

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140107-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 13. März 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

und / oder Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

B. _____ LTD,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend
vorsorgliche Massnahme

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 9. Dezember 2014 (ET140054)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Personendaten der Gesuchstellerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Gesuchsgegnerin der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.
2. Die Verfügung gemäss Ziff. 1 sei als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Dezember 2014

(act. 32 = act. 36 = act. 38):

- "1. Das Gesuch vom 4. September 2014 wird abgewiesen.
2. Die mit Verfügung vom 4. September 2014 angeordnete superprovisorische 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 Fr. 4'000.– wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

[5.-6. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin zur Sache (act. 37 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil aufzuheben und die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 4. September 2014 zu bestätigen und der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten provisorisch zu verbieten, Personendaten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

2. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Aufrechterhaltung der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 4. September 2014 bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Vorinstanz bzw. es sei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten superprovisorisch zu verbieten, Personendaten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Wiederhandlungsfall.
- 3.a Subeventualiter sei die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 4. September 2014 bis zum Ablauf der Beschwerdefrist aufrecht zu erhalten; und
- 3.b es seien die Kosten und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens ganz der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag der Berufungsklägerin (act. 37 S. 3):

"Es sei der Berufung unverzüglich aufschiebende Wirkung zu erteilen."

der Berufungsbeklagten zur Sache (act. 46 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin."

Prozessuale Anträge der Berufungsbeklagten (act. 43 S. 2):

- "1. Es seien die Kosten im Zusammenhang mit dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unabhängig vom Ausgang des Verfahrens der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin aufzuerlegen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten gestützt auf Art. 108 ZPO in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 ZPO vorab eine Parteientschädigung von CHF 1'000.– zuzusprechen."

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ist ehemalige Mitarbeiterin der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin). Die Gesuchsgegnerin versucht, sich am sog. "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (nachfolgend "US-Programm") zu beteiligen, was die Darlegung des Cross-Border-Geschäfts und im Zusammenhang damit die Bekanntgabe der Namen von Mitarbeitern umfasst (vgl. eingehend act. 1 S. 4 f.; act. 11 S. 3 ff., insb. S. 5 Rz. 10 f.).

2. Mit Eingabe vom 4. September 2014 stellte die Gesuchstellerin das eingangs angeführte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1). Die Gesuchstellerin sucht mit ihrem Massnahmebegehren zu verhindern, dass ihr Name im Rahmen der Beteiligung der Gesuchsgegnerin am erwähnten US-Programm den US-Behörden bekannt gegeben wird.

3. Mit Verfügung vom 4. September 2014 verbot das Einzelgericht Audienz (Vorinstanz) der Gesuchsgegnerin im Sinne einer superprovisorischen Anordnung mit sofortiger Wirkung, Personendaten der Gesuchstellerin ins Ausland zu übermitteln bzw. an US-Behörden weiterzugeben (act. 5).

4. Nach Durchführung des schriftlichen Verfahrens erliess die Vorinstanz am 9. Dezember 2014 das eingangs angeführte Urteil. Darin wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren ab, unter Beibehaltung der superprovisorischen Anordnung vom 4. September 2014 bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. bis zum Ablauf des Rechtsmittelverfahrens vor dem Obergericht, falls dieses nichts anderes anordne (act. 36). Das Urteil wurde der Gesuchstellerin am 12. Dezember 2014 zugestellt (act. 33a).

5. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 (Datum der Postaufgabe) erhob die Gesuchstellerin Berufung gegen das Urteil vom 9. Dezember 2014 und stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 37).

6. Mit Verfügung vom 24. Dezember 2014 erteilte die Kammerpräsidentin der Berufung zwecks Schaffung klarer Verhältnisse die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig setzte die Präsidentin der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zur superprovisorisch erteilten aufschiebenden Wirkung und der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren an (act. 40). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 41/1, 42).

Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 7. Januar 2015 die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung und stellte die eingangs aufgezeigten prozessualen Anträge (act. 43 S. 2).

7. Mit Verfügung vom 13. Januar 2015 wurde die superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung bestätigt und wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (vgl. act. 44). Die Verfügung wurde der Gesuchsgegnerin am 14. Januar 2015 zugestellt (act. 45/2).

