

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF150003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 14. April 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

und /oder Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

und / oder Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerich-
tes Zürich vom 18. Februar 2015 (ET140071)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Personendaten des Gesuchstellers 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.

Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Februar 2015:

(act. 23 S. 7 = act. 26 S. 7 = act. 28 S. 7)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 angeordnete superprovisorische Massnahme wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Gesuchsteller auferlegt. Sie wird aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Fr. 2'000.– übersteigenden Umfang wird der Kostenvorschuss dem Gesuchsteller zurückerstattet.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

(act. 27 S. 2)

– des Berufungsklägers (act. 27 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid aufzuheben und die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 3. Dezember 2014 zu bestätigen und der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten provisorisch zu verbieten, Personendaten des Gesuchstellers und Berufungsklägers 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 der Entscheid aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Aufrechterhaltung / Wiedereinsetzung der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 3. Dezember 2014 bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Vorinstanz bzw. es sei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten superprovisorisch zu verbieten, Personendaten des Gesuchstellers und Berufungsklägers 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.
- 3.a Subeventualiter sei die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 3. Dezember 2014 bis zum Ablauf der Beschwerdefrist aufrecht zu erhalten bzw. wieder einzusetzen; 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 des Berufungsklägers (act. 27 S. 3):

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

– der Berufungsbeklagten (act. 35 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen und es sei der Entscheid des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Februar 2015 zu bestätigen.
2. Eventualiter sei dem Berufungskläger eine angemessene Frist anzusetzen, um den Hauptsacheprozess beim zuständigen Gericht anhängig zu machen, mit der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres dahinfällt.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) ist ein ehemaliger Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin; act. 1 S. 4). Die Gesuchsgegnerin verpflichtete sich in einer Einigung mit den USA zur Beilegung des Steuerstreits (sog. "Plea Agreement"), dem US Department of Justice ("DoJ") eine spezifizierte "Flow-of-Funds-Übersicht" zu übermitteln. Diese umfasst auch Daten bzw. den Namen des Gesuchstellers (act. 4/3; act. 14 S. 2 f.).

2.1. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2014 stellte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), das eingangs aufgeführte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Er möchte damit verhindern, dass die ihn betreffenden Daten von der Gesuchsgegnerin in die USA, insbesondere an das DoJ, geliefert bzw. in einer Datenbank des DoJ gespeichert werden (act. 1 S. 7).

2.2. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 verbot die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin im Sinne einer superprovisorischen Anordnung mit sofortiger Wirkung, Personendaten des Gesuchstellers direkt oder indirekt an US-Behörden zu über-

mitteln (act. 6). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2014 wurde dem Gesuchsteller die von der Gesuchsgegnerin am 4. Dezember 2014 eingereichte Schutzschrift mitgeteilt (act. 8/1; act. 9). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen datiert vom 23. Dezember 2014 (act. 14). Am 6. Januar 2015 stellte der Gesuchsteller ein Sistierungsgesuch. Dieses wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 7. Januar 2015 abgewiesen (act. 20-21). Mit Entscheidung vom 18. Februar 2015 wies die Vorinstanz das Massnahmegesuch des Gesuchstellers ab und hob die mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 angeordnete superprovisorische Massnahme auf (act. 23 S. 7 = act. 26 S. 7 = act. 28 S. 7).

3.1. Dagegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 20. Februar 2015 (überbracht) rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Berufungsanträgen (act. 27). Mit Verfügung vom 23. Februar 2015 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren angesetzt. Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 30; act. 32). Mit Verfügung vom 13. März 2015 wurde der Gesuchsgegnerin Frist für die Berufungsantwort und die Stellungnahme zur superprovisorischen Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt (act. 33). Am 27. März 2015 erstattete die Gesuchsgegnerin innert Frist die Berufungsantwort mit den eingangs aufgeführten Anträgen. Zur aufschiebenden Wirkung nahm sie keine Stellung. Das Verfahren ist androhungsgemäss ohne eine solche weiterzuführen (act. 33 S. 2; act. 35).

3.2. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-24). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Gesuchsteller sind indes noch die Doppel von act. 35 und 36/1-5 zuzustellen. Auf die Parteivorbringen ist in der Folge – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

A. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. 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. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 308 N 41).

1.2. Zur Verhinderung der Datenweitergabe durch die Gesuchsgegnerin stützt sich der Gesuchsteller auf den Schutz seiner Persönlichkeit, wie er unter anderem in Art. 328b OR und im DSG konkretisiert wird (act. 1 S. 3 und 7 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. Das Anfechtungsobjekt ist mit "Entscheid" betitelt. Gemäss § 135 Abs. 1 GOG handelt es sich um ein Urteil. Die falsche Bezeichnung ändert jedoch nichts an der Gültigkeit des Entscheids bzw. an der Zulässigkeit des Rechtsmittels.

3.1. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. Volkart, Dike-Komm-ZPO, Art. 317 N 18 f., ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 49). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese nur schon deshalb unbeachtlich.

3.2. Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Berufungsantwort neue Beweismittel vor, mitunter schriftliche Auskünfte und die Parteibefragung (vgl. act. 35 S. 4 f., 9, 11 und 13). Dass in Bezug auf diese die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt wären, behauptet die Gesuchsgegnerin nicht. Die Noven können im Berufungsverfahren keine Beachtung finden.

B. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, es sei zunächst unter dem Titel der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen, ob die Massnahme zur Abwehr des Nachteils notwendig sei. Dies sei nicht der Fall, wenn der gesuchstellenden Partei zur Erreichung ihrer Ziele noch andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden. Es fehle an der Notwendigkeit der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, wenn sich die an die Gesuchsgegnerin gerichtete Bewilligung des Bundesrates mit der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013 decke, welche vorsehe, dass eine Datenbekanntgabe bereits bei Stellung eines Schlichtungsgesuchs nach Art. 271 StGB untersagt sei, und die Gesuchsgegnerin eine unmissverständliche Unterlassungserklärung abgebe. Gemäss den Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich (zu einem vergleichbaren Sachverhalt) genüge es, wenn die gesuchsgegnerische Partei erkläre, die Daten während des hängigen Prozesses nicht herauszugeben, sie sich bisher an die Vorgaben der Musterverfügung gehalten habe und keine objektiven Anhaltspunkte für eine Datenherausgabe entgegen ihrer Erklärung bestünden (act. 26 S. 3 f.).

Vorliegend habe sich die Gesuchsgegnerin an die Vorgaben der Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013 gehalten, die inhaltlich der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013 entspreche. Sodann habe die Gesuchsgegnerin sowohl in ihrer Schutzschrift vom 4. Dezember 2014 als auch in ihrer Eingabe vom 23. Dezember 2014 bestätigt, dass sie sich an die Bestimmung halte, wonach Personendaten nur übermittelt werden dürften, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht werde oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei. Die Gesuchsgegnerin habe erklärt, die Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 62 ff. ZPO zu verstehen und die Bestimmung von Art. 63 ZPO sinngemäss auf die vorliegende Konstellation – wo anstelle des

Friedensrichters das Einzelgericht im summarischen Verfahren angerufen worden sei – als anwendbar zu erachten. Weder aus den Vorbringen des Gesuchstellers noch aus den Akten würden sich objektive Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die Gesuchsgegnerin entgegen ihrer Zusicherung verhalten und die Daten herausgeben werde, vorausgesetzt der Gesuchsteller klage innert Monatsfrist beim Friedensrichter. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass es der Gesuchsteller bisher unterlassen habe, beim zuständigen Friedensrichteramt ein Schlichtungsgesuch einzureichen. Zum einen habe er dieses Versäumnis selbst verschuldet, zum anderen gelte nach Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung, wenn der Gesuchsteller innert eines Monats seit dem abschlägigen Entscheid seine Klage beim zuständigen Friedensrichter einreiche. Es fehle damit im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung an der Notwendigkeit der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (act. 26 S. 4 f.).

C. Würdigung

1.1. 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 – wie von der Vorinstanz richtig erwogen (act. 26 S. 3) – ein Gebot der Verhältnismässigkeit.

1.2. Einer Partei steht es grundsätzlich 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 Prosequierlast (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. A., Basel 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. Das kann allerdings nur dann relevant sein, wenn das Schlichtungsverfahren effektiv und ohne jede Einschränkung denselben (oder einen weitergehenden) Schutz wie eine vorsorgliche Massnahme gewährleistet.

1.3. Hier geht es damit nicht um die Frage, ob auch der Friedensrichter eine vorsorgliche Massnahme erlassen könnte oder die Abweisung des Massnahmegehalts eine Änderung der Zuständigkeitsordnung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bewirkt (vgl. act. 27 S. 11 ff. und dazu act. 35 S. 4 und 6), sondern darum, dass einem Schlichtungsverfahren an sich bereits gewisse Wirkungen zukommen. Dies folgt aus der Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 und der individuell an die Gesuchsgegnerin gerichteten Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013, welche mit Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 27. Juni 2014 verlängert wurde (vgl. act. 8/4/1-3; act. 17/1-2). Unter dem Aspekt der Notwendigkeit der verlangten Massnahme ist daher nachfolgend zu prüfen, ob es sich im vorliegenden Fall so verhält, dass das Schlichtungsverfahren (mindestens) denselben Schutz wie eine vorsorgliche Massnahme bietet oder nicht.

2.1. Der Gesuchsteller bringt vor, die Musterverfügung sei ein rechtliches Nichts. Aus zivilrechtlicher Optik könne nicht relevant sein, was in einer Verfügung stehe. Er sei nicht Adressat der Verfügung vom 16. Juli 2013 und diese könne jederzeit unter den dafür massgebenden Voraussetzungen geändert werden, weshalb sie ihm keinerlei Schutz vermittle (act. 27 S. 13). Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass die bundesrätliche Verfügung einen unmittelbaren Schutz gegen eine Datenübermittlung bewirke und dieser weiter gehe als der Schutz vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO. Dies ergebe sich einerseits daraus, dass der Schutz unabhängig von gerichtlich zu prüfenden Voraussetzungen (im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO) beginne, und andererseits die straf- sowie aufsichtsrechtlichen Konsequenzen bei einer Missachtung der Verfügung weitreichender

wären. Die Abänderbarkeit der Verfügung sei durch die – auch gegenüber Drittbe-
troffenen geltenden – Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes
beschränkt. Ohnehin bestünden keine Anhaltspunkte für eine bevorstehende Än-
derung und der Schutz entfalle auch beim Wegfall der bundesrätlichen Verfügung
nicht (act. 35 S. 6 f.).

2.2. Die Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013 (act. 8/4/2) deckt sich –
so richtig die Vorinstanz – mit der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli
2013 (act. 26 S. 4). Sie richtet sich individuell an die Gesuchsgegnerin und ist für
diese verbindlich. Indessen ist zu präzisieren, dass die Verfügung der Gesuchs-
gegnerin 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 Daten-
herausgabe erheben (act. 8/4/2, 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 Daten-
herausgabe trotz Klageeinleitung nicht von der Bewilligung umfasst wird und so-
mit unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen kann. Würde die Ge-
suchsgegnerin trotz Einleitung eines Schlichtungsverfahrens Daten des Gesuch-
stellers übermitteln, so verhielte es sich rechtlich daher genau gleich, wie wenn
die Verfügung des Bundesrates nicht existierte. Die Verfügung des Bundesrates
vom 16. Juli 2013 hat für diesen Fall somit keine Auswirkungen. Entscheidend ist
daher die Auswirkung der zugrunde liegenden Strafnorm (Art. 271 Ziff. 1 StGB).

Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits gene-
rell verboten ist, macht ein individuelles Verbot nach der Praxis der Kammer nicht
überflüssig. Dasselbe muss gelten, wenn ein bestimmtes Verhalten aufsichts-
rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte. Denn erst mit einer individuell-
konkreten Anordnung wird ein bestimmtes Verhalten mit Wirkung für bestimmte
Personen ohne weitere Voraussetzungen und insbesondere ohne die Notwendig-
keit der Auslegung und Subsumtion für verboten oder geboten erklärt. Demge-

genüber 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. 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. A., Basel 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 C. _____ in der Schweiz (vgl. BSK StGB II-Husmann, a.a.O., 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 vom 16. Juli 2013 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 Bundesrates vom 16. Juli 2013 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. Da die Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013, so wie sie erlassen wurde, dem Gesuchsteller keinen die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschlies-

senden Schutz gewährt, ist nicht von Belang bzw. nicht zu prüfen, wie es sich mit einem allfälligen Wegfall bzw. mit einer Abänderung der Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013 und diesbezüglichen Argumenten der Rechtssicherheit sowie des Vertrauensschutzes verhält.

3.1. 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, a.a.O., Art. 261 ZPO N 13; OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2).

3.2. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, dass es nicht um einen Fall des "Einlenkens" gehe, da sie die bundesrätliche Verfügung nicht bloss während oder wegen des laufenden Verfahrens befolgt habe, sondern sie dies stets getan habe. Ihre Erklärung sei nur eine zusätzliche Bestätigung gewesen, sich (auch) während des hängigen Verfahrens an die Verfügung zu halten. Im Übrigen könne eine ausdrückliche Erklärung, wenn sie sich in der Vergangenheit stets an die bundesrätliche Verfügung gehalten habe und keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen würden, nicht noch weiter glaubhaft gemacht werden (act. 35 S. 5).

3.3. Das Einlenken der Gesuchsgegnerin in den Standpunkt des Gesuchstellers ist (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 vom Gesuchsteller befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb nur eine in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehaltlose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Eine erst im Prozess abgegebene Erklärung vermag ein Einlenken kaum mehr glaubhaft zu machen, da zum einen die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Abgabe der Erklärung aus taktischen Gründen besteht und zum anderen das späte Einlenken zusätzlich erklärungsbedürftig wäre. Dem Gericht steht bei der Beurteilung, ob ein behauptetes Einlenken

hinreichend glaubhaft gemacht wurde, 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; darauf verweisend und dergleichen auch OGer ZH LF140107 vom 13. März 2015, E. 3.4.6). 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. Am 7. Juli 2014 teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller mit, dass eine (weitere) Übermittlung von – u.a. auch den Gesuchsteller betreffenden – Daten an das DoJ bevorstehe. Die Gesuchsgegnerin erklärte, der Gesuchsteller könne, falls er nicht mit der Übermittlung der Daten einverstanden sei, bis am 28. Juli 2014 Widerspruch einlegen. Im Falle eines Widerspruchs werde sie eine Interessenabwägung vornehmen (act. 4/3). Am 24. Juli 2014 teilte der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin unter anderem mit, dass er mit der Übermittlung seiner Daten nicht einverstanden sei (act. 4/9). Mit Schreiben vom 27. November 2014 setzte die Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller darüber in Kenntnis, dass ihres Erachtens ihr Interesse an der Datenübermittlung überwiege und dem Widerspruch des Gesuchstellers nicht stattgegeben werden könne. Sie werde deshalb die Daten am 8. Dezember 2014 übermitteln. Es stehe dem Gesuchsteller frei, den Rechtsweg gemäss Art. 15 DSGVO einzuschlagen (act. 4/11). Dies führte zur Einreichung des streitgegenständlichen Massnahmebegehrens vom 2. Dezember 2014 (act. 1). Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 setzte die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin unter anderem Frist an, um schriftlich zum Massnahmegesuch Stellung zu nehmen und sich zur Frage zu äussern, ob auch die Einleitung einer Klage beim Friedensrichter genüge, um sie von einer Datenlieferung abzuhalten (act. 5 S. 3 f.). Am 5. bzw. 8. Dezember 2014 wurde diese Verfügung von der Gesuchsgegnerin empfangen (act. 7b-c). Bereits am 4. Dezember 2014 (überbracht) hatte die Gesuchsgegnerin bei der Vorinstanz eine Schutzschrift ohne Nennung einer Gegenpartei eingereicht, unter dem Hinweis, sie habe erfahren, dass Gesuche um Erlass von superprovisorischen Massnahmen zwecks Verbots der Datenübermittlung an das DoJ gestellt worden seien (act. 8/1).

3.5. Mit ihrem Vorgehen hielt sich die Gesuchsgegnerin zwar an die bundesrätliche Verfügung, eine *ausdrückliche Erklärung* im Sinne des Einlenkens erfolgte jedoch erst in der Schutzschrift vom 4. Dezember 2014. Erst in dieser bestätigte die Gesuchsgegnerin, dass sie sich an die (massgebliche) Bestimmung der bundesrätlichen Verfügung halten werde, sprich nur Daten herausgebe, falls keine Klage anhängig gemacht werde oder eine solche rechtskräftig abgewiesen worden sei, wobei sie die Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 62 ff. ZPO verstehe (act. 8/1 S. 1 f., 5. Absatz). In ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2014 bestätigte sie dies explizit für das vorliegende Verfahren unter Bezugnahme auf ihre Schutzschrift (act. 14 S. 4). Lediglich als "zusätzliche" Bestätigung – wie von der Gesuchsgegnerin behauptet – ist dies nicht anzusehen, teilte sie dem Gesuchsteller doch zuvor einzig mit, dass sie die Daten am 8. Dezember 2014 übermitteln werde, und sie wies den Gesuchsteller auf die Klagemöglichkeit gemäss Art. 15 DSGVO hin. Das Einlenken der Gesuchsgegnerin erfolgte somit erst in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Massnahmeverfahren, mithin in einem Zeitpunkt als sie (zugegebenermassen) schon ernsthaft mit einem solchen rechnete, und 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 doch 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 nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die Gesuchsgegnerin würde sich nicht an das Versprechen halten. Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

D. Fazit

1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht gesagt werden kann, die beantragte vorsorgliche Massnahme sei nicht notwendig, weil der Gesuchsteller mit der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens denselben Schutz erlangen könnte, den er mit einer vorsorglichen Massnahme anstrebt. Die Vorinstanz hat die bean-

tragte vorsorgliche Massnahme zu Unrecht gestützt auf die fehlende Notwendigkeit abgewiesen. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben.

2.1. Die Rechtsmittelinstanz kann die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. 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, a.a.O., Art. 318 ZPO N 25 f.).

2.2. Weil bereits die Notwendigkeit der Massnahme im angefochtenen Entscheid verneint wurde, konnte eine Beurteilung des dem Gesuchsteller drohenden nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO unterbleiben. Offen ist auch die Hauptsachenprognose (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Beurteilungen sind nunmehr vorzunehmen. Zudem hatte die Gesuchsgegnerin bisher erst Gelegenheit, sich zur Frage der Notwendigkeit der Massnahme zu äussern (vgl. act. 6 S. 3 f. und act. 14 S. 2). Eine Rückweisung des Verfahrens im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung erscheint daher als angebracht. In diesem Rahmen wird die Vorinstanz, falls nach Prüfung der weiteren Voraussetzungen die vorsorgliche Massnahme angeordnet werden sollte, auch über die Ansetzung einer Prosequierungsfrist an den Gesuchsteller (Art. 263 ZPO) zu entscheiden haben (vgl. act. 27 Rz. 34 f., Rz. 73 und act. 35 S. 8).

3. Vorzumerken ist, dass infolge der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vom 18. Februar 2015 die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 für die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens getroffene superprovisorische Massnahme (vgl. act. 6) weiterhin Geltung hat.

III.

1. Der Gesuchsteller verlangt den Schutz seiner Persönlichkeit als ehemaliger Arbeitnehmer 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, a.a.O., Art. 318 ZPO N 61).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 18. Februar 2015 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 des Gesuchstellers direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. Dem Gesuchsteller wird der von ihm geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 – 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 den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von act. 35 und 36/1-5;
 - das Bezirksgericht Zürich, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten;
 - die Obergerichtskasse;je gegen Empfangsschein.
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 im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: