft gemachten Gespräch vom 19.07.2016 mit Herrn S. entgegen. Nicht erforderlich ist aus den bereits dargestellten Gründen, dass der Kläger selbst aktiv Patienten mit Kathetern versorgt. Insofern reichen seine Handlungen als Systemadministrator und Mittäter, um ihn auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen.

cc) Die Klägerin ist als Mitbewerberin für den Anspruch aktiv legitimiert, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

dd) Die Unterlassungsverfügung führt auch nicht zu einem faktischen Berufsverbot für den Beklagten. Diesem wird nur die Erbringung von Pflegedienstleistungen unter Nutzung vertraulicher Daten und/oder nicht öffentlich zugänglicher Geschäftsunterlagen der Klägerin untersagt. Im Übrigen unterliegt seine Tätigkeit keinen Einschränkungen.

2. Es besteht auch der erforderliche Verfügungsgrund.

Gemäß § 12 Abs. 2 UWG können zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung einstweilige Verfügungen auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden. Danach müssen die in den §§ 935, 940 ZPO geregelten Dringlichkeitsvoraussetzungen bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nicht glaubhaft gemacht werden, die Dringlichkeit wird vielmehr vermutet (Juris PK-UWG-Hess, § 12 UWG, Rn 120). Diese Vermutung ist im vorliegenden Fall nicht widerlegt worden.

Allerdings hat derjenige, der in Kenntnis der maßgeblichen Umstände und der ihm fortdauernd drohenden Nachteile ohne überzeugenden Grund längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs verzögert, zu erkennen gegeben, dass die Sache für ihn nicht so eilig ist. In diesen Fällen lässt sich die Dringlichkeit nicht mehr vermuten (Juris PK, a. a. O., Rn 122). Für die Frage, ob ein Untätigbleiben über eine längere Zeit in diesem Sinne vorliegt, gibt es aber keine starren Fristen. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls. Danach ist vorliegend nicht von einer Selbstwiderlegung des Eilbedürfnisses auszugehen. Die Klägerin hat die Strafanzeige am 26.10.2016 erstattet. Am 01.12.2016 hat sie den Beklagten zur Abgabe der nach § 12 Abs. 1 UWG geforderten strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung aufgefordert und nach dem dieser innerhalb Wochenfrist keine Erklärung abgegeben hat binnen einer weiteren Woche den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung beim Arbeitsgericht gestellt, nämlich am 15.12.2016. Zwischen der Strafanzeige und dem weiteren Handeln der Klägerin liegt damit knapp mehr als ein Monat, bis zum Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ca. sieben Wochen. Das ist kein besonders langer Zeitraum im Sinne der oben genannten Rechtsprechung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um eine ausgesprochen komplexe Angelegenheit handelt mit mehreren Tätern, deren Handeln von der Klägerin durch Vorlage diverser eidesstattlicher Versicherungen glaubhaft zu machen war. Die Klägerin durfte hier insbesondere im Hinblick auf die von ihr erstattete Strafanzeige abwarten, ob von der Staatsanwaltschaft weitere Ermittlungen eingeleitet würden, insbesondere die dann auch tatsächlich stattgefundenen Durchsuchung und Beschlagnahme erfolgen würde. Hätte sie den Antrag vorzeitig gestellt, wären der Beklagte und die weiteren Täter gewarnt worden und hätten vor der Durchsuchung ihrer Räume möglicherweise Beweise vernichtet.

II.

Auch der Antrag zu 1b. ist begründet.

1. Der Verfügungsanspruch der Klägerin folgt aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. d. §§ 3, 4 Nr. 3a UWG. Gemäß § 4 Nr. 3a UWG handelt unlauter, wer Dienstleistungen

anbietet, die eine Nachahmung der Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt.

a) Die Mittäter des Beklagten haben in der Vergangenheit unlauter in diesem Sinne gehandelt.

Durch die eidesstattliche Versicherung des Herrn K. ist glaubhaft gemacht, dass Herr S. in diversen Pflegeheimen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin erschienen ist und dort Katheterwechsel durchführte ohne in irgendeiner Form erkennen zu lassen, dass er nicht mehr als Angestellter der Klägerin erscheint und Leistungen erbringe. Insbesondere, so versichert Herr K. weiter, habe Herr S. dem Pflegepersonal keine neue oder auf einen anderen Leistungserbringer geänderte ärztliche Delegation für diese Leistungen gezeigt.

Darüber hinaus hat Herr S. in seiner eidesstattlichen Versicherung angegeben, am 20.10.2006 habe die Dienstleitung des Alten- und Pflegeheims M. ihm mitgeteilt, Frau E. habe von ihrer Kündigung bei der Klägerin nichts gesagt.

Durch das Schweigen über die Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der Klägerin haben Frau E. und Herr S. eine vermeidbare Täuschung der Patienten über den Anbieter der Dienstleistungen betreffend den Katheterwechsel herbeigeführt.

b) Aufgrund dieser Täuschungen in der Vergangenheit wird die vom Unterlassungsantrag geforderte Wiederholungsgefahr tatsächlich vermutet.

c) Als Mittäter ist auch der Beklagte zur Unterlassung verpflichtet. Auch insoweit werden ihm die tatsächlichen Handlungen von Frau E. und Herrn S. zugerechnet. Wegen des Vorliegens der weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2. Der erforderliche Verfügungsgrund besteht. Insoweit wird auf die Ausführungen zu **I. 2.** Bezug genommen.