8. Mit Eingabe vom 26. Januar 2015 erstattete die Gesuchsgegnerin die Berufungsantwort. Darin stellte sie die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 46).

9. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-34). Das Verfahren ist spruchreif. Der Gesuchstellerin ist indes noch je ein Doppel von act. 43 und act. 46 zuzustellen.

II.

1. Prozessuale Vorbemerkungen:

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt uneingeschränkt für nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten und für vermögensrechtliche Streitigkeiten ab einem Streitwert von Fr. 10'000.00 (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Auflage 2013, Art. 308 N 41).

Um die Datenweitergabe durch die Gesuchsgegnerin zu verhindern, stützt sich die Gesuchstellerin auf den Schutz ihrer Persönlichkeit, wie er unter anderem in Art. 328b OR und im DSG konkretisiert wird (act. 1 S. 9 ff.). Diese Streitigkeit ist nicht vermögensrechtlicher Natur (vgl. OGer ZH PF140059 vom 16. Dezember 2014, E. II./1.). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung ist daher einzutreten.

2. Zum angefochtenen Entscheid:

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, nach den massgeblichen Verfügungen des Bundes (vgl. im Einzelnen nachfolgend II./3.4.1) würde es eine Verletzung von Art. 271 StGB darstellen, wenn die Gesuchsgegnerin während der Rechtshängigkeit einer Klage der Gesuchstellerin auf Verbot der Herausgabe ihrer Personendaten solche Daten den US-Behörden übermitteln würde. Der Gesuchsgegnerin würden somit härtere straf- und aufsichtsrechtliche Konsequenzen drohen als im Fall der Missachtung eines Massnahmeentscheids mit Strafandrohung nach Art. 292 StGB.

Die Einreichung eines Schlichtungsbegehrens vermöge die Gesuchstellerin vor diesem Hintergrund wirksamer zu schützen als eine vorsorgliche Massnahme. Vorausgesetzt sei, dass die Gegenpartei wie vorliegend zugesichert habe, sich an die Musterverfügung zu halten und ab der Einreichung des Schlichtungsbegehrens bis zum Vorliegen des rechtskräftigen gerichtlichen Entscheids keine Daten herauszugeben. Eine vorsorgliche Massnahme erweise sich aus diesem Grund als unnötig bzw. würde soweit ersichtlich gar keine zusätzliche Wirkung erlangen (vgl. act. 36 S. 3-7).

3. Würdigung:

3.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Voraussetzungen der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu Recht verneinte. Dabei wird auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren, insbesondere auf die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Rügen nach Art. 310 ZPO eingegangen, soweit das erforderlich erscheint.

3.2 Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO lit. a und b ZPO). Dass nur notwendige Massnahmen anzuordnen sind, ist – so richtig die Vorinstanz und die Gesuchsgegnerin (act. 36 S. 3, act. 46 S. 5) – ein Gebot der Verhältnismässigkeit.

3.3 Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Gesuchstellerin den Schutz, den ihr eine vorsorgliche Massnahme bieten würde, auch (bzw. sogar besser) mit Einleitung eines Schlichtungsverfahrens erwirken könnte (act. 36 S. 7).

Grundsätzlich steht es einer Partei frei, ihren Anspruch direkt mit der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens geltend zu machen oder zuvor eine vorprozessuale vorsorgliche Massnahme zu verlangen (vgl. OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.3). Allerdings hat eine vor Rechtshängigkeit der Hauptsachenklage angeordnete vorsorgliche Massnahme nur provisorischen Charakter. Folge davon ist die Prosequierungslast (Art. 263 ZPO). Die definitive Klärung der materiellrechtlichen Fragen, die Klage in der Sache, gehört unabdingbar zum Institut der vorsorglichen Massnahmen (BSK ZPO-SPRECHER, 2. Auflage 2013, Art. 263 ZPO N 1).

Die vorsorgliche Massnahme ist vor diesem Hintergrund nicht zum Selbstzweck zulässig, sondern nur im Hinblick auf die ordentliche Klage über den fraglichen Anspruch, dessen Verwirklichung die Massnahme sichert. Daher lässt sich zumindest vertreten, die Massnahme würde ihre Zweckbestimmung verlieren, wenn bereits die Einreichung eines Schlichtungsbegehrens entsprechende Schutzwirkungen mit sich bringt. Dass kann allerdings nur dann relevant sein, wenn das Schlichtungsverfahren effektiv und ohne jede Einschränkung denselben (oder einen weitergehenden) Schutz wie eine vorsorgliche Massnahme gewährleistet. Ob es sich im vorliegenden Fall so verhält oder nicht (vgl. die Rüge der Gesuchstellerin, act. 37 S. 12), ist unter dem Aspekt der Notwendigkeit der verlangten Massnahme zu prüfen.

3.4 Notwendigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme:

3.4.1 Richtig ist, dass der Friedensrichter selber keine vorsorglichen Massnahmen erlassen kann (act. 37 S. 11). Im vorliegenden Kontext besteht indes die Besonderheit, dass der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens an sich bereits gewisse Wirkungen zukommen. Das folgt aus der Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 und der individuell an die Gesuchsgegnerin gerichteten Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 24. Januar 2014 (vgl. act. 4/17 sowie act. 13/3, Ziff. 1.4.c und 4). Die Gesuchsgegnerin hält dazu zutreffend fest, es gehe nicht um die Frage, ob auch der Friedensrichter eine vorsorgliche Massnahme erlassen könnte, sondern einzig um die Auswirkungen der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens (act. 46 S. 9 f.).

3.4.2 Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 (act. 13/3) deckt sich – so richtig die Vorinstanz – mit der Musterverfügung, richtet sich individuell an die Gesuchsgegnerin und ist für diese verbindlich (act. 36 S. 4). Indessen ist zu präzisieren, dass die Verfügung der Gesuchsgegnerin nichts verbietet, sondern ihr vielmehr die Herausgabe der Daten ihrer Mitarbeiter an die US-Behörden unter dem Titel "Tätig werden für einen fremden Staat" nach Art. 271 Ziff. 1 StGB unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt. Immerhin trifft es zu, dass diese Erlaubnis unter dem Vorbehalt steht, dass die entsprechenden Mitarbeiter keine Klage auf ein zivilrechtliches Verbot der Datenherausgabe erheben (act. 13/3, Ziffer 1.1 i.V.m. Ziffer 1.4). Dabei handelt es sich aber nicht um ein konkretes Verbot, bestimmte Daten herauszugeben, sondern lediglich um einen Vorbehalt von der Bewilligung in dem Sinne, dass die Datenherausgabe trotz Klageeinleitung nicht von der Bewilligung umfasst wird und somit unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen kann.

Würde die Gesuchsgegnerin trotz Einleitung eines Schlichtungsverfahrens Daten der Gesuchstellerin übermitteln, so verhielte es sich rechtlich daher genau gleich, wie wenn die Verfügung des EFD nicht existierte. Die Verfügung vom 24. Januar 2014 hat für diesen Fall somit keine Auswirkungen. Entscheidend ist daher die Auswirkung der zugrunde liegenden Strafnorm (Art. 271 Ziff. 1 StGB).

3.4.3 Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot nach der Praxis der Kammer nicht überflüssig. Denn erst mit einer individuell-konkreten Anordnung wird ein bestimmtes Verhalten mit Wirkung für bestimmte Personen ohne weitere Voraussetzungen und insbesondere ohne die Notwendigkeit der Auslegung und Subsumtion für verboten oder geboten erklärt. Demgegenüber greift der strafrechtliche Schutz (von den übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit abgesehen) nur, wenn das konkrete Verhalten unter den entsprechenden Straftatbestand subsumiert werden kann, was im Zeitpunkt des Erlasses der Massnahme kaum je mit Sicherheit vorausgesagt werden kann. Ein Rechtsuchender, der die entsprechenden Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat, hat deshalb unabhängig von einem anderweitigen strafrechtlichen Schutz Anspruch auf den Erlass einer Massnahme.

