

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 7. März 2014

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Dr. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2014 (ET130045)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ZPO in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 DSGVO und Art. 28a ZGB mit sofortiger Wirkung zu verbieten, an das U.S. Department of Justice ('DOJ') Personendaten der Gesellschaft A._____ AG sowie deren Partner und Mitarbeiter zu übermitteln, dies unter Androhung der Bestrafung der Organe der Gesuchsgegnerin wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 StGB (Busse) im Widerhandlungsfalle.
2. Es sei dem Antrag gemäss Ziffer 1 gestützt auf Art. 265 ZPO im Sinne einer superprovisorischen Verfügung zu entsprechen.

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. September 2013:

(act. 5a S. 8)

1. Der Gesuchsgegnerin wird im Sinne einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung verboten, an das U.S. Department of Justice (DoJ) Personendaten der Gesellschaft A._____ AG sowie deren Partner und Mitarbeiter zu übermitteln. Im Widerhandlungsfalle werden die Organe der Gesuchsgegnerin wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit Busse bis zu CHF 10'000.00 bestraft.
2. Die Parteien werden demnächst zu einer Verhandlung vorgeladen den.
3. Die Gesuchsgegnerin kann schon vorher gegen diese Verfügung beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (Audienz), Postfach, 8026 Zürich, schriftlich Einwendungen vorbringen. Die vorliegende Verfügung bleibt indessen trotz allfälliger Einwendungen bis zum Erlass eines weiteren Entscheides in Kraft.
4. [Mitteilung]

Anträge der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten vom 29. Oktober 2013:

(act. 13 S. 2)

1. Auf das Gesuch sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Gesuch abzuweisen.
3. Subeventualiter sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, bis am 15. Februar 2014 durch Beibringung einer unwiderruflichen, un-

bedingten und unbefristeten Bankgarantie einer Schweizer Bank eine Sicherheitsleistung von CHF 500'000.00 zu erbringen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchstellerin.

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2014:

(act. 17 S. 10)

1. Auf das Gesuch vom 27. November 2013 wird nicht eingetreten.
2. Die mit Verfügung vom 29. November 2013 angeordnete supervisorische Massnahme bleibt in Kraft bis die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstrichen ist oder bis nach Abschluss des Verfahrens vor Obergericht, falls von diesem nichts anderes angeordnet wird.
3. Die Entscheidegebühr von CHF 1'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'160.00 zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 22 S. 2)

Es sei die vom Einzelgericht im summarischen Verfahren (Audienz) am Bezirksgericht Zürich unter Geschäfts-Nummer ET130045-L/U erlassene Verfügung vom 24. Januar 2014 aufzuheben, die von der Gesuchsgegnerin erhobene Einrede der sachlichen Unzuständigkeit zu verwerfen und die Angelegenheit mit der Auflage an die Vorinstanz zurückzuweisen, über die angebehrte vorsorgliche Massnahme materiell zu entscheiden;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Appellatin.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 27. November 2013 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 29. November 2013 hiess die Vorinstanz das Begehren superprovisorisch gut (act. 5a). Am 5. Dezember 2013 wurden die Parteien zur Verhandlung vom 16. Januar 2014 vorgeladen (act. 7). Anlässlich der Verhandlung stellte die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsgegnerin) den Antrag, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen und es sei die Gesuchstellerin zur Leistung einer Sicherheit zu verpflichten (act. 13). Mit Verfügung vom 24. Januar 2014 trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein (act. 17). Dieser Entscheid wurde der Gesuchstellerin am 10. Februar 2014 zugestellt (act. 18). Am 14. Februar 2014 erhob sie rechtzeitig Berufung (act. 22). Mit Verfügung vom 24. Februar 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 2'500.00 angesetzt (act. 27). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 29). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Argumente der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin sei gemäss Zweckumschreibung im Handelsregister in der Anlageberatung und Vermögensverwaltung tätig. In dieser Eigenschaft berate und betreue sie Kunden verschiedener Banken. Die Gesuchstellerin behaupte, die Gesuchsgegnerin habe im Zusammenhang mit Kontobeziehungen zu Bankkunden persönliche Daten gespeichert und bearbeitet. Die Herausgabe von Dokumenten betreffend Bankkunden gehöre zwar nicht zur Kerntätigkeit der Gesuchsgegnerin, sie ergebe sich jedoch als unmittelbare Folge der Betreuung der Bankkunden, die der amerikanischen Steuerhoheit unterstehen. Die Aktenherausgabe sei somit eine Nebentätigkeit der Gesuchsgegnerin, die sich als kausale Nebenfolge ihres Kerngeschäfts ergebe. Es bestehe deshalb mehr als ein loser Zusammenhang zur geschäftlichen Tätigkeit der Gesuchsgeg-

nerin, weshalb die Voraussetzungen von 6 Abs. 2 lit. a ZPO als Element des handelsrechtlichen Streites erfüllt sei.