III.

Auch der Antrag zu 1c. ist begründet.

1. Der Verfügungsanspruch der Klägerin folgt aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 3 UWG.

a) Wie bereits ausgeführt hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass die Mittäterin des Beklagten K. ein System mit sogenannten „Sternchenpatienten“ eingeführt hat und dass es sich bei diesen Sternchenpatienten um solche handelte, die zwar von den Mitarbeitern der Klägerin behandelt, aber von Frau K. auf eigene Rechnung abgerechnet wurden. Frau F. hat darüber hinaus dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin erklärt, sie habe eine W. Praxis mit ca. 20 Patienten übernommen und die Daten dieser Patienten, die ersichtlich von der Klägerin, der Arbeitgeberin der Frau F., versorgt werden sollten in das Datensystem des Verfügungsbeklagten eingegeben.

Das Berufungsgericht hält diesen Vortrag für glaubhaft. Zwar hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hinsichtlich der Richtigkeit des Inhalts des Telefonats mit Frau F. keine eidesstattliche Versicherung abgegeben. Das Gericht ist von diesem Vortrag jedoch unter Würdigung des gesamten Sach- und Streitstands jedenfalls soweit überzeugt, als es ihn für glaubhaft hält. Den Sachverhalt, den Frau F. dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin geschildert hat, fügt sich nahtlos in das Bild einer gezielten Kundenabwerbung ein, wie es sich aus dem Gesamtverhalten des Beklagten und seiner Mittäter ergibt. Darüber hinaus geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein Vortrag den ein Rechtsanwalt als Gegenstand eigener Wahrnehmung im Einzelnen dezidiert vorträgt, zunächst einmal glaubhaft ist. Der Beklagte hat sich zu dem Inhalt des Schriftsatzes vom 20.03.2017 nicht erklärt, obwohl ihm das Gericht hierfür ausdrücklich Gelegenheit gegeben hat.

Damit hat die Klägerin eine unlautere „Umleitung“ von Kunden der Klägerin auf Dritte glaubhaft gemacht und zugleich belegt, dass diese durch den Beklagten veranlasst worden ist.

b) Wegen der weiteren Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

2. Wegen des Verfügungsgrundes wird ebenfalls auf die obigen Ausführungen verwiesen.

IV.

Der Antrag zu 1d. ist ebenfalls begründet.

1. Der Verfügungsanspruch der Klägerin folgt aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 3 UWG.

a) Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass der Beklagte versucht hat die Arbeitnehmerin F. zu verleiten unter Sicherung der Daten der Klägerin, nämlich der Patientendaten der Arbeitnehmerin F., ihr Arbeitsverhältnis zur Klägerin zu kündigen um danach zu einem Unternehmen des Beklagten oder einer seiner Mittäter zu wechseln. Dass Frau F. ihr Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Beklagten wechseln sollte, wird durch ihre E-Mail vom 14.11.2016 deutlich. Dort heißt es ausdrücklich: „Ich brauch jetzt mal ein bisschen Planungssicherheit wenn ich zum Ende des Monats kündigen möchte.“ Dass sie zu dieser Entscheidung durch die wiederholten Gespräche mit dem Beklagten gekommen ist, hat Frau F. ausweislich des Schriftsatzes vom 20.03.2017 dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin ausdrücklich dargelegt. Es ist nach den vorstehenden Ausführungen damit glaubhaft gemacht. Dieses Verhalten ist unlauter im Sinne von § 3 UWG.

b) Wegen der weiteren Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2. Wegen des Verfügungsgrundes wird ebenfalls auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

V.

Schließlich ist auch der Antrag zu 1e. begründet.

1. Auch insoweit folgt der Verfügungsanspruch der Klägerin aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG i. V. m. § 3 UWG.

a) Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass der Beklagte zusammen mit Frau K. versucht hat, Frau B. und Herrn S. dazu zu bestimmen, neben ihrer Beschäftigung bei der Klägerin weitere Patienten mit Kathetern zu versorgen, um damit Einkommen für die B. UG zu erzielen, dies zum Vorteil im konkreten Fall von Frau K..

Der entsprechende Sachverhalt wird durch die eidesstattliche Versicherungen von Frau B. und Herrn S. belegt, die genau diesen Anwerbeversuch durch den Beklagten und Frau K. beschreiben. Das Vorgehen der Beklagten ist unlauter im Sinne von § 3 UWG.

b) Auch insoweit wird hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2. Wegen des Verfügungsgrundes wird ebenfalls auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

C.

Im Hinblick auf die Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidungen war auch über die Kosten erster Instanz neu zu befinden. Da die Klägerin im Ergebnis mit fünf von sechs Anträgen obsiegt hat, sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens entsprechend § 92 Abs. 1 ZPO verteilt worden.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO. Gegen diese Entscheidung gibt es gemäß § 72 Abs. 4 ArbGG kein Rechtsmittel.

gez. ...

gez. ...

gez. ...