Im Übrigen hängt der strafrechtliche Schutz gestützt auf Art. 271 StGB nicht nur vom Subsumptionsrisiko, sondern auch von weiteren Faktoren ab. Art. 271 StGB beschreibt eine politische Straftat (BSK StGB II-HUSMANN, 3. Auflage 2013, vor Art. 271 StGB N 4). Die Strafverfolgung setzt eine Ermächtigung des Bundesrates voraus (Art. 66 des Strafbehördenorganisationsgesetzes, StBOG). Der Entscheid über die Ermächtigung muss nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten gefällt werden. Vielmehr gilt das politische Opportunitätsprinzip (vgl. Art. 66 Abs. 2 StBOG). Der Bundesrat lehnte in der Vergangenheit deshalb die Ermächtigung in politisch heiklen Fällen ab, so insbesondere in einem Fall nachrichtendienstlicher Aktivitäten der CIA in der Schweiz (vgl. BSK StGB II-HUSMANN, 3. Auflage 2013, Art. 271 StGB N 89). Auch die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe an US-Behörden ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung der Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist ungewiss. Die Bestrafung nach Art. 271 StGB und die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen einer Verurteilung drohen der Gesuchsgegnerin daher im Falle einer Datenherausgabe nicht ohne weiteres, sondern sie hängen von politischen Unwägbarkeiten ab. Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 bzw. Art. 271 StGB stellen aus diesem Grund keinen genügenden, die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz dar (vgl. zum Ganzen OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.5).

Dass die Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Zusammenhang mit einem vorsorglichen Verbot tiefer ist als jene nach Art. 271 StGB, ändert somit nichts an der selbständigen Bedeutung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Wie es sich mit der Notwendigkeit einer Massnahme als blosse zivilrechtliche Anordnung ohne die Verbindung mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verhielte (vgl. act. 36 S. 5 f., act. 37 S. 9 f. und act. 46 S. 7 f.), ist daher ohne Belang. Ebenso wenig ist zu prüfen, wie es sich mit einer allfälligen Abänderung der Verfügung vom 24. Januar 2014 und diesbezüglichen Vertrauensschutzargumenten verhält (vgl. act. 46 S. 11 f.). Da die Verfügung so, wie sie erlassen wurde, der Gesuchstellerin keinen die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz gewährt, ist nicht relevant, ob mit einer Abänderung der Verfügung zu rechnen ist oder nicht.

3.4.4 Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Gesuchsgegnerin habe zugesichert, sie werde nach Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens keine Daten der Gesuchstellerin an die US-Behörden herausgeben (act. 36 S. 6).

Allgemein kann das Drohen einer Verletzung und damit die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme verneint werden, wenn davon auszugehen ist, die Gegenpartei werde keine solche Verletzung begehen, weil sie in den Standpunkt der gesuchstellenden Partei eingelenkt hat (BSK ZPO-SPRECHER, 2. Auflage 2013, Art. 261 ZPO N 13; OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2). Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, ist nachfolgend aufgrund der Kommunikation der Parteien im Vorfeld bzw. während des vor Vorinstanz angehobenen Verfahrens zu prüfen.

3.4.5 Die Gesuchsgegnerin teilte der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 4. Juli 2014 mit, dass sie beabsichtige, die Daten der Gesuchstellerin im Rahmen der Teilnahme am US-Programm in die USA zu übermitteln. Gleichzeitig erklärte die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin habe die Möglichkeit, innert 20 Tagen Einsprache gegen den Datentransfer zu erheben (act. 13/4). Die Gesuchstellerin erhob mit Schreiben vom 21. Juli 2014 Einsprache gegen die Übermittlung ihrer Daten (act. 4/7). Nach zwischenzeitlicher weiterer Korrespondenz erklärte die Ge-

suchsgegnerin mit Schreiben vom 27. August 2014, sie werde die Daten der Gesuchstellerin ungeachtet ihrer Einsprache an die USA übermitteln, wenn die Gesuchstellerin nicht innert 10 Tagen ein gerichtliches Verfahren einleite (act. 13/33). Das führte zur Einreichung des streitgegenständlichen Massnahmebegehrens vom 4. September 2014 (act. 1).

Die Vorinstanz erklärte den Parteien (nachdem die Gesuchsgegnerin zum Begehren Stellung genommen hatte) in einem Schreiben vom 14. Oktober 2014, nach der erwähnten Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 stehe bereits die Einreichung einer Klage auf Erlass eines Verbots der Datenherausgabe einem solchen Datentransfer entgegen. Die verlangte vorsorgliche Massnahme könne sich daher als unnötig erweisen, wenn die Gesuchsgegnerin klar und unmissverständlich erkläre, dass aus ihrer Sicht die Einreichung einer Klage beim Friedensrichter genüge und dass sie, die Gesuchsgegnerin, dann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens auf die Weitergabe der Daten der Gesuchstellerin verzichte (act. 14).