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Gesuchstellerin stütze den von ihr behaupteten Unterlassungsanspruch auf das Datenschutzgesetz und das Persönlichkeitsrecht, weshalb der Streit als nichtvermögensrechtlich zu qualifizieren sei. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO stehe deshalb offen. Daran ändere der Hinweis der Gesuchstellerin, wonach ein Massnahmeentscheid nicht beim Bundesgericht angefochten werden könne nichts. Denn massgeblich sei, ob der Entscheid in der Hauptsache mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbar sei. Da dies vorliegend zu bejahen sei, ergebe sich die Zuständigkeit des Handelsgerichts für vorsorgliche Massnahmen aus Art. 6 Abs. 5 ZPO.

Da im Übrigen auch beide Parteien im Handelsregister eingetragen seien, sei auch die dritte Anforderung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO erfüllt, weshalb ein handelsrechtlicher Streit vorliege, für dessen Behandlung das Handelsgericht sachlich zuständig sei.

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass Art. 6 ZPO den Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit abschliessend definiere und die Kantone die Kompetenz zur Einrichtung eines Handelsgerichts nur ganz oder überhaupt nicht, nicht aber teilweise ausschöpfen könnten. Die Frage, ob sich die Zuständigkeit des Handelsgerichts in Anwendung von § 44 lit. b GOG ergeben würde, könne deshalb offen gelassen werden.

Doch selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Kantone die Kompetenz zur Einrichtung eines Handelsgerichts nur teilweise ausschöpfen könnten, wäre die Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben. Nach dem Wortlaut von § 44 lit. b GOG sei zwar ein Mindeststreitwert von CHF 30'000.00 erforderlich, doch zeige eine Auslegung der Bestimmung, dass auch nicht vermögensrechtliche Streite erfasst seien.

3. Standpunkt der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin vertritt die Ansicht, es werde weder ein vertraglicher noch ein ausservertraglicher Anspruch geltend gemacht, weshalb eine handelsrechtliche Streitigkeit bereits mangels eines genügenden Bezugs zur geschäftlichen Tätigkeit einer Partei (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO) zu verneinen sei. Bereits aus diesem Grund sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu verneinen und diejenige der Vorinstanz zu bejahen. Weiter zeige die Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, dass nicht vermögensrechtliche Streite nicht unter diese Bestimmung fallen würden. Da die Vorinstanz zu Recht von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen sei, liege auch aus diesem Grund kein handelsrechtlicher Streit vor. Auf die Einzelheiten ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

4. Würdigung

4.1. Umfang der Prüfung im Berufungsverfahren

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

4.2. Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit

4.2.1. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO

Eine handelsrechtliche Streitigkeit setzt zunächst voraus, dass die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Gesuchstellerin schliesst sich der vorinstanzlichen Begründung hinsichtlich der

Voraussetzungen für eine geschäftliche Tätigkeit an, hält aber die Subsumption für unzutreffend (act. 22 S. 5). Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, zur Annahme einer geschäftlichen Tätigkeit genüge ein loser Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und der geschäftlichen Tätigkeit. Dass dieser lose Zusammenhang gegeben ist, rügt die Gesuchstellerin zu Recht nicht, stützt sie ihren Anspruch doch gerade auf die Behauptung, sie berate und betreue Bankkunden der Gesuchsgegnerin (act. 1 S. 3) Die Gesuchstellerin verneint das Betroffensein der geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei einzig deshalb, weil zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin kein Vertrag bestehe und sie keinen Schadenersatzanspruch geltend mache. Dabei übersieht sie, dass gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und deliktischer Haftung als blosse Beispiele genannt werden, es im Allgemeinen aber gerade nicht auf die Natur des Anspruchs, sondern auf den geschäftlichen Bezug des Streitgegenstandes ankommt (act. 21 S. 4). Dass die Gesuchstellerin keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Anspruch auf Leistung durch Unterlassung der Herausgabe von Daten geltend macht, ändert somit nichts daran, dass ihre geschäftliche Tätigkeit betroffen ist. Die Voraussetzung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO ist erfüllt.

