

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210024-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 28. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 12. März 2021 (FV190048-F)

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte gestützt auf Art. 8 DSGVO zu verpflichten, dem Kläger schriftlich Auskunft über sämtliche von der Beklagten über den Kläger gesammelten Personendaten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a DSGVO – unabhängig von ihrer Aufzeichnungsart (Text, Bild, Ton, etc.) – zu erteilen, insbesondere auch bezüglich von Dritten erhaltene Daten und Daten, welche sich zu Bearbeitungszwecken bei Dritten befinden.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die beantragten Kreditkarten «C._____» sowie «D._____» auszustellen."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 12. März 2021:

Es wird verfügt:

1. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 (Auskunftsbegehren) wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 (Ausstellung der Kreditkarten) wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 4'750.– festgesetzt.
3. Die Entscheidungsbüher wird dem Kläger auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen in Höhe von insgesamt Fr. 4'750.– verrechnet.
4. Der Beklagten wird weder eine Partei- noch eine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 79, sinngemäss):

Es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und es seien die Rechtsbegehren gutzuheissen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 91 S. 2):

- "1. Die Berufung des Klägers/Berufungsklägers sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann, und das Urteil und die Verfügung vom 12. März 2021 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr.: FV190048-F) seien zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Klägers/Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Am 11. November 2019 reichte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) eine begründete Klage bei der Vorinstanz ein. Er verlangte einerseits Auskunft gestützt auf Art. 8 DSG und andererseits die Verpflichtung der Beklagten zur Ausstellung von zwei C. ____ D. ____ Kreditkarten (Urk. 80 S. 6). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Entscheid entnommen werden (Urk. 80 S. 3 ff.). Zu erwähnen ist, dass die Vorinstanz von einem Verzicht der Parteien auf die Hauptverhandlung ausging (Urk. 80 S. 8 f.). Soweit relevant, wird im Rahmen der Urteilsfindung darauf zurückzukommen sein. Am 12. März 2021 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 80 S. 29).

2. Mit Eingabe vom 12. April 2021 erhob der Kläger Berufung (Urk. 79). Mit Verfügung vom 28. April 2021 wurde ihm Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten (Urk. 82), welcher innert zweimal erstreckter Frist am 7. Juni 2021 geleistet wurde (Urk. 84, 86 und 89). Sodann reichte der Kläger am 7. Juni 2021 eine weitere Eingabe ein (Urk. 88). Mit Verfügung vom 15. Juni 2021 wurde der Beklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 90). Diese ging unterm 10. August 2021 ein (Urk. 91) und wurde mit Verfügung vom 17. August

2021 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 94). Mit Verfügung vom 20. August 2021 wurde dem Kläger für die Wahrnehmung des Replikrechts Frist angesetzt (Urk 97) und am 1. September 2021 reichte der Kläger innert Frist eine Stellungnahme ein (Urk. 99).

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-78).

II.

1.1 Die Berufungsschrift muss ein Rechtsbegehren und dessen Begründung entsprechend den Anforderungen gemäss Art. 221 ZPO (analog) enthalten. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an

die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

1.2 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Das gilt auch im Anwendungsbereich der sogenannten sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und E. 2.2.5; BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGer 4D_8/2015 vom 21. April 2015, E. 2.2), welcher der vorliegende Rechtsstreit unterliegt (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

1.3 Die Berufungsanträge müssen eingangs oder am Ende der Berufungsschrift aufgeführt werden. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Da die Berufung ein reformatorisches Rechtsmittel ist, hat der Berufungskläger grundsätzlich hinreichend bestimmte Anträge in der Sache zu stellen. Die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens ist nicht an sich selbst zu messen, sondern an den vorgetragenen Bestandungen (vgl. zum Ganzen: BGE 137 III 617 E. 4.2 f.; BGer 4A_129/2019 vom 27. Mai 2019, E. 1.2.2 mit Hinweisen; BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019 E. 3.4 mit Hinweisen). Aus dem Gesamtkontext der Berufungsschrift ist zu Gunsten des Klägers davon auszugehen, dass er die Gutheissung der vor Vorinstanz gestellten Begehren anstrebt. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ist auf die Berufung einzutreten.