Mit Eingabe vom 27. Oktober 2014 erklärte die Gesuchsgegnerin, ihrer Ansicht nach würde es genügen, wenn die Gesuchstellerin eine Klage beim Friedensrichter einreiche. Sie, die Gesuchsgegnerin, wäre in diesem Fall bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens daran gehindert, den US-Behörden Daten und Unterlagen über die Gesuchstellerin herauszugeben. Aus diesem Grund sei eine vorsorgliche Massnahme nicht notwendig (act. 19).

3.4.6 Nach dem bereits erwähnten Entscheid der Kammer vom 3. März 2015 ist das Einlenken der Gesuchsgegnerin in den Standpunkt der Gesuchstellerin (als rechtshindernde Tatsache) von ersterer glaubhaft zu machen. Dabei genügt eine persönliche Versicherung durch die Gesuchsgegnerin, wenn diese glaubwürdig ist und ihre Darstellung plausibel erscheint. Es sind hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass die Gesuchsgegnerin durch blosser Erklärung, die von der Gesuchstellerin befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb nur eine in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehalt-

lose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Bei der Beurteilung einer solchen Erklärung steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu. Eine abstrakte Regel lässt sich nicht formulieren, sondern es kommt auf die Umstände im konkreten Fall an (vgl. OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2).

Die Erklärung der Gesuchsgegnerin vom 27. Oktober 2014 (act. 19) erfolgte erst auf Anfrage der Vorinstanz, in einer relativ späten Phase des Massnahmeverfahrens und damit nicht in einem frühen Stadium des Konflikts. Auch wenn der Gesuchsgegnerin nicht vorzuwerfen ist, sie habe diese Erklärung bloss aus taktischen Gründen abgegeben, so fehlen besondere Umstände, aufgrund derer sich rechtfertigen würde, die Zusicherung als glaubhaft gemacht zu betrachten. Da die Glaubhaftmachungslast für das Einlenken bei der Gesuchsgegnerin liegt, genügt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die Gesuchsgegnerin würde sich nicht an das Versprechen halten (act. 36 S. 6 f.). Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

Ob überhaupt von einem Versprechen oder einer Zusicherung auszugehen ist, oder lediglich von der Äusserung einer momentanen Rechtsauffassung (vgl. die gegenteiligen Auffassungen der Parteien, act. 37 S. 15, act. 46 S. 12 f.), ist danach nicht von Belang.

3.4.7 Somit kann nicht gesagt werden, die beantragte vorsorgliche Massnahme sei nicht notwendig, weil die Gesuchstellerin mit der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens denselben Schutz erlangen könnte, den sie mit einer vorsorglichen Massnahme anstrebt. Dass die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einfacher ist als die Stellung eines (umfassend zu begründenden) Massnahmebegehrens (act. 46 S. 6), ist danach nicht relevant.

4. Die Gesuchsgegnerin brachte in der Berufungsantwort weiter vor, es sei fraglich, ob mit der Stellung eines Massnahmebegehrens die Klage nach Art. 15 DSG als beim Zivilgericht rechtzeitig eingeleitet gelte (act. 46 S. 6). Das

Argument betrifft wohl die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014, nach welcher die Daten mitgeteilt werden dürfen, wenn innert 10 Tagen ab der entsprechenden Ankündigung keine Klage eingeleitet wird (act. 13/3, Ziff. 1.4/c.). Das Verpassen dieser Frist würde indes weder an der Möglichkeit einer späteren Klageerhebung nach Art. 15 DSG noch an den Kriterien für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme etwas ändern. Die Verfügung vom 24. Januar 2014 betrifft wie gesehen lediglich die Strafbarkeit einer Datenherausgabe nach Art. 271 StGB (vorne II./3.4.3). Dass diese Strafbestimmung an der Notwendigkeit der vorsorglichen Massnahme nichts ändert, wurde bereits aufgezeigt. Die Wahrung der 10-Tagesfrist nach der Verfügung vom 24. Januar 2014 ist für die Beurteilung der Berufung somit nicht erheblich.

