

# **BGer 4A\_373/2022 vom 27. Oktober 2022**

Bundesgericht, 2022-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_373\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_373_2022)

FR: TF 4A\_373/2022 du 27 octobre 2022

IT: TF 4A\_373/2022 del 27 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und richtet sich gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ). Die Beschwerde ist unabhängig vom Streitwert zulässig, da es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt (Art. 72 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BGG e contrario). Der Beschwerdeführer ist mit seinen Anträgen unterlegen ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und die Frist zur Einreichung der Beschwerde ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.2**

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gelten nur dann als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG , wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, stellen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar ( BGE 144 III 475 E. 1.1.1; 137 III 324 E. 1.1). Dies gilt nicht nur, wenn eine vorsorgliche Massnahme erlassen, sondern auch wenn eine solche verweigert wird (Urteile 4A\_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 1.2.2; 4A\_391/2021 vom 30. September 2021 E. 6.1; 4A\_386/2021 vom 31. August 2021 E. 1.1; je mit weiteren Hinweisen).

Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren nicht im Sinne von Art. 90 BGG ab; vielmehr geht es um eine im Rahmen des Hauptverfahrens beantragte vorsorgliche Massnahme, die während der Dauer dieses Verfahrens Bestand haben soll. Es handelt sich somit um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG .

Gegen solche Entscheide ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Dabei muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für die beschwerdeführende Partei günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann ( BGE 144 III 475 E. 1.2; 143 III 416 E. 1.3; 142 III 798 E. 2.2). Rein tatsächliche Nachteile wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens reichen nicht aus ( BGE 144 III 475 E. 1.2; 142 III 798 E. 2.2; je mit Hinweisen). Es obliegt der beschwerdeführenden Partei, darzutun, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht ( BGE 144 III 475 E. 1.2; 142 III 798 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 1.3**

Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, wird mit der Beschwerde die Sicherung angeblicher Daten über ihn in den "Recruitment System Records" der Beschwerdegegnerin bezweckt, die andernfalls automatisch gelöscht würden. Eine Löschung dieser Daten könnte seinen im sistierten Hauptverfahren zu beurteilenden Anspruch auf Auskunft über diese Daten gemäss Art. 8 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) vereiteln. Auf die Beschwerde ist demnach unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Die Verletzung solcher Rechte kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 571 E. 1.5 ; 138 I 171 E. 1.4). Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2; 133 II 396 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Da gegen den angefochtenen Entscheid nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden kann ( Art. 98 BGG ), kommt eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ) nur dann in Frage, wenn die Vorinstanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat. Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt ebenfalls das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2).

### **E. 3**

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der

Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2).

#### **E. 4.1**

Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b). Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen ( Art. 264 Abs. 1 ZPO ).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer sehe die drohende Verletzung seines Anspruchs auf Auskunftserteilung nicht in der Gefahr einer willentlichen Löschung von Daten durch die Beschwerdegegnerin, sondern durch deren System der automatischen Löschung von Daten, wenn seit 36 Monaten keine Mutation der Daten mehr stattgefunden habe. Diese Löschung hätte nach Darstellung des Beschwerdeführers mutmasslich am 24. Oktober 2021 stattfinden sollen. So oder anders bestehe kein Bedarf nach einer sichernden Massnahme. Der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft gemacht, dass die Daten noch vorhanden seien. Die Erstinstanz habe zu Recht darauf hingewiesen, dass er bei der amtlichen Befundaufnahme hätte mitwirken können. Sein angeblich letzter Zugriff auf sein Profil solle am 23. Oktober 2018 stattgefunden haben. Dies sei mit der Darstellung der Beschwerdegegnerin vereinbar, wonach die Löschung gegen Ende des Jahres 2018 stattgefunden habe. Sollten die Daten noch nicht automatisch gelöscht worden sein, hätte er zudem dartun müssen, dass eine automatische Löschung der Daten immer noch drohe. Dazu würden aber jegliche substantiierte Behauptungen fehlen. Unter diesen Umständen könne dahingestellt bleiben, ob eine blosser Passwortänderung die Frist von 36 Monaten bis zur Löschung neu in Gang setze oder nicht.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ).

##### **E. 4.3.1**

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Ausserdem hat die Behörde ihren Entscheid zu begründen, wobei sie wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen nennen muss, von denen sie sich hat leiten lassen ( BGE 142 I 135 E. 2.1 ; 136 I 229 E. 5.2; je mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet sodann das Recht der betroffenen Partei, in einem Verfahren, das in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind ( BGE 134 I 140 E. 5.3 ; 131 I 153 E. 3; je mit Hinweisen). Das Recht auf Beweis ist zudem in Art. 152 ZPO gesetzlich vorgesehen und

wird auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet (Urteile 4A\_43/2020 vom 16. Juli 2020 E. 2.1; 4A\_216/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1).