4.2.2. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, falls ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken vorliegt

Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO ist jedenfalls erfüllt, wenn ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken gegeben ist (Art. 74 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz und die Gesuchsteller gehen davon aus, dass ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliege.

Die Gesuchstellerin behauptet, die Gesuchsgegnerin bearbeite im Zusammenhang mit gemeinsamen Kunden Daten der Gesuchstellerin. Falls ihre Daten an Dritte herausgegeben würden, sei ihre Persönlichkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSGVO verletzt, da ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSGVO nicht gegeben sei. Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSGVO kann sie auf Nichtbekanntgabe der Daten klagen, wobei Art. 28-28I ZGB zur Anwendung kommen.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält gelten solche Ansprüche grundsätzlich als nicht vermögensrechtlich (act. 21 S. 5 mit Hinweis auf BGE 110 II 411 und BGE 127 III 481). Dies gilt gemäss BGer vom 16. August 2001, 5C.15/2001, explizit auch im Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1 DSG. Allerdings hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nie vertieft mit dieser Frage auseinandergesetzt, sondern die nicht vermögensrechtliche Natur solcher Ansprüche im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtsmittels am Bundesgericht ohne nähere Begründung als gegeben betrachtet. Damit blieb die Frage bisher unbeantwortet, ob Klagen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes und des Datenschutzgesetzes in jedem Fall als nicht vermögensrechtlich zu gelten haben.

Nach unbestrittener Dogmatik und Rechtsprechung ist ein Streit dann vermögensrechtlich, wenn der Rechtsgrund des Anspruchs letzten Endes im Vermögen ruht, mit der Klage also letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Weist ein Streit vermögensrechtliche wie auch nicht vermögensrechtliche Aspekte auf, ist darauf abzustellen, ob das geldwerte oder das ideelle Interesse der klagenden Partei überwiegt (statt vieler: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, S. 232 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Als vermögensrechtlich ist ein Streit somit schon dann einzustufen, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen zeitigt, auch wenn der Anspruch nicht in Geld ausgedrückt werden kann (BSK BGG, 2. Auflage, Art. 51 N 12). Umgekehrt gelten Ansprüche als nicht vermögensrechtlich, die ihrer Natur nach nicht in Geld ausgedrückt werden können, weil das im Streit liegende Recht nicht dem Vermögen der klagenden Partei zuzurechnen ist oder zu diesem keinen engen rechtlichen Bezug hat (Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Art. 74 N 2240).

Der Streit um Daten lässt sich nicht einheitlich den vermögensrechtlichen oder den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zuordnen. So ist zum Beispiel die Krankengeschichte eines Menschen offensichtlich nicht dem Vermögen zuzurechnen. Umgekehrt werden viele Daten wie beispielsweise Adressen kommerzi-

ell gehandelt und können somit einen Verkehrswert haben und dem Vermögen einer Person zugerechnet werden. Ähnlich verhält es sich mit dem Recht am eigenen Bild, das in der Regel nicht vermögensrechtlich ist – wenn jemand aber mit dem Siegerfoto eines weltbekannten Sportlers für sich wirbt, dürfte das Unterlassungsbegehren überwiegend oder rein finanzielle Gründe haben. Daraus erhellt, dass ein Begehren auf Nichtherausgabe von Daten nicht unbesehen von ihrer Art als nicht vermögensrechtlich qualifiziert werden kann.

Auch wenn die Gesuchstellerin die Nachteile, welche die Datenherausgabe für sie hätte, nicht substantiiert darlegt, so geht aus dem von ihr geschilderten Gesamtzusammenhang hervor, dass es ihr primär darum geht, dass sie nicht in Verfahren von US-Behörden einbezogen wird und sie dadurch geschäftlich Schaden nimmt. Es geht ihr also nicht um den Schutz von Daten quasi als Teil ihrer Persönlichkeit, sondern um die Vermeidung unnötiger Kosten und wirtschaftlicher Nachteile. Mit dem Schutz ihrer Daten verfolgt sie somit einen vermögensrechtlichen Zweck, nämlich den Schutz ihres Vermögens. Ob die Gesuchstellerin daneben auch noch einen Reputationsverlust befürchtet, ist offen, doch auch ein daraus entstehender Schaden wäre im Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft finanzieller Natur. Auch wenn die Gesuchstellerin den von ihr behaupteten materiellen Schaden, der ihr durch die Datenherausgabe entstehen würde, nicht beziffert, so bezeichnet sie ihn jedenfalls als erheblich, was in dem von der Gesuchstellerin betriebenen Geschäft nur bedeuten kann, dass ein Streitwert von mindestens 30'000 Franken erreicht ist. Damit ist die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO erfüllt.