5. Rückweisung an die Vorinstanz

5.1 Die Vorinstanz hat die beantragte vorsorgliche Massnahme aufgrund der vermeintlich besseren Schutzwirkung der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens als nicht notwendig erachtet und hat das Begehren aus diesem Grund abgewiesen. Das erfolgte nach den vorstehenden Erwägungen zu Unrecht. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben.

5.2 Eine Beurteilung des der Gesuchstellerin drohenden nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO konnte im angefochtenen Entscheid unterbleiben, weil bereits die Notwendigkeit der Massnahme verneint wurde. Da diese Beurteilung nunmehr trotzdem vorzunehmen ist (vgl. vorne II./3.2), stellt sich die Frage einer Rückweisung an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz entweder einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Anstelle einer Rückweisung kann die Berufungsinstanz auch selber über einen von der Vorinstanz nicht beurteilten Punkt entscheiden. Das Interesse an der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses (Instanzenzug) ist dabei nach pflichtgemäsem Ermessen mit dem Gebot der Prozessbeschleunigung abzuwägen, wobei die neue Entscheidung des Berufungsgerichtes den Regelfall darstellt und die Rückweisung eher die Ausnahme bildet (vgl. dazu ZK ZPO-REETZ/HILBER, 2. Auflage 2013, Art. 318 ZPO N 25 f.).

Vorliegend bleibt nicht nur zu prüfen, ob der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Offen ist auch die Hauptsachenprognose (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) im Sinne der Prüfung, ob die Herausgabe der Personendaten der Gesuchstellerin an die USA nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verboten ist und ob sie (bejahendenfalls) nach Abs. 2 der Bestimmung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann (vgl. die gegenteiligen Ansichten der Parteien, act. 1 S. 12 f. und act. 11 S. 27 ff.; zur gegebenenfalls gebotenen Interessenabwägung vgl. OGer ZH LF140075 vom 3. März 2015, E. III./3.3 ff.)

Da damit ein wesentlicher Teil der Klage noch zu beurteilen ist, ist eine Rückweisung des Verfahrens angebracht.

7. Vorzumerken ist, dass infolge der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vom 9. Dezember 2014 die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 4. September 2014 (vgl. act. 5) für die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens getroffenen superprovisorischen Massnahmen weiterhin Geltung haben.

III.

1. Die Gesuchstellerin verlangt den Schutz ihrer Persönlichkeit als ehemalige Arbeitnehmerin der Gesuchsgegnerin. Es liegt ein nicht vermögensrechtlicher Streit aus einem Arbeitsverhältnis vor. Daher sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO; vgl. OGer ZH PF140059 vom 16. Dezember 2014, E. II./1.).

2. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist auf den Betrag von Fr. 2'500.00 festzusetzen (§§ 5 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Eine Entschädigung für die Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt. Der Entscheid über die Auferlegung der Parteientschädigung ist dem neuen Sachentscheid der Vorinstanz zu überlassen (vgl. ZK ZPO-REETZ/HILBER, 2. Auflage 2013, Art. 318 ZPO N 61).

Der Antrag der Gesuchstellerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde (wie eingangs erwähnt) mit Verfügung vom 13. Januar 2015 gutgeheissen (Bestätigung der superprovisorischen Anordnung vom 24. Dezember 2014). Auch

wenn die superprovisorische Anordnung der Vorinstanz nach deren Entscheid auch für das Berufungsverfahren weiter galt, rechtfertigte sich die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zur Schaffung klarer Verhältnisse (vgl. act. 44). Für eine Entschädigungsregelung nach Art. 108 ZPO besteht daher – entgegen der Gesuchsgegnerin (act. 43 S. 3 ff.) – keine Veranlassung.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Dezember 2014 aufgehoben, und der Prozess wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass es der Gesuchsgegnerin bis zu einem neuen Entscheid der ersten Instanz unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall weiterhin verboten ist, Personendaten der Gesuchstellerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. Der Gesuchstellerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 – unter dem Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückerstattet.
4. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
5. Die weitere Regelung der Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 46, sowie an das Bezirksgericht Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: