

Art. 6 und 15 DAG, Weitergabe persönlicher Daten. *Anwendung auf die Lieferung der Daten von Bank-Mitarbeitern an die amerikanischen Steuerbehörden.*
Art. 271 StGB, verbotene Handlungen für einen fremden Staat. *Die Bestimmung ist nur nach einer Ermächtigung des Bundesrates anwendbar.*

Im Rahmen des aktuellen "Steuerstreites" mit den USA erwägt eine Bank, den amerikanischen Behörden Daten über ihre Mitarbeitenden zu liefern. Eine Mitarbeiterin verlangte vom Einzelgericht den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, welche diese Lieferung untersagen sollte. Das Einzelgericht trat darauf nicht ein, und dagegen richtet sich die Berufung.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

5.1 Eintreten auf die Berufung

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. Das Rügeprinzip erlaubt die effiziente Überprüfung des angefochtenen Entscheides, indem sich die Rechtsmittelinstanz davon entlastet, den vorinstanzlichen Entscheid über das Gerügte hinaus zu überprüfen. Sie erfüllt indes keinen Selbstzweck und soll nicht strenger als nötig gehandhabt werden. Ein Berufungskläger erfüllt seine Rügeobliegenheit, wenn aus der Begründung ohne weiteres erkennbar ist, inwiefern der angefochtene Entscheid aus Sicht des Berufungsklägers falsch ist. Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an. Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (Art. 57 ZPO, BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

Die Gesuchstellerin legt in der Berufungsschrift dar, aus welchen Gründen sie die Begründung der Vorinstanz für unzutreffend hält. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin beschränkt sie sich nicht darauf, die im ursprünglichen Gesuch gemachten Ausführungen zu wiederholen. Insbesondere legte die Gesuchstellerin dar, weshalb das Vorgehen nach der Verfügung des Bundesrates keinen hinrei-

chenden Schutz gebe. Aus der Berufungsschrift geht mit genügender Klarheit hervor, inwiefern die Gesuchstellerin die Begründung des Urteils vom 14. Januar 2015 für falsch hält, so dass eine Überprüfung im Rechtsmittelverfahren ohne Weiteres möglich ist. Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

5.2 Einlenken der Gesuchsgegnerin

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). Als nicht notwendig erweist sich die begehrte Massnahme, falls die Gesuchsgegnerin einlenkt (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 13). Die Beweislast bezüglich der Notwendigkeit der Massnahme liegt zwar beim Gesuchsteller, das Einlenken stellt jedoch eine rechtshindernde Tatsache dar, für die die Gesuchsgegnerin beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB). Die Beschränkung des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung impliziert keine förmliche Beschränkung der Beweismittel (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 62). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt das Glaubhaftmachen grundsätzlich das Vorliegen objektiver Anhaltspunkte voraus (BGE 5A_726/2010 E. 3.2.1.), doch kann auch eine persönliche Versicherung genügen, wenn der Beweisführer glaubwürdig und seine Darstellung plausibel ist (BGE 5P.285/2000 E. 2c, OGer ZH, LF140099). Lässt man mit dem Bundesgericht die persönliche Versicherung genügen, so sind an deren Glaubhaftmachung hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Gesuchsgegner durch blosser Erklärung, die vom Gesuchsteller befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb in der Regel nur ein in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehaltlose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Mit einer erst im Prozess abgegebenen Erklärung vermag ein Gesuchsgegner ein Einlenken kaum mehr glaubhaft zu machen, da zum einen die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Abgabe der Erklärung aus takti-

schen Gründen besteht und zum anderen das späte Einlenken zusätzlich erklärungsbedürftig wäre. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Gesuchsgegner ein behauptetes Einlenken glaubhaft gemacht hat, steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu. Eine abstrakte Regel lässt sich nicht formulieren, sondern es kommt auf die Umstände im konkreten Fall an.

Die Gesuchsgegnerin teilte der Gesuchstellerin im Schreiben vom 27. November 2014 mit, dass sie die Daten in die USA übermitteln werde. Sie wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass es ihr frei stehe, eine Klage gemäss Art. 15 DSGVO einzuleiten (act. 4/2). Die Einleitung einer Klage gemäss der genannten Bestimmung führt ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht zu einem Verbot der Datenherausgabe für die Dauer des Verfahrens. Zu Recht gehen weder die Vorinstanz noch die Gesuchsgegnerin davon aus, die Gesuchsgegnerin habe bereits damals eingelenkt. Erst mit Einreichung der Schutzschrift vom 4. Dezember 2014 – als die Gesuchsgegnerin also schon ernsthaft mit einem Massnahmeverfahren rechnen musste – erklärte die Gesuchsgegnerin unter anderem, sie werde die Daten nur herausgeben, falls die Gesuchstellerin keine Klage anhängig mache oder falls die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei (act. 5/1). Das Einlenken der Gesuchsgegnerin erfolgte somit erst in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Massnahmeverfahren. 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 Zusage als glaubhaft gemacht zu betrachten. Da die Beweislast für das Einlenken bei der Gesuchsgegnerin liegt, genügt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht an das Versprechen halten werde (act. 19 S. 4). Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall, weshalb sich die begehrte Massnahme nicht aus diesem Grund bereits als nicht notwendig erweist.

5.3 Subsidiarität der zivilprozessualen vorsorglichen Massnahme

Die Vorinstanz hielt in der Verfügung vom 5. Dezember 2014 – auf die im angefochtenen Urteil verwiesen wird – fest, dass ein Massnahmebegehren abzu-

weisen sei, wenn der Gesuchstellerin andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden. Sie vertritt somit die Auffassung, aus dem Begriff der Notwendigkeit sei abzuleiten, dass die zivilprozessuale Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen subsidiär sei. Zur Begründung stützt sie sich auf zwei Literaturstellen, wobei die erste keine Begründung gibt und die zweite auf einen Basler Entscheid aus dem Jahre 1965 zurückgreift (Stahelin(Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, § 22 N 11; BSK ZPO-Thomas Sprecher, 2. Auflage, Art. 262 N 49 mit Hinweis auf BJM 1965 185). Abgesehen davon, dass der vor rund 50 Jahren ergangene Basler Entscheid nicht ohne Weiteres eine Antwort darauf gibt, wie die Bundes-ZPO auszulegen ist, ist darauf hinzuweisen, dass das Basler Gericht das Massnahmebegehren nicht deswegen abwies, weil dem Gesuchsteller ein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung gestanden wäre, sondern weil die Gegenpartei unter bestimmten Bedingungen zum Einlenken bereit war.

Die Auffassung, wonach die zivilprozessuale Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen subsidiär sei, findet im Gesetz und in den Materialien keine Stütze (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7353 ff.). Der Begriff der Notwendigkeit im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO ist ein Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. KuKo ZPO-Ehrenzeller, 2. Auflage, Art. 261 N 12). Aus ihm kann nicht das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer Nachrangigkeit der vorsorglichen Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen abgeleitet werden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mit der Begründung abgewiesen werden, die Gesuchstellerin könne den von ihr angestrebten Schutz statt durch das vorprozessuale Massnahmebegehren durch die Stellung eines Schlichtungsgesuches erlangen, also auf dem durch die Verfügung des Bundesrates vorgezeichneten Weg. Dabei kann es auch keine Rolle spielen, ob die Stellung eines Schlichtungsgesuches einfacher ist als die Einreichung eines Massnahmebegehrens. Denn es steht der Gesuchstellerin frei, welchen Rechtsbehelf sie in Anspruch nehmen will.

5.4 Schutz der Gesuchstellerin durch die Verfügung des Bundesrates

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft zu machen, dass ihr ohne Erlass der begehrten Massnahme ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dies

ist zu verneinen, wenn ein angestrebtes Verbot – beispielsweise von einer Verwaltungsbehörde – bereits in individuell-konkreter Form erlassen wurde (vgl. O-Ger ZH, II. ZK, ZR 107 Nr. 41).

Die Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013 schützt die "betroffenen Personen" vor der Datenherausgabe, falls sie eine Hauptklage fristgerecht rechtshängig gemacht haben. Diese generell-konkrete Verfügung genügt nicht, um den Anspruch der Gesuchstellerin auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu verneinen. Bei diesem Ergebnis kann die von der Vorinstanz verneinte Frage unbeantwortet bleiben, ob mit der Abänderung dieser Verfügungsverfügung zu rechnen ist. Ebenfalls offen bleiben kann, ob die Verfügung überhaupt rechtmässig ist, was die Gesuchsgegnerin bezweifelt.

5.5 Schutz der Gesuchstellerin durch Art. 271 StGB

Eine Datenherausgabe im jetzigen Zeitpunkt könnte den Straftatbestand von Art. 271 StGB erfüllen. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass dieser Tatbestand eine höhere Sanktion vorsehe als die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei auch aus diesem Grund nicht nötig. Diese Auffassung ist unzutreffend. Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot 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 Rechtssuchender, der die entsprechenden Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat, hat deshalb unabhängig von einem anderweitigen strafrechtlichen Schutz Anspruch auf den Erlass einer Massnahme. Der vorliegende Fall zeigt überdies exemplarisch auf, dass der strafrechtliche Schutz – hier gestützt auf Art. 271 StGB – nicht nur vom Subsumptionsrisiko, sondern auch von weiteren Faktoren abhängt. Art. 271 StGB beschreibt

eine politische Straftat (BSK StGB II-Markus Husmann, 3. Auflage, vor Art. 271 N 4). Die Strafverfolgung setzt eine Ermächtigung des Bundesrates voraus (Art. 66 Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG). Der Entscheid über die Ermächtigung muss nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten gefällt werden, vielmehr gilt das politische Opportunitätsprinzip. 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 (BSK StGB II-Markus Husmann, 3. Auflage, vor Art. 271 N 89). Die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe in die USA ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung seiner Verfügung vom 16. Juli 2013 die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist offen. Art. 271 StGB bietet auch deshalb keinen genügenden Schutz.

5.6 Fazit

Nach dem Gesagten vermag die vorinstanzliche Begründung einen abweisenden Massnahmeentscheid nicht zu stützen. Das Massnahmegesuch ist deshalb gutzuheissen, sofern die Gesuchstellerin den von ihr geltend gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (zu deren Begründung sie die Einschränkung der internationalen Bewegungsfreiheit behauptet) sowie den von ihr behaupteten Anspruch auf Nichtherausgabe von Daten glaubhaft gemacht hat. Die Vorinstanz hat sich dazu im angefochtenen Entscheid nicht geäußert und hat der Gesuchsgegnerin noch keine Gelegenheit gegeben zum Massnahmegesuch vom 3. Dezember 2014 Stellung zu nehmen. Das Urteil vom 14. Januar 2015 ist aufzuheben und zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 3. März 2015
Geschäfts-Nr.: LF150002-O/U