1.4 Wie nachfolgend im Detail aufzuzeigen sein wird, genügt die Berufungsschrift den Anforderungen gemäss Erw. 1.1 in weiten Teilen nicht. Die Ausführungen in der Berufungsschrift erfolgen über weite Strecken ohne konkrete Bezugnahme zum vorinstanzlichen Entscheid. Auch wird nicht aufgezeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden vor Vorin-

stanz erhoben wurden; Verweisungen auf die vorinstanzlichen Akten fehlen gänzlich. Der Kläger nimmt weitschweifig, teilweise abwertend und teilweise schwer verständlich zum vorinstanzlichen Entscheid Stellung. So wird etwa moniert, das gesamte Urteil sei eine zusammenhanglose Auflistung falscher Ideen, die bestätige, dass der Richter nicht in der Lage gewesen sei, die Komplexität des Falles zu erfassen (Urk. 79 S. 1).

2.1 Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe ihm durch die Weigerung, Beweis- und Zeugenanordnungen zu erlassen und den Fall mündlich zu verhandeln, ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK verweigert. Der Anspruch auf eine "öffentliche Anhörung" in Art. 6 Abs. 1 EMRK impliziere notwendigerweise ein Recht auf eine "mündliche Anhörung" (Urk. 79 S. 1, 16). Die Vorinstanz erwog, dass es grundsätzlich unzulässig sei, einen Sachentscheid ohne Durchführung einer Hauptverhandlung zu fällen, ohne dass die Parteien im Sinn von Art. 233 ZPO auf eine solche verzichtet hätten. Ein Verzicht auf eine Hauptverhandlung setze nach Art. 233 ZPO voraus, dass beide Parteien den Verzicht auf eine solche erklärten. Eine bestimmte Form schreibe das Gesetz dafür nicht vor und die Erklärung könne auch mündlich abgegeben werden. Vorliegend - so die Vorinstanz - hätten die Parteien im Sinne von Art. 233 ZPO auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet. Der Kläger habe dies unter dem Vorbehalt getan, dass er nicht auf die Durchführung eines allfälligen Beweisverfahrens verzichte. Da das Verfahren spruchreif sei und keine (weiteren) Beweise abgenommen werden müssten, erübrige sich auch das Beweisverfahren. Somit entfalle die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Urk. 80 S. 8 f.).

2.2 Gemäss Art. 233 ZPO können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten (BGE 140 III 450 E. 3.2). Die Ermächtigung zum "Verzicht auf die Hauptverhandlung" im Sinne von Art. 233 ZPO gilt sinngemäss auch für das vereinfachte Verfahren (Art. 219 ZPO). Bei Klagen mit schriftlicher Begründung hat der Prozess bereits nach der ersten schriftlichen Stellungnahme der beklagten Partei (Art. 245 Abs. 2 ZPO) eine Grundlage, was einen gültigen Verzicht zulässt (BSK ZPO-Willisegger Art. 233 N 24). Die Gültigkeit des Verzichts setzt voraus, dass die Parteien über den Streitgegenstand frei

verfügen können und die Parteivorbringen hinreichend geklärt sind, damit ein Endentscheid über die Streitsache gefällt werden kann (Willisegger, a.a.O., Art. 233 N 13). Möglich ist auch ein "bedingter" oder "eingeschränkter" Verzicht in dem Sinne, als auf die Hauptverhandlung verzichtet wird für den Fall, dass eine Beweisabnahme nicht notwendig ist bzw. vom Gericht als nicht notwendig erachtet wird. Dies ist auch dann denkbar, wenn eine Partei selber die Ansicht vertritt, dass richtigerweise ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 233 N 5; BGer 5A_429/2017 vom 13. April 2018, E. 2.1).

Im zu beurteilenden Fall wurde eine Klage mit schriftlicher Begründung eingereicht. Der Streitgegenstand untersteht der Dispositionsbefugnis der Parteien. Zudem war nach Auffassung der Vorinstanz der Sachverhalt aufgrund der Parteivorbringen - Klagebegründung (Urk. 2), Stellungnahme der Beklagten (Urk. 17), Replik (Urk. 34), Duplik (Urk. 49), Stellungnahme zur Duplik (Urk. 59) - hinreichend geklärt, weshalb die Voraussetzungen für die Gültigkeit des Verzichts grundsätzlich gegeben waren.