4.2.3. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, falls ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt, so stellt sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO auch in diesem Fall erfüllt ist.

Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO verlangt die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Diese ist bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten gege-

ben (BGE 138 I 475 E. 1.2). Dies stellt die Gesuchstellerin nicht in Abrede. Sie behauptet indes, die Erfassung der nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten sei eine unbeabsichtigte Nebenfolge, was sich aus den Materialien, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie dem Zweck der Handelsgerichte ergebe. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO sei deshalb so auszulegen, dass die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht genügen, um einen Streit als handelsrechtlich zu qualifizieren. Die Argumentation ist jedoch nicht schlüssig.

Die zitierten Bundesgerichtsentscheide (BGer 5A_592/2013 und BGer 4A_210/2012) äussern sich zu dieser Frage nicht. Auch aus dem Argument, dass Handelsgerichte Fachgerichte seien, lässt sich nichts zu Gunsten der Ansicht der Gesuchstellerin ableiten, da der Bedarf an Expertenwissen der Handelsrichter je nach Fall sehr unterschiedlich ist, und zwar auch dann, wenn es sich um einen vermögensrechtlichen Streit handelt. Das Gesetz macht die Zuständigkeit des Handelsgerichts aber nicht von der Frage abhängig, ob im konkreten Fall besonderes Expertenwissen nötig ist. Auch aus dem Hinweis, wonach der Bundesgesetzgeber die kantonalrechtlichen Streitwertgrenzen verglichen und sich mit dem Verweis auf das Bundesgerichtsgesetz für den höheren Streitwert von 30'000 Franken entschieden habe, lässt sich nichts zu Gunsten der Gesuchstellerin ableiten, da der Entscheid für eine bestimmte Streitwertgrenze gerade nichts darüber aussagt, ob ein nichtvermögensrechtlicher Streit den Begriff des handelsrechtlichen Streites zu erfüllen vermag. Es ist deshalb mit einer in der Literatur geäusserten Meinung davon auszugehen, dass auch nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten unter Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO fallen (siehe BK-ZPO [Berger] Art. 6 N 34).

Die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO ist nach dem Gesagten auch dann erfüllt, wenn von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen wird.

4.2.4. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO

Beide Parteien sind unstrittig im schweizerischen Handelsregister eingetragen, weshalb Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO erfüllt ist.

4.2.5. Fazit in Bezug auf Art. 6 Abs. 2 ZPO und die sich daraus ergebenden Fragen

Nach dem Gesagten sind unabhängig davon, ob ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken oder ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt, die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a bis c ZPO erfüllt. Es liegt somit ein handelsrechtlicher Streit vor. Da der Kanton Zürich von der Möglichkeit, ein Handelsgericht einzurichten (Art. 6 Abs. 1 ZPO) Gebrauch gemacht hat (§ 3 Abs. 1 lit. b GOG), stellt sich die Frage, wie die Kann-Vorschrift in Art. 6 Abs. 1 ZPO zu verstehen ist. Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass die Kantone diese Kompetenz nur gar nicht oder ganz ausschöpfen können, so ist eine kantonale Regelung, welche eine höhere Streitwertgrenze einführt oder die die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht der Zuständigkeit des Handelsgerichts zuweist, nicht wirksam (Art. 49 Abs. 1 BV). Kommt man zum gegenteiligen Schluss, so stellt sich die Frage, ob § 44 lit. b GOG erfüllt ist.

4.3. Teilweise Ausschöpfung der Kompetenz der Kantone zur Einrichtung eines Handelsgerichts

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone für handelsrechtliche Streitigkeiten ein Handelsgericht einrichten, was der Kanton Zürich getan hat (§ 3 Abs. 1 lit. b GOG). Der Begriff des handelsrechtlichen Streites ist durch Art. 6 Abs. 2 ZPO bundesrechtlich festgelegt. Die Kantone haben deshalb keine Kompetenz, das Handelsgericht als für Verfahren zuständig zu erklären, welche nicht einen handelsrechtlichen Streit oder eine Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 4 ZPO zum Gegenstand haben (BGE 138 III 471 E. 5.1). Damit ist aber umgekehrt nicht gesagt, dass es den Kantonen verwehrt wäre, die Kompetenz nur teilweise auszuschöpfen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, wonach die Kantone in der Ausschöpfung einer bundesrechtlichen Ermächtigung frei sind, solange sie sich an den Sinn und Geist des Bundesrechts halten (ZK ZGB, Art. 5 N 134). Nach dem Sinn und Geist der Zivilprozessordnung geniessen die Kantone Organisationsautonomie (KuKo-ZPO, 2. Auflage, Art. 4 N 1), was für die Kompetenz einer teilweisen Ausschöpfung spricht. In der Literatur gehen die Ansichten dazu auseinander, wobei die Standpunkte zumeist nicht näher begründet werden. Während sich die einen

Autoren gegen die Möglichkeit der teilweisen Ausschöpfung aussprechen (KuKo-ZPO, 2. Auflage [Haas/Schlumpf] Art. 6 N 2]; ZK ZPO, 2. Auflage [Rüetschi] Art. 6 N 9; Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 148 S. 466; BK ZPO [Berger] Art. 6 N 3), äussern sich andere soweit ersichtlich dazu nicht (Stämpflis Handkommentar, Dike-Komm-ZPO, BSK ZPO 2. Auflage). Auf der anderen Seite wird auch die Meinung vertreten, die Kompetenz zur Schaffung eines Handelsgerichts könne auch nur teilweise ausgeschöpft werden, etwa indem die Streitwertgrenze auf CHF 100'000.00 festgelegt werde (Diggelmann, vom GVG zum GOG, Umsetzung der neuen Prozessordnungen in Zürich, SJZ 106 S. 88). Dieser Auffassung folgt die Rechtsprechung des Obergerichts, nach der die Festsetzung eines Mindeststreitwertes gemäss § 44 lit. b GOG zulässig ist, womit mietrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert zwischen 15'000 und 30'000 Franken von der Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgenommen sind (OGer, II. ZK, 23. August 2013, LF130045, abrufbar unter: www.gerichte-zh.ch). Das Bundesgericht hat die Frage soweit ersichtlich bis heute nicht entschieden. Insbesondere aus dem Entscheid BGE 138 III 694 kann nichts bezüglich der Ausschöpfungskompetenz der Kantone abgeleitet werden, da das Bundesgericht in diesem Fall lediglich entschieden hatte, dass ein Konsumentenstreit ein handelsrechtlicher Streit sein kann. Mangels einer entsprechenden kantonalen Vorschrift hatte es nicht darüber zu befinden, ob es zulässig wäre, Konsumentenstreite gesetzlich von der Handelsgerichtsbarkeit auszunehmen.

Eine Tendenz zugunsten der Zulässigkeit der teilweisen Ausschöpfung lässt sich aber im bereits erwähnten Entscheid erkennen. Das Bundesgericht hielt fest, dass es den Kantonen gestützt auf Art. 4 ZPO erlaubt sei, die Zuständigkeit der Handelsgerichte aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile einzuschränken, weshalb es zulässig sei, die ordentlichen Gerichte als sachlich zuständig zu erklären, wenn von mehreren Klagen gegen einfache Streitgenossen nur ein Teil davon handelsrechtliche Streitigkeiten zum Gegenstand hätten (BGE 138 III 471 E. 5.1). Das Bundesgericht hat sich damit dafür ausgesprochen, dass die Kompetenz der Kantone zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben erhalten bleibt.

Das Bundesrecht schränkt die Kantone diesbezüglich nur dahingehend ein, als es nicht zulässt, dass Entscheide über nicht handelsrechtliche Streitigkeiten oder solche, die nicht unter Art. 6 Abs. 4 ZPO fallen, dem Handelsgericht zugewiesen werden. Dafür, dass der Bundesgesetzgeber umgekehrt gewollt hätte, dass es den Kantonen verwehrt sein sollte, insbesondere durch erhöhte Streitwertgrenzen die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts einzuschränken, bestehen hingegen keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil hält die Botschaft zur ZPO fest, dass es den Kantonen frei stehe, in Bezug auf Streitigkeiten gemäss Art. 5 ZPO sowie ganz allgemein bezüglich Streitigkeiten aus Gesellschafts- sowie Anlagefonds- und Anlehensrecht Streitwertgrenzen festzusetzen (Botschaft ZPO BBl 2006 7221 S. 7261). Wenn aber eine teilweise Ausschöpfung hinsichtlich der eben genannten Streitigkeiten zulässig ist, so ist nicht ersichtlich, weshalb dies bezüglich Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zulässig sein sollte.

An dieser Stelle lohnt sich auch ein Vergleich mit einer anderen Bestimmung, die im Zuge der Prozessrechtsrevision eingeführt wurde. Ähnlich wie im Fall der Handelsgerichtsbarkeit über die Höhe des erforderlichen Streitwertes gestritten wurde (siehe den Hinweis des Gesuchstellers in act. 22 S. 4), war man sich bei Erlass der Strafprozessordnung uneinig, wie weit die Kompetenz der Einzelgerichte gehen soll. Der schliesslich zum Gesetz gewordene Entwurf von Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO sah Einzelgerichte mit einer Strafkompentenz bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vor. Einige Parlamentarier befürchteten, diese Kompetenz könnte nur ganz oder überhaupt nicht ausgeschöpft werden, was zur Folge hätte, dass auch Straffälle, die eindeutig nicht mehr im Bagatellbereich liegen würden, zwingend von Einzelgerichten zu beurteilen wären, was aber nicht sein könne (so die konkrete Befürchtung von Nationalrat Vischer, der *Swissair-Fall* müsste unter der Herrschaft von Art. 19 Abs. 2 lit. b Entwurf-StPO durch ein Einzelgericht beurteilt werden). Der Gegenentwurf (Minderheitsantrag Menétrey-Savary) sah deshalb eine Kompetenz lediglich bis sechs Monate Freiheitsstrafe vor. Bundesrat Blocher wies dagegen darauf hin, dass die Kann-Vorschrift den Kantonen die Möglichkeit gebe, die Kompetenz auch nur teilweise auszuschöpfen (zitiert von Diggelmann, SJZ 106 S. 89 Fn 56). Nachdem der Kommissionssprecher darauf hingewiesen hatte, dass diese Ansicht mit derjenigen der Kommission für Rechtsfragen übereinstim-

me, wurde der Minderheitsantrag Menétrey-Savary abgelehnt und der Entwurf schliesslich zum Gesetz (Amtliches Bulletin Nationalrat 2007 II S. 947-948). Der Kanton Zürich hat die ihm durch Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO eingeräumte Kompetenz durch Einrichtung von Einzelgerichten ausgeschöpft, allerdings nur teilweise. Gemäss § 27 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 GOG beschränkt sich die Kompetenz der Einzelgerichte auf Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr. Bis heute hat soweit ersichtlich noch niemand die Meinung vertreten, die teilweise Ausschöpfung der Kompetenz verletze Bundesrecht.

Nach dem Gesagten besteht kein Grund, von der mit dem erwähnten Entscheid der Kammer (OGer, II. ZK, 23. August 2013, LF130045) begründeten Praxis abzuweichen. Es ist somit davon auszugehen, dass die den Kantonen mit Art. 6 Abs. 1 ZPO eingeräumte Kompetenz auch nur teilweise ausgeschöpft werden kann.

4.4. Voraussetzungen gemäss § 44 lit. b GOG

4.4.1. Gemäss § 44 lit. b GOG ist das Handelsgericht unter anderem für die Beurteilung eines handelsrechtlichen Streits im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO zuständig, sofern der Streitwert mindestens 30'000 Franken beträgt. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken vor. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit zu bejahen.

4.4.2. Der Vollständigkeit halber ist zu prüfen, ob die Zuständigkeit auch zu bejahen wäre, wenn mit der Vorinstanz und der Gesuchstellerin von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen würde. Wie bereits dargelegt stellt Art. 6 Abs. 1 ZPO eine Ermächtigung zu Gunsten der Kantone dar. Soweit ein Kanton in zulässiger Weise diese Ermächtigung ausgeschöpft hat, gilt somit kantonales Recht, soweit er jedoch von der Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, gilt die bundesrechtliche Regelung (Riemer, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2. Auflage, § 8 N 6). Gemäss § 44 lit. b GOG gilt ein Streitwertfordernis von 30'000 Franken. Das Bundesgerichtsgesetz lässt die Beschwerde in Zivilsachen teilweise bereits bei kleinerem Streitwert zu, weshalb auch in diesen Fällen die Kantone

ermächtigt sind das Handelsgericht für zuständig zu erklären. Indem der kantonale Gesetzgeber den Mindeststreitwert generell auf 30'000 Franken festgelegt hat, hat er die ihm durch Art. 6 Abs. 1 ZPO eingeräumte Kompetenz teilweise ausgeschöpft.

