

# ZH\_GERICHTE LF140099 vom 7. November 2014

Zh Gerichte, 2014-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_LF140099](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LF140099)

FR: ZH\_GERICHTE LF140099 du 7 novembre 2014

IT: ZH\_GERICHTE LF140099 del 7 novembre 2014

## Regeste

Vorsorgliche Massnahme Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. November 2014 (ET140028)

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung, Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Der Gesuchsteller und Berufungskläger (im Folgenden: Gesuchsteller) ist Treuhänder und Verwaltungsratspräsident der C.\_\_\_\_\_ AG. Er bzw. die C.\_\_\_\_\_ AG betreuen einen US-Kunden, der dem Gesuchsteller bzw. der C.\_\_\_\_\_ AG eine beschränkte Kontovollmacht gab. Der Gesuchsteller bzw. die C.\_\_\_\_\_ AG erledigten Zahlungsaufträge und Korrespondenzen für den Kunden, der in die USA emigriert war (act. 1 S. 4). Mit Schreiben vom 20. Mai 2014 teilte die Gesuchsgegnerin und Berufungsbe-klagte (im Folgenden: Gesuchsgegnerin) dem Gesuchsteller mit, dass sie als Bank der Kategorie 2 am US-Programm für Schweizer Banken des Department of Justice (im Folgenden: DoJ) teilnehmen werde. Da der Gesuchsteller über eine Vollmacht eines Kunden der Gesuchsgegnerin verfügt habe, werde die Gesuchs- gegnerin dem DoJ den Namen des Gesuchstellers mitteilen, sofern der Gesuch- steller nicht bis am 10. Juni 2014 mitteile, dass er damit nicht einverstanden sei. Die Gesuchsgegnerin sei bestrebt, das US-Programm bestmöglich zu erfüllen. Für den Fall, dass der Gesuchsteller mit der Weitergabe seines Namens nicht ein- verstanden sei, würde die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller deshalb eine Frist von zehn Tagen ansetzen, um eine Klage gemäss Art. 15 DSG anzuheben. So- fern der Gesuchsteller keine Klage anhängig machen würde, würde die Datenlie- ferung nach Ablauf der zehntägigen Frist erfolgen. Falls der Gesuchsteller eine Klage erhebe, erfolge die Datenlieferung nach einer allfälligen rechtskräftigen Abweisung der Klage (act. 4/3). Am 10. Juni 2014 teilte der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin mit, dass er mit der Übermittlung der Daten an das DoJ nicht einverstanden sei, da ein rechtsge- nügendes Interesse an einer Datenübermittlung nicht erkennbar sei. Denn einer- seits handle es sich beim betreuten Kunden um eine steuerehrliche Person und andererseits liebäugle die Gesuchsgegnerin mit einer Einteilung in die Kategorie 3 oder 4 des US-Programms. Bevor sich die Gesuchsgegnerin diesbezüglich nicht

- 5 - definitiv festgelegt habe, sei nicht einzusehen, weshalb die Daten des Gesuch- stellers vorsorglich in die USA zu übermitteln seien (act. 4/5). Am 18. Juni 2014 schrieb die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller, dass sie auf- grund einer erneut vorgenommenen Interessenabwägung an der Weitergabe der Daten des Gesuchstellers festhalten müsse. Die

Gesuchsgegnerin werde die Daten übermitteln, sofern der Gesuchsteller nicht innert zehn Tagen nach Zustellung des Schreibens eine Klage auf Verbot der Datenbekanntgabe anhängig mache (act. 4/7). Das Schreiben vom 18. Juni 2014 ging dem Gesuchsteller am 20. Juni 2014 zu (act. 1 S. 12).

## **E. 1.2**

Mit Eingabe vom 27. Juni 2014 stellte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz das eingangs erwähnte Massnahmegesuch (act. 1). Am 30. Juni 2014 reichte der Gesuchsteller beim Friedensrichteramt der Kreise 1 und 2 der Stadt Zürich ein Schlichtungsgesuch ein und stellte mit Ausnahme von Ziffer 2, die den Erlass vorsorglicher Massnahmen betrifft, die identischen Rechtsbegehren wie vor Vorinstanz (act. 18/4). Mit superprovisorischer Verfügung vom 27. Juni 2014 verbot die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin die Datenübermittlung, setzte der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme an und verpflichtete den Gesuchsteller zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses (act. 5). Nach Abschluss des Schriftenwechsels wies die Vorinstanz das Gesuch mit Urteil vom 7. November 2014 ab (act. 26 = act. 29 = act. 31). Dieser Entscheidung wurde dem Gesuchsteller am 12. November 2014 zugestellt (act. 27a). Mit Eingabe vom 21. November 2014 (Datum Poststempel) erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs zitierten Anträge (act. 30). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## **E. 2**

Begründung der Vorinstanz

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO zu erlassen sei, wenn der Gesuchsteller glaubhaft mache, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt sei oder eine Verletzung zu befürchten sei und wenn ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setze sodann Dring-

- 6 - lichkeit voraus und unterliege dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Unter dem Titel der Verhältnismässigkeit sei zunächst zu prüfen, ob eine vorsorgliche Massnahme gerechtfertigt sei, wenn dem Gesuchsteller zur Erreichung seiner Ziele noch andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden. Eine vorsorgliche Massnahme dürfe somit nur erlassen werden, wenn sie zur Abwehr des Nachteils notwendig sei. Die Herausgabe von Daten an US-Behörden sei in der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013 (im Folgenden: Musterverfügung) geregelt. Demnach müsse das Bankinstitut die betroffene Person auf ihr Klagerecht gemäss Art. 15 DSG hinweisen. Die Übermittlung von Personendaten sei frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung zulässig, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht worden sei oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei. Unter Anhängigmachung der Klage im Sinne der Musterverfügung sei die Stellung des Schlichtungsgesuches zu verstehen. Der durch die Musterverfügung vorgezeichnete Weg gewährleiste der betroffenen Person im Vergleich zum Verfahren um Erlass vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen einen einfacheren und sichereren Rechtsschutz. Einfacher sei die Erlangung des Rechtsschutzes deswegen, weil in einem Schlichtungsgesuch nur die Gegenpartei, das Rechtsbegehren sowie der Streitwert zu bezeichnen seien. Demgegenüber müsse ein Massnahmegesuch bereits zu Beginn umfassend begründet werden und es seien von

Anfang an sämtliche Beweismittel zu bezeichnen und, wenn möglich, einzureichen. Sicherer sei der Rechtsschutz deshalb, weil eine Datenherausgabe trotz eingereichten Schlichtungsgesuches eine Verletzung von Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) darstelle und für die Organe des Bankinstituts eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe zur Folge haben könne. Zudem habe ein Bankinstitut, das gegen Art. 271 StGB verstosse, auch mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu rechnen. Demgegenüber drohe bei Verletzung eines im Massnahmeverfahren angeordneten Verbotes lediglich die Bestrafung mit einer Busse bis CHF 10'000.00 gemäss Art. 292 StGB. Mit der Einleitung der ordentlichen Klage durch Einreichen des Schlichtungsgesuches erziele der Gesuchsteller somit den besseren Schutz als durch die Anord-

- 7 - nung einer vorsorglichen Massnahme. Der vom Gesuchsteller dagegen erhobene Einwand, wonach er in einem Strafverfahren nicht direkt involviert sei und die ihm zustehenden Verfahrensrechte – anders als im Massnahmeverfahren – nicht selbständig und unabhängig ausüben könne, sei nicht stichhaltig. Denn unabhängig davon, ob eine Verletzung von Art. 292 StGB oder Art. 271 StGB vorliege, erfolge die Sanktionierung im Rahmen eines Strafverfahrens, an dem der Gesuchsteller als Privatkläger teilnehmen könne. Mit dem rechtzeitigen Einreichen des Schlichtungsgesuches vom 30. Juni 2014 sei der Gesuchsteller wirksamer als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen geschützt. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen wäre deshalb unnötig und damit unverhältnismässig.

### **E. 2.2**

Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass sich die Gesuchsgegnerin klar zum Vorgehen gemäss Musterverfügung bekannt habe. Nachdem der Gesuchsteller rechtzeitig das Schlichtungsgesuch gestellt habe, sei nicht damit zu rechnen, dass die Gesuchsgegnerin die Daten vor der rechtskräftigen Abweisung der Hauptklage in die USA übermitteln werde. Die Gesuchsgegnerin habe die Nichtübermittlung der Daten während des laufenden Hauptverfahrens zugesichert und hätte straf- und aufsichtsrechtliche Konsequenzen sowie einen beträchtlichen Reputationssschaden zu gewärtigen, wenn sie ihr Versprechen bräche. Zu Unrecht bringe der Gesuchsteller vor, er sei durch das Einreichen des Schlichtungsgesuches nicht genügend geschützt. Der Gesuchsteller begründe dies damit, dass unklar sei, was unter Anhängigmachung der Klage zu verstehen sei. Die Gesuchsgegnerin könne im Verlaufe des Verfahrens zur Auffassung gelangen, eine Klage werde nicht bereits mit der Stellung des Schlichtungsgesuches, sondern erst mit dem Einreichen der eigentlichen Klageschrift beim zuständigen Gericht anhängig gemacht. Die Gesuchsgegnerin könnte dann die Daten herausgeben und sich auf den Standpunkt stellen, sie handle im Einklang mit der Musterverfügung. Dieser Einwand ist nach Ansicht der Vorinstanz unbegründet, da gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO die Klage mit dem Einreichen des Schlichtungsgesuches rechtshängig werde. Der Gesuchsteller wäre nur dann nicht mehr geschützt, wenn er die Klagebewilligung nicht rechtzeitig einreichen würde. Käme er dieser Obliegenheit nicht nach, so würde die Notwendigkeit der Massnahme wieder auf-

- 8 - leben. Eine solche selbstverschuldete Notwendigkeit verdiene indes keinen Rechtsschutz.

### **E. 3**

Argumente des Gesuchstellers Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz wende Art. 261 Abs. 1 ZPO falsch an. Im Wesentlichen bringt er zur Begründung vor, die Auffassung der Vorinstanz, wonach das Einreichen eines Schlichtungsgesuches einfacher sei und einen

besse- ren Schutz als ein Massnahmeentscheid biete, sei nicht überzeugend. Aus pro- zessökonomischen Gründen müsse auch ein Schlichtungsgesuch umfassend be- gründet werden. Zudem stelle das Einreichen eines Schlichtungsgesuches hohe Anforderungen, da das Rechtsbegehren das Prozessthema für den Hauptprozess definitiv festschreibe. Der Gesuchsteller sei durch Einreichen des Schlichtungs- gesuches entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht besser geschützt als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Denn der Schutz nach Massgabe der Musterverfügung sei schon deshalb unsicher, weil die Musterverfügung weder ein rechtssetzender Erlass noch eine individuell-konkrete Verfügung sei. Zudem sei die Sanktionierung gemäss Musterverfügung an verschiedene Bedingungen ge- knüpft wie zum Beispiel die rechtzeitige Rechtshängigkeit der Hauptklage. Ob un- ter Anhängigmachung der Klage gemäss Musterverfügung tatsächlich das Schlichtungsgesuch gemeint sei, sei unsicher. Die Sanktionierung einer vorsorgli- chen Massnahme hingegen sei an keine weiteren Bedingungen geknüpft. Ein Massnahmeentscheid schaffe klarere Verhältnisse als das Vorgehen nach der Musterverfügung. Ob die Begründung der Vorinstanz, wonach sich der Gesuch- steller in einem Strafverfahren als Privatkläger beteiligen könne, zutrefte, sei unsi- cher, da nur ein Geschädigter Privatkläger sein könne. Sowohl Art. 292 StGB als auch Art. 271 StGB schützten indes keine individuellen Rechtsgüter, weshalb zweifelhaft sei, ob der Gesuchsteller Geschädigter und damit Privatkläger sein könne. Der Verweis der Vorinstanz auf die präventive Wirkung eines allfälligen Reputationsschadens überzeuge nicht, da Banken ihre Reputation nicht hochhal- ten würden. Da nur ein Massnahmeentscheid genügenden Schutz biete, habe der Gesuchsteller einen Anspruch auf deren Erlass. Daran könne auch die Zusiche-

- 9 - rung der Gesuchsgegnerin, die Daten nicht zu übermitteln, nichts ändern. Auf die Einzelheiten ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

## **E. 4**

### **Würdigung**

#### **E. 4.1**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch ver- letzt 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 Ge- suchsgegnerin einlenkt (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 13). Die Be- weislast bezüglich der Notwendigkeit der Massnahme liegt zwar beim Gesuchstel- ler, das Einlenken stellt jedoch eine rechtshindernde Tatsache dar, für die die Ge- suchsgegnerin beweibelastet ist (Art. 8 ZGB). Die Beschränkung des Beweis- masses auf die Glaubhaftmachung impliziert keine förmliche Beschränkung der Beweismittel (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 62). Nach der Recht- sprechung 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). Die Gesuchsgegnerin behauptete, sie werde die Daten nur übermitteln, falls der Gesuchsteller die Klagebewilligung ungenutzt verfallen lasse oder wenn er den Hauptprozess rechtskräftig verloren habe (act. 17 S. 4-5). Für das Zutreffen die- ser Behauptung spricht, dass sich die Gesuchsgegnerin bisher an die

Vorgaben gemäss Musterverfügung