2.3 Der Kläger moniert, das Telefonat, in dem er angeblich eine Hauptverhandlung abgelehnt habe, sei missverstanden worden. Erstens sei jede telefonische Kommunikation rechtlich nichtig. Zweitens sei der Inhalt des Telefonats die Frage gewesen, ob er den Fall schriftlich zusammenfassen wolle. Er habe geantwortet, "dass wir die Beweise und Zeugen vor jeder Verhandlung benötigen." (Urk. 79 S. 16 f.).

Eine bestimmte Form für die Verzichtserklärung schreibt das Gesetz nicht vor und die Erklärung kann auch mündlich abgegeben werden. Eine ausdrückliche Äusserung verlangt das Gesetz nicht. Bei Laien ist freilich eine konkludente Verzichtserklärung nur zurückhaltend anzunehmen (vgl. BGE 140 III 450 E. 3.2). Vorliegend geht es nicht um einen konkludenten Verzicht, sondern um eine mündliche Äusserung. Die Behauptung, dass jede telefonische Kommunikation rechtlich nichtig sei, trifft nicht zu. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz das geführte Telefongespräch mit einer Aktennotiz dokumentiert hat (Urk. 66) und diese damit Teil der Verfahrensakten wurde (vgl. *OGer ZH VB140014 vom 24.11.2014 E. 3.4-5*).

2.4 Nach Auffassung des Klägers ergab das Telefonat vom 8. Dezember 2020 Folgendes (Urk. 79 S. 18):

"A. _____: 'Ich glaube nicht, dass eine Anhörung jetzt eine gute Idee ist, wegen COVID. Ich möchte aber, dass Sie den nächsten Schritt machen und das ist, Beweise zu bekommen'.

Das Gericht: 'Der nächste Schritt ist die Entscheidung, ob wir eine Anhörung bekommen wollen ...!'

A. _____: 'Es gibt bisher keine Beweise, also brauchen wir Beweise, das ist der Punkt ... Ich verstehe nicht, was der Sinn der Anhörung ist, wenn es nur darum geht, nach Beweisen zu fragen'

Die Zusammenfassung des Anrufs war also, dass es keinen Sinn macht, eine Hauptverhandlung durchzuführen, ohne dass vorher Beweise erhoben werden. Dies ist NICHT gleichbedeutend mit der Ablehnung der Hauptverhandlung in vollem Umfang."

Wie sich aus der Telefonabschrift des Klägers und auch aus der Berufungsbeurteilung ergibt, geht es dem Kläger vor allem darum, dass Zeugen einvernommen und weitere Beweise abgenommen werden (Urk. 79 S. 1, 2, 4, 16 19). Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen und tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Eine formgerechte Beweisofferte setzt somit hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen voraus (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e i.V.m. Art. 219 ZPO). Die Aussage des Klägers, das oberste Ziel eines Gerichtsverfahrens sei es, die Kosten zu minimieren, "und die Forderung nach wichtigen Beweisen vor der Anhörung ist die einzige Möglichkeit, dies zu erreichen" (Urk. 79 S. 18), ist wohl so zu verstehen, dass der Kläger wollte, dass die Beweise vor der Hauptverhandlung erhoben werden. Gleich verhält es sich mit der Angabe "Ich habe geantwortet, dass wir die Beweise und Zeugen vor jeder Verhandlung benötigen." (Urk. 79 S. 17). Damit verkennt der Kläger den prozessualen Ablauf einer Gerichtsverhandlung. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017, E. 6.1.1; 4A_696/2016 vom 21. April 2017, E. 4.1.2). Über ungenügend substantiierte Tatsachenbehauptungen ist kein Beweis abzunehmen. Der Kläger zeigt indes nicht auf, wo er in den Rechtsschriften vor Vorinstanz die substantiierten Behauptungen aufgestellt hat. Wenn die Vor-

instanz schloss, der Kläger habe mit Ausnahme des Beweisverfahrens auf die Hauptverhandlung verzichtet, ist das nicht zu beanstanden. Das deckt sich auch mit der schriftlichen Aussage des Klägers in der Replik, er fordere das Gericht auf, den Prozess offline, das heisst über Briefe, fortzuführen, mit einer Telefonkonferenz für Zeugenaussagen (Urk. 34 S. 54). Wie ausgeführt, ist auch ein sog. eingeschränkter Verzicht zulässig (Erw. 2.2). Die Rüge, die Vorinstanz habe dem Kläger eine öffentliche Anhörung verweigert, geht fehl.

3. Der Kläger behauptet, dass der Kreditkartenvertrag der Beklagten rechtlich nichtig sei (Urk. 79 S. 15). Die Vorinstanz erwog dazu, im Endeffekt handle es sich dabei um eine Inhaltskontrolle im Sinne von Art. 8 UWG der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten im Zusammenhang mit Kreditkartenverträgen. Eine entsprechende Klage mit dem Begehren der Nichtigerklärung von AGB sei grundsätzlich zulässig. Zudem sei eine Klageänderung unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO möglich. Jedoch gelte auch bezüglich dieses Antrags, dass es dem Kläger vorliegend darum gehe, die Beklagte gegen ihren Willen zur Ausstellung von Kreditkarten zu bewegen; so werde das Instrument der inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 8 UWG – gleich wie das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO – zweckentfremdet, um die Beklagte unter Druck zu setzen (Urk. 80 S. 26 f.). Der Kläger setzt sich nicht substantiiert mit diesen Erwägungen auseinander, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

4. Ebenfalls ohne Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen erfolgen die Ausführungen des Klägers zur Kontrahierungspflicht (Urk. 79 S. 15 f.), zudem ist ein Zusammenhang mit dem vor Vorinstanz Vorgebrachten nicht dargetan. Unter Punkt 15.5 der Berufungsschrift führt der Kläger ein Zitat aus dem vorinstanzlichen Entscheid an mit dem Bemerkung, [dies zeige], dass der Richter den Fall falsch verstanden habe (Urk. 79 S. 18). Dem ist zu entgegnen, dass das Zitat nicht die Rechtsauffassung der Vorinstanz wiedergibt, sondern die Ausführungen der Beklagten zur Kontrahierungspflicht (Urk. 80 S. 9 f.). Dasselbe gilt für den Vorwurf der Voreingenommenheit, welche der Kläger unter Punkt 15.6 anbringt (Urk. 79 S. 18). Die von ihm angesprochene "Aussage in 1.4" betrifft erneut eine

Behauptung der Beklagten und gibt nicht die Rechtsauffassung des Gerichts wieder (Urk. 80 S. 12).

5. Die Vorinstanz ging für das zweite, streitwertabhängige Rechtsbegehren von einem Streitwert von Fr. 10'000.– aus, da die monatliche Kreditkartenlimite als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Streitwertbemessung erscheine (Urk. 80 S. 6 f.). Derweil argumentiert der Kläger, diese Zahl sei willkürlich, es sei von einem Streitwert von Fr. 5'000.– auszugehen. Die Monatslimite stehe in keinem Verhältnis zur Klage (Urk. 79 S. 17). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Das Vorgehen der Vorinstanz ist rechtens; es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Streitwert offensichtlich unrichtig ist. Das Argument des Klägers, bei den von ihm genannten Fr. 5'000.– habe es sich um den Wert der Ressourcen gehandelt, die für die Kreditkartenanträge vor Einreichung der Klage aufgewendet worden seien (Urk. 79 S. 17), ist erstens prozessual neu und daher unbeachtlich (vgl. E. II.1.2) und zweitens nicht belegt.

6. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels beantragte der Kläger, die E1.____ bzw. die E2.____, ... [Adresse] (fortan E2.____) sei in die Klage einzubeziehen. Die Vorinstanz wies den Antrag ab, da keine Klagebewilligung betreffend die E2.____ vorliege. Die Mitwirkung des Bankenombudsmanns vermöge diese nicht zu ersetzen. Denn Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZPO bilde eine durch eine Schlichtungsbehörde im Sinne der ZPO ausgestellte Klagebewilligung. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 198 ZPO oder ein Fall der Möglichkeit eines einseitigen Verzichts im Sinne von Art. 199 ZPO liege überdies nicht vor (Urk. 80 S. 7 f.). Der Kläger macht geltend, sie hätten genug Mediationen mit der E2.____ über den Bankenombudsmann gemacht - sie hätten über 20 Briefe ausgetauscht und er habe aufgegeben. Es sei offensichtlich, dass Friedensrichter-Sitzungen mit der E2.____ nirgendwo hinführen würden (Urk. 79 S. 17 f.). Der Kläger zeigt nicht auf, inwiefern die entscheidrelevante Erwägung, wonach die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens und die Vorlage einer gülti-

gen Klagebewilligung eine von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung sei, rechtsfehlerhaft sein soll.

7. Unter Punkt 15.10 (Die Konsequenzen der Presse sind ein Markenzeichen der Demokratie), Punkt 15.11 (B._____ hat mich an die E2._____ verwiesen), Punkt 15.12 (A._____s Interesse sind persönliche Informationen) und Punkt 15.13 (A._____s unklare Formulierung) zitiert der Kläger verschiedene Passagen aus den Parteivorträgen der Beklagten, nicht jedoch aus der vorinstanzlichen Entscheidung. Die Rüge des Klägers, der Richter habe nicht verstanden, worum es ihm gegangen sei (Urk. 79 S. 20), geht daher fehl. Es ist nicht weiter auf die Zitate einzugehen.

8. Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, er habe nie gesagt, dass er die Klage zurückziehen werde, ohne die persönlichen Daten zu erhalten (Urk. 79 S. 22). Die Kritik ist unberechtigt. Die Vorinstanz erwog vielmehr, dass der Kläger an der datenschutzrechtlichen Auskunft kein tatsächliches Interesse zu haben scheine, zumal er wiederholt betont habe, dass er die Klage zurückziehen werde, sobald die Beklagte die Kreditkarten ausgestellt, sich entschuldigt und Kompensation in Aussicht gestellt habe (Urk. 80 S. 21).

Im gleichen Kontext führte die Vorinstanz aus, dass es dem Kläger bewusst sein müsse, dass er sich für einen ernst gemeinten Versuch zur Beseitigung des UK-Status (UK steht für "unerwünschter Kunde") eigentlich an die E2._____ wenden müsste. So bringe er sogar selbst vor, dass der UK-Status ein Fehler der E2._____ sei und dass, sobald dies geklärt sei, kein Grund mehr zur Verweigerung der Kreditkarten bestehen würde (Urk. 80 S. 22). Der Kläger hält dem entgegen, dass er sich nicht mit der E2._____ in Verbindung setzen müsse, um seine Daten von der "Do Not Do Business-Liste" entfernen zu lassen. Da B._____ (die Beklagte) ihre Informationen verarbeite, sei die Beklagte dafür verantwortlich (Urk. 79 S. 22). Der Kläger zeigt allerdings nicht auf, wo vor Vorinstanz er diese Behauptung aufgestellt hat; sie ist daher prozessual verspätet.

9. Die Vorinstanz qualifizierte das Auskunftsbegehren nach Art. 8 DSGVO als rechtsmissbräuchlich und trat nicht darauf ein. Sie führte u.a. aus, der Kläger deu-

te an, dass der UK-Status wahrscheinlich auf Streitigkeiten im Rahmen des vormals bestehenden Arbeitsverhältnisses mit der E2. _____ zurückzuführen sei. Er sei offenbar an den genauen Daten im Zusammenhang mit dem UK-Status interessiert, welche bei der E2. _____ hinterlegt seien. An Daten der Beklagten habe er kein ernsthaftes Interesse. Vielmehr habe er das Verfahren betreffend das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO angestrengt, um Druck auf die Beklagte auszuüben, um sein eigentliches Ziel – die Ausstellung von Kreditkarten durch die Beklagte – zu erreichen. Dadurch werde das Auskunftsrecht zweckentfremdet. Dessen Ausübung diene zur Schikane der Beklagten, da sich diese berechtigterweise geweigert habe, dem Kläger Kreditkarten auszustellen (Urk. 80 S. 22).

Der Kläger macht geltend, die Ausführungen der Vorinstanz seien ein klarer Fall von Voreingenommenheit. Die Beklagte sei für die Richtigkeit der Daten verantwortlich, die ihr die E2. _____ zur Verfügung gestellt habe. Er glaube, der Fall der Aufnahme sei ein Akt der Vergeltung. Aber dann sei es die Pflicht der Beklagten, die Mitgliedsdaten korrigieren zu lassen (Urk. 79 S. 23). Der Umstand, dass der Kläger die vorinstanzliche Auffassung als unrichtig erachtet, ist kein Grund für eine Voreingenommenheit im Sinne eines Ausstandsgrundes von Art. 47 ZPO. Es kommt nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei an, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit müsste vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 140 III 221 E. 4.1; vgl. auch Erw. 13). Im weiteren zeigt der Kläger wiederum nicht auf, wo in den Rechtsschriften vor Vorinstanz er die betreffenden Behauptungen aufgestellt hat. Zudem hält er erneut fest, dass die Ausstellung der Karten sein Hauptziel sei (Urk. 79 S. 21).

10. Die Vorinstanz prüfte im Rahmen einer Eventualbegründung die Voraussetzungen von Art. 8 DSGVO und schloss, dass das Auskunftsbegehren, selbst wenn darauf einzutreten wäre, nicht gutzuheissen wäre. Sie erwog u.a., der Kläger behaupte, dass die Beklagte über Daten über ihn verfügen würde, welche sie nicht herausgegeben habe. Der Kläger anerkenne jedoch, dass die Beklagte ihm angeboten habe, die elektronische Systemmeldung einzusehen. Dadurch sei die Beklagte ihrer Mitwirkungspflicht hinreichend nachgekommen. Auch gelinge es dem Kläger nicht, das Gericht zu überzeugen, dass die Beklagte Daten im Zu-

sammenhang mit dem UK-Status zurückbehalten habe. Spätestens mit der schriftlichen Bestätigung des Vorliegens des UK-Status sei die Beklagte ihrer Auskunftspflicht nachgekommen (Urk. 80 S. 22 f.).

Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sie sei mit der Richtigkeit der Daten im Rahmen des Datenschutzgesetzes nicht vertraut. Er habe mehrmals darauf hingewiesen, dass die Informationen, die die E2. _____ über ihn besitze, offensichtlich ungenau seien, es keinen Hinweis darauf gebe, dass die Beklagte jemals versucht habe, die Informationen korrigieren zu lassen (Urk. 79 S. 23). Erneut unterlässt es der Kläger darzulegen, wo vor Vorinstanz er diese Behauptungen aufgestellt hat und kommt seiner Rügepflicht nicht nach.

11. Im Rahmen der Eventualbegründung äusserte sich die Vorinstanz weiter zu Art. 8 Abs. 4 DSGVO. Sie erwog, von dieser Bestimmung werde die Auftragsdatenbearbeitung – häufig als Outsourcing bezeichnet – erfasst. Die Datenbearbeitung durch Dritte sei von der blossen Datenbekanntgabe abzugrenzen. Vorliegend bestehe unter den Parteien Einigkeit darüber, dass die Beklagte von der E2. _____ über den UK-Status des Klägers informiert worden sei. Die Beklagte habe diese Information zur Kenntnis genommen und gestützt darauf Vertragsbeziehungen mit dem Kläger abgebrochen bzw. verweigert. Die Beklagte habe demnach von der E2. _____ im Rahmen eines Informationsaustauschs Daten des Klägers erhalten. Eine Bearbeitung dieser Daten durch die Beklagte im Auftrag der E2. _____ bzw. Outsourcing von der E2. _____ an die Beklagte (oder umgekehrt) habe dadurch nicht stattgefunden. Art. 8 Abs. 4 DSGVO gelange somit nicht zur Anwendung, weshalb der Kläger gegenüber der Beklagten gestützt darauf keinen Anspruch auf Auskunft betreffend bei der E2. _____ gespeicherte Daten geltend machen könne (Urk. 80 S. 23 f.).

Der Kläger erachtet die Erwägungen als falsch. Er habe von der "Do not Do Business-Liste" nur von der Beklagten erfahren, nicht von der E2. _____, so wie das der Richter behaupte. Der Entscheid, auf die Liste aufgenommen zu werden oder nicht, sei genau das, worum es bei Art. 8 Abs. 4 DSGVO gehe (Urk. 79 S. 24). An anderer Stelle trägt der Kläger vor, es bestehe kein Unterschied zwischen den In-

formationen, die die Beklagte selbst über ihn besitze, und den Informationen, die die E2._____ über ihn besitze, wenn sie von der Beklagten verwendet würden (Urk. 79 S. 14). Der Kläger verkennt die vorinstanzliche Auffassung. Das Gericht hat dargelegt, dass die Beklagte (und nicht der Kläger) von der E2._____ den UK-Status erfahren habe. Auch setzt sich der Kläger nicht mit der entscheidungsrelevanten Erwägung auseinander, dass die Datenbearbeitung durch Dritte von der blossen Datenbekanntgabe abzugrenzen sei und dass eine Bearbeitung der Daten durch die Beklagte im Auftrag der E2._____ nicht stattgefunden habe.

12. Der Kläger stellte in der Replik diverse Anträge. Die Vorinstanz hielt u.a. fest, dass sich ein Teil dieser Anträge nicht gegen die Beklagte, sondern gegen die E2._____ richten würde. Diese sei jedoch vorliegend nicht Partei, womit die Passivlegitimation nicht gegeben sei (Urk. 80 S. 26).

Der Kläger hält auch diese Erwägung für falsch. Die Beklagte sei dafür verantwortlich, dass die persönlichen Daten, welche E2._____ verwendet habe, um ihn auf die "Do not Do Business-Liste" zu setzen, korrekt und vollständig verarbeitet würden (Urk. 79 S. 25). Der Kläger verkennt damit die vorinstanzliche Auffassung. Die Vorinstanz führte aus, dass E2._____ nicht Prozesspartei sei, weshalb Ansprüche, die sich gegen E2._____ richteten, nicht im vorliegenden Prozess geltend gemacht werden könnten. Dem ist nichts beizufügen.

13. Schliesslich macht der Kläger Befangenheit der beim angefochtenen Urteil mitwirkenden Gerichtspersonen geltend (Urk. 79 S. 25). Die Gründe für den Ausstand von Gerichtspersonen sind in Art. 47 ZPO geregelt. Ausstandsgründe sind grundsätzlich bei der entscheidenden Instanz geltend zu machen (Art. 49 ff. ZPO). Wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 mit Hinweisen). Der Kläger sieht die Befangenheit der Gerichtspersonen bereits darin, dass sie seine rechtliche oder tatsächliche Auffassung zur Sache nicht teilen. Insbesondere stört er sich an der Erwägung, wonach das Auskunftsbegehren rechtsmissbräuchlich ausgeübt werde (Urk. 79 S. 25 mit Verweis auf Urk. 80 S. 27 Absatz 2.7). Ein abweisender Ent-

scheid vermag nach objektiver Betrachtungsweise noch keine Befangenheit oder Voreingenommenheit dem Kläger gegenüber zu begründen. Andere konkrete Anhaltspunkte, dass die Gerichtspersonen befangen sein sollen, bringt der Kläger nicht vor. Einen objektiven Anschein der Befangenheit vermag der Kläger nicht zu begründen.

14. Nach dem Dargelegten erweisen sich die Beanstandungen des Klägers als unbegründet. Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und der vorinstanzliche Entscheid - inklusive die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen - ist zu bestätigen.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Aufgrund des vermögensrechtlichen Rechtsbegehrens mit einem Streitwert von Fr. 10'000.- und des nicht vermögensrechtlichen Auskunftsbegehrens ist die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'500.- festzusetzen.

2.1 Die Beklagte beantragt die Zusprechung einer Entschädigung. Sie macht geltend, die Notwendigkeit einer sinngemässen Auslegung der Behauptungen in der Berufungsschrift, die Absenz einer klaren Bezugnahme auf die angefochtenen vorinstanzlichen Erwägungen, die fehlende Auseinandersetzung mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids habe die Beantwortung der Berufung erheblich erschwert. Sie habe daher den Beizug eines Prozessrechtsspezialisten zur Beantwortung diverser prozessualer Fragen und zur Strukturierung ihrer Eingabe für geboten gehalten und beantrage die Erstattung der dadurch entstandenen Auslagen. Zudem hätten die eigenen Mitarbeiter des Rechtsdienstes eine erhebliche Anzahl zusätzlicher Arbeitsstunden leisten müssen. Diese seien ebenfalls durch Ausrichtung einer Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zu ersetzen (Urk. 91 S. 30 f.). Die Beklagte reicht eine Honorarnote der Anwaltskanzlei F._____ über Fr. 9'094.19 und eine Kostenaufstellung für interne Kosten im Betrag von Fr. 5'050.- ins Recht (Urk. 93/5, 93/6).

2.2 Prozessiert eine Partei ohne berufsmässige Vertretung, so hat sie neben dem Ersatz notwendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a ZPO) nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO). Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (BGer 5A_132/2020 vom 28. April 2020, E. 4.2.1 mit Hinweisen). In BGer 4A_233/2017 vom 28. September 2017, Erw. 4.5, erwog das Bundesgericht das Folgende:

"In der Lehre wird die Ansicht vertreten, mit einer Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO könnten etwa Kosten für eine Vertretung ersetzt werden, die nicht unter die berufsmässige Vertretung nach Art. 68 Abs. 2 ZPO (deren Kosten nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO zu ersetzen sind) falle (MARTIN H. STERCHI, in : Berner Kommentar, 2012, N. 12, 17 zu Art. 95 ZPO). Die Regelung ziele u.a. auf Konstellationen ab, in welchen die Partei ihren Prozess gegen aussen selbst führe, sich aber intern beraten oder etwa beim Abfassen einer Rechtsschrift unterstützen lasse (VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 21 zu Art. 95 ZPO; vgl. auch STERCHI, a.a.O., N. 18 zu Art. 95 ZPO). Gegen diese Auslegung von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO spricht die Botschaft zur ZPO, wonach mit Umtrieben in erster Linie ein Verdienstausfall einer selbständig erwerbenden Person gemeint ist (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 7293). Es geht mithin um den eigenen Aufwand der Partei, welche den Prozess selber führt (vgl. HANS SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 95 ZPO; ...). Diese Auslegung ergibt sich auch aus dem Wortlaut und der Systematik der Bestimmung: Die Kosten für die Unterstützung durch einen Dritten wären eher 'Auslagen' i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO als 'Umtriebe' i.S.v. lit. c dieser Bestimmung. So wären denn auch die Kosten für eine berufsmässige Vertretung unter 'Auslagen' zu subsumieren; diese wurden gemäss der Botschaft (a.a.O) einzig im Interesse der Transparenz in lit. b ausdrücklich erwähnt. Gerade aus dieser ausdrücklichen Aufführung ergibt sich indessen, dass einzig die Kosten einer berufsmässigen Vertretung entschädigt

werden sollen. Nicht ersatzfähig sind *e contrario* die Kosten für die Unterstützung von Dritten, wenn diese Unterstützung nicht eine berufsmässige Vertretung darstellt."

Auch im vorerwähnten BGer 5A_132/2020 hielt das Bundesgericht fest, dass unter einer Umtriebsentschädigung der Gesetzgeber in erster Linie einen gewissen Ausgleich für den Verdienstaufschlag einer selbstständig erwerbenden Person verstehe und dass die Rechtsprechung diese Sichtweise übernommen habe (BGer 5A_132/2020 vom 28. April 2020, a.a.O.).

2.3 Die beigezogene Anwaltskanzlei bzw. deren Anwältinnen und Anwälte sind im kantonalen Anwaltsregister eingetragen. Sie sind daher grundsätzlich zur berufsmässigen Vertretung im Sinne von Art. 68 Abs. 2 ZPO befugt. Allerdings muss der nur informelle und punktuelle Beizug einer externen Anwaltskanzlei als nicht berufsmässige Vertretung gelten. Nach der dargelegten Rechtsprechung besteht daher kein Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung. Der von der Beklagten angeführte Bundesgerichtsentscheid (Urk. 91 S. 30) ist nicht einschlägig. In BGE 144 III 164 (= BGer 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018, E. 3) war die Partei - im Gegensatz zur vorliegenden Streitsache - berufsmässig vertreten und es ging um die Frage, ob das Gericht die Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung überprüfen dürfe (BGE 144 III 164 Ingress). Ebenfalls nicht zu entschädigen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der geltend gemachte Aufwand der Mitarbeitenden des Rechtsdienstes der Beklagten, da für in eigener Prozesssache aufgewendete Zeit grundsätzlich keine Entschädigung beansprucht werden kann (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 41).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 12. März 2021 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 99, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG,

Zürich, 28. Oktober 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. S. Notz

versandt am:
ya