Bezüglich der nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten enthält das GOG keine Regelung. Nach der grammatikalischen Auslegung kann einerseits ein qualifiziertes Schweigen vorliegen mit dem Ergebnis, dass nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten nicht in die Zuständigkeit des Handelsgericht fallen. Andererseits kann das Schweigen schlicht bedeuten, dass der Gesetzgeber keine Anordnung treffen wollte mit dem Ergebnis, dass mangels abweichender kantonaler Regelung Bundesrecht gilt, nach dem die Zuständigkeit des Handelsgerichts auch in diesen Fällen zu bejahen ist. Die grammatikalische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber in Art. 74 BGG ebenfalls Streitwertgrenzen eingeführt hat, ohne die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu erwähnen. Wie oben dargelegt, werden dennoch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten den vermögensrechtlichen Streitigkeiten, welche die gesetzlich bestimmte Streitwertgrenze erreichen, gleichgestellt. Da § 44 lit. b GOG in einem vertikalen Zusammenhang zu Art. 74 BGG steht, muss die systematische Auslegung des GOG derjenigen des BGG folgen (vgl. Riemer, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2. Auflage, § 4 N 39), was entgegen einem in diesem Punkt nicht näher begründeten Entscheid des Handelsgerichts (HGer, 1. Februar 2012 (ZR 111 Nr. 64) bedeutet, dass § 44 lit. b GOG auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst.

Im Rahmen einer teleologischen Auslegung ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber die Zuständigkeit des Handelsgerichts bewusst weit fassen wollte (Botschaft ZPO BBI 2006 7221 S. 7261). Ziel des Gesetzgebers war also, im Zweifel zugunsten der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu entscheiden. Das Bundesgericht folgt dieser Vorgabe und unterstellt auch solche Streitigkeiten der Handelsgerichtsbarkeit, die nicht zum klassischen Kernbereich der Handelsgerichtsbarkeit zählen, so etwa Konsumentenstreitigkeiten oder Konflikte aus Mietverträgen

(BGE 138 III 694 und BGer vom 22. Oktober 2013, 4A_346/2013 = BGE 139 III 457). Mit dieser Zielsetzung nicht zu vereinbaren wäre es, die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten von der Handelsgerichtsbarkeit generell auszuschliessen, zumal es sich bei solchen Streitigkeiten keineswegs um Bagatellfälle handeln muss, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Die Gesuchsgegnerin geht jedenfalls – im Falle der Gutheissung des Massnahmegesuches – von einem Schadenspotential von monatlich CHF 150'000.00 aus (act. 13 S. 12). Es bestehen keine Hinweise dafür, dass sich der kantonale Gesetzgeber bei Erlass von § 44 lit. b GOG nicht auch vom Ziel einer weitgefassten Zuständigkeit des Handelsgerichts hätte leiten lassen.

Bezüglich der historischen Auslegung ist die Entstehungsgeschichte von § 44 lit. b GOG zu beachten. Nach früherem § 62 Abs. 1 GVG vom 13. Juni 1976 war für die Bejahung der Zuständigkeit des Handelsgerichts unter anderem erforderlich, dass der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht wird. Die Frage, ob damit auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst sein sollten, beantwortete das Gesetz nicht. Das Bundesrecht sah damals eine Streitwertgrenze von 8'000 Franken vor (Art. 46 OG). Berufungsfähig waren damals aber auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten (Art. 44 OG). Mit der Einführung des Bundesgerichtsgesetzes wurde die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen, welche an die Stelle der altrechtlichen Berufung trat, im Allgemeinen auf 30'000 Franken erhöht, für spezielle Fälle gelten tiefere Streitwertgrenzen (Art. 74 Abs. 1 BGG). Auch wenn das BGG die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht mehr explizit erwähnt, unterliegen diese wie oben dargestellt ebenfalls der Beschwerde in Zivilsachen. Der kantonale Gesetzgeber reagierte auf das neue Bundesrecht zunächst durch eine Verordnung des Regierungsrates, welche die Streitwertgrenze auf 30'000 Franken festlegte. Diese Regelung wurde hernach in § 62 Abs. 1 GVG (OS 62, 591, in Kraft getreten am 1. Januar 2008) übernommen. Nach wie vor wurden die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht erwähnt. Auch im Gesetzgebungsverfahren wurden sie nicht thematisiert. Der Grund dafür, dass die Handelsgerichtsbarkeit nicht mehr durch Verweisung auf das BGG, sondern durch Festlegung eines konkreten Frankenbetrages geregelt wurde, lag lediglich darin, dass befürchtet wurde, bei einer Verweisung könnte

Unklarheit darüber entstehen, ob diese dynamisch oder statisch gemeint sei (Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Anpassung der Zivil- und Strafrechtspflege an das Bundesgerichtsgesetz, Amtsblatt 2007, S. 206 ff., S. 209 und 213).