#### **E. 4.3.2**

Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe seine Vorbringen ignoriert und einzig auf den amtlichen Befund abgestellt, der zum Resultat gehabt habe, dass er nicht (mehr) in der Datenbank verzeichnet sei. Beim amtlichen Befund handle es sich nicht um eine qualifizierte Beurteilung, sondern einzig um die persönliche Wahrnehmung der Amtsperson hinsichtlich der ihr vorgelegten Tatsachen, wobei es sich hier um elektronische Daten handle. Zudem habe die Datenbank durch die Beschwerdegegnerin manipuliert werden können (Sperrung des Profils). Er habe denn auch keinen Sinn darin gesehen, dem amtlichen Befund beizuwohnen.

#### **E. 4.3.3**

Zum Nachweis, dass über den Beschwerdeführer in der Datenbank "Y.\_\_\_\_\_" der Beschwerdegegnerin keine Daten mehr vorhanden seien, liess die Beschwerdegegnerin während des erstinstanzlichen Verfahrens, am 22. Oktober 2021, durch das zuständige Stadtammannamt einen amtlichen Befund aufnehmen. Dieser hält namentlich fest, dass unter den Stichworten "a.\_\_\_\_\_" und "a.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_" keine Treffer und unter dem Stichwort "A.\_\_\_\_\_" 60 Treffer erfolgten, wobei der Beschwerdeführer nicht enthalten gewesen sei.

Der Beschwerdeführer vermag nicht darzutun, dass die Vorinstanz in Willkür (vgl. hiervor E. 3) verfallen wäre, indem sie mit der Erstinstanz massgeblich auf diesen amtlichen Befund abstellte und gestützt darauf zum Ergebnis gelangte, es sei nicht glaubhaft gemacht, dass in der besagten Datenbank noch Daten über ihn vorhanden seien. Entgegen dessen Annahme ist ein amtlicher Befund auch bei elektronischen Daten in einer Datenbank nicht per se untauglich. Wenn er unterstellt, sein Profil sei bei der amtlichen Befundaufnahme von der Beschwerdegegnerin gesperrt und deshalb nicht angezeigt worden, wirft er dieser im Übrigen ein treuwidriges Verhalten vor, ohne dafür irgendwelche Anhaltspunkte darzutun. Die Vorinstanz verkennt auch nicht das Wesen eines amtlichen Befunds, wenn sie einwendet, es hätte dem Beschwerdeführer offengestanden, selber am Befund teilzunehmen oder sich vertreten zu lassen, um beispielsweise kritische Fragen zu stellen.

Der Beschwerdeführer vermag auch nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen ist oder seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat, wenn sie vorliegend die Frage offengelassen hat, ob durch eine Änderung des Passworts eine automatische Löschung von im Profil gespeicherten Daten für weitere 36 Monate verhindert werden kann. Der Beschwerdeführer macht selbst geltend, er habe sein Passwort zuletzt am 23. Oktober 2018 geändert. Selbst wenn mit dieser Änderung eine automatische Löschung der Daten für 36 weitere Monate hätte verhindert werden können, wären die Daten spätestens am 24. Oktober 2021 automatisch gelöscht worden. Die vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde erwähnten Beweismittel beziehen sich denn auch bloss auf den Umstand, dass er sein Passwort habe ändern können, nicht aber auf die Bedeutung einer Passwortänderung. Wenn er schliesslich geltend macht, es sei ganz und gar unwahrscheinlich, dass die Beschwerdegegnerin die Daten trotz laufendem Verfahren gelöscht habe, übergeht er, dass es hier um eine automatisierte und nicht eine willentliche Löschung von Daten geht. Nichts ändert schliesslich sein Hinweis auf ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Februar 2021, worin die Beschwerdegegnerin verpflichtet wurde, die Namen und andere

Personendaten der dortigen Kläger in den "Recruitment System Records" zu löschen.

Die Vorinstanz erwog im Übrigen in einer Alternativbegründung, falls die Daten noch nicht automatisch gelöscht worden sein sollten, hätte der Beschwerdeführer dartun müssen, dass eine automatische Löschung der Daten immer noch drohe, was er mangels substantzierter Behauptungen nicht getan habe. Damit setzt sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht auseinander. Er zeigt insbesondere nicht auf, dass er dazu - entgegen der Vorinstanz - hinreichende Behauptungen gemacht hätte.

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Garantie auf ein unabhängiges, unvoreingenommenes und unparteiisches Gericht ( Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV ).

##### **E. 4.4.1**

Die Verfassung garantiert einer jeden Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, dass ihre Angelegenheit von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird ( BGE 133 I 1 E. 5.2 ; 131 I 31 E. 2.1.2.1; je mit Hinweisen). Voreingenommenheit und Befangenheit werden angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken; für den Ausstand wird nicht verlangt, dass die betreffende Gerichtsperson tatsächlich befangen ist (zum Ganzen: BGE 136 I 207 E. 3.1 ; 134 I 238 E. 2.1).

##### **E. 4.4.2**

Der Beschwerdeführer sieht einen Ausstandsgrund darin, dass ein von der Beschwerdegegnerin im Hauptverfahren eingereichtes Schreiben der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin vom 23. April 2019 an seinen damaligen Rechtsvertreter (Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_) von der Originalversion abweiche. Während die Originalversion noch offengelassen habe, in welcher Form die Aussagen eines Mitarbeitenden weitergetragen worden seien, halte das im Hauptverfahren ins Recht gelegte Schreiben in Abweichung des Originals fest, dass dies "

mündlich " erfolgt sein soll. Dass die Dokumente nicht identisch seien, sei ebenso evident wie die mutmasslich damit verfolgte Absicht, nämlich die angebliche Mündlichkeit der ihn betreffenden übertragenen Informationen zu betonen und damit andere Informationsquellen auszuschliessen. Zivilrichter seien gemäss § 167 Abs. 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG ZH; SGS 211.1) verpflichtet, strafbare Handlungen, von denen sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit erfahren, zur Anzeige zu bringen. Der Verzicht auf eine Strafanzeige trotz Tatverdacht sei geeignet, den Anschein von Befangenheit zu erwecken. Auch gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) hätten die kantonalen Gerichte der Aufsichtsbehörde potentielle Verletzungen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht unverzüglich zu melden. Weder die erste Instanz noch die Vorinstanz hätten sich zu einer Anzeige veranlasst gesehen, was Zweifel an deren Unparteilichkeit wecke.

Die Rüge geht fehl. Der Beschwerdeführer machte in seiner Stellungnahme vom 27. Dezember 2021 im erstinstanzlichen Verfahren (act. 44 Rz. 25 f.) geltend, es sei ihm erst jetzt aufgefallen, dass die Beschwerdegegnerin mit act. 14/16 im Rahmen ihrer

Klageantwort ein Schreiben ihrer Rechtsvertretung vom 23. April 2019 habe einreichen lassen, das vom Original abweiche. Die Abweichung ist entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde keinesfalls evident, sondern betrifft nur ein Wort ("Die Aussage dieses Mitarbeitenden wurde

mündlich weitergetragen und im Jahr 2013 schliesslich im X. \_\_\_\_\_-System eingetragen [...]"; Herv. beigefügt). Der Beschwerdeführer hat denn in seiner Stellungnahme auch nicht geltend gemacht, es liege ein strafrechtlich relevantes Verhalten vor, sondern nur, er überlasse die rechtliche Würdigung dieses Prozessverhaltens vorerst dem Gericht. Der Beschwerdeführer tut nicht dar, dass bzw. inwiefern vorliegend ein qualifizierter Tatverdacht auf eine strafbare Handlung vorläge (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, 2. Aufl. 2017, N. 4 zu § 167 GOG ZH).

Der Beschwerdeführer zeigt zudem nicht auf, dass er eine angebliche Befangenheit der Erstinstanz bereits vor der Vorinstanz gerügt hätte, womit es diesbezüglich auch an der Erschöpfung des materiellen Instanzenzugs fehlt. Denn damit das Bundesgericht auf eine Rüge eintreten kann, ist nicht nur erforderlich, dass der kantonale Instanzenzug formell durchlaufen wurde, sondern auch, dass die Rügen, die dem Bundesgericht unterbreitet werden, soweit möglich schon vor Vorinstanz vorgebracht wurden (vgl. BGE 143 III 290 E. 1.1 mit Hinweisen).

Was die Vorinstanz betrifft, zeigt der Beschwerdeführer sodann in seiner Beschwerde bereits nicht auf, dass er diese in seiner Berufung auf den Unterschied in den besagten Dokumenten aufmerksam gemacht hätte. Der Hinweis, die beschriebene Unterschiedlichkeit sei "Bestandteil der Verfahrensakten", genügt jedenfalls nicht. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz den Unterschied in den beiden Dokumenten bemerkt hätte. Damit geht sein Vorwurf, die Vorinstanz habe trotz Tatverdacht auf eine Strafanzeige bzw. eine Meldung an die Aufsichtsbehörde verzichtet, von vornherein ins Leere.

## **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, da keine Vernehmlassung eingeholt wurde, womit der Beschwerdegegnerin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.