Obwohl in § 62 Abs. 1 GVG die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nie genannt wurden, ging die Rechtsprechung davon aus, dass diese unter die Handelsgerichtsbarkeit fallen (OGer, II. ZK, 5. Januar 2009, NZ080005, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (act. 22 S. 4) wurde mit dieser Entscheidung keine frühere Praxis aufgegeben. In der angeblich einschlägigen Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. April 1989 (ZR 88 Nr. 51) ging es ausschliesslich um die Frage, ob ein grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Streit diese Qualifikation verliere, wenn daneben noch eine kleine Genugtuung eingeklagt werde. Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht.

Bis zur Schaffung des GOG fielen die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wie dargelegt in die Zuständigkeit des Handelsgerichts, obwohl dies im Gesetz nicht explizit so geregelt war. Dass der Gesetzgeber dies mit dem neuen § 44 lit. b GOG hätte ändern wollen, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil entsprach es der Grundhaltung, das Bisherige beizubehalten und es wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO – darunter fallen wie dargelegt auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen sollten (Antrag des Regierungsrates vom 1. Juli 2009, Amtsblatt 2009, S. 1489 ff., S. 1561). Es bestehen somit keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht mehr dem sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts zuordnen wollte.

Nach dem Gesagten ist § 44 lit. b GOG so auszulegen, dass auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst sind. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit auch dann gegeben, wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen wird.

5. Fazit

Der vorliegende Streit ist ein handelsrechtlicher im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO. Der Streitwert beträgt mindestens 30'000 Franken. Das Handelsgericht ist deshalb für die Klage auf Unterlassung der Datenherausgabe gemäss § 44 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO zuständig. Gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO ist es auch für das Massnahmebegehren vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Hauptklage zuständig.

Die Zuständigkeit wäre auch dann zu bejahen, wenn von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen würde, da sowohl Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO als auch § 44 lit. b GOG diese Streitigkeiten erfassen.

Der vorinstanzliche Entscheid ist somit im Ergebnis richtig, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

Auch wenn mit der Vorinstanz die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich zu verneinen ist, bleibt das angeordnete Verbot wirksam. Bevor die Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht rechtskräftig entschieden ist, ist gemäss einem von der urteilenden Kammer vorgezeichneten und vom Bundesgericht weitergeführten Weg die vorsorgliche Massnahme auch von einem mutmasslich sachlich nicht zuständigen Gericht einstweilen anzuordnen, wenn der Rechtsschutz auf andere Weise nicht gewährt werden kann (siehe OGer, Verfügung vom 12. Juli 2011 im Verfahren LF110073 und BGer, 9. Dezember 2011, 5A_453/2011 auszugsweise publiziert in BGE 137 III 563). Da aufgrund des erwähnten Entscheides des Handelsgerichts ein negativer Kompetenzkonflikt zu erwarten ist, konnte der einstweilige Rechtsschutz nur durch Erlass des vorsorglichen Verbotes gewährt werden.

Die Gesuchstellerin hat zwar keinen ausdrücklichen Eventualantrag gestellt, wonach im Falle der Abweisung der Berufung die Massnahme bis zum Ablauf der Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht aufrechtzuerhalten sei. Aus der Begründung geht indes mit Deutlichkeit hervor, dass die Gesuchstellerin einen materiellen Entscheid über ihr Massnahmebegehren anstrebt. Dieses Ziel kann wohl nicht mehr erreicht werden, wenn das Verbot bis zu einem allfälligen Verfahren vor Bundesgericht aufgehoben würde. Da der sich abzeichnende negative

Kompetenzkonflikt nicht von der Gesuchstellerin zu verantworten ist, rechtfertigt es sich ausnahmsweise, ohne expliziten Antrag die angeordnete Massnahme bis zum Ablauf der Beschwerdefrist aufrechtzuerhalten. Ein gegenteiliger Entscheid wäre wohl überspitzt formalistisch, zumal das Bundesgericht – sollte es angerufen werden – die Fortsetzung des Verbotes auch ohne entsprechenden Parteiantrag anordnen kann (Art. 104 BGG).

6. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind der Gesuchstellerin die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese werden in Anwendung von §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG bemessen. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen, der Gesuchstellerin nicht wegen Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Gesuchsgegnerin nicht mangels Aufwandes in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. November 2013 (Geschäfts-Nr. ET130045) angeordnete Massnahme bleibt vorbehältlich eines abweichenden Entscheides des Bundesgerichts bis zum Ablauf der Beschwerdefrist in Kraft.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 22, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz und an die Obergerichtskasse, je ge-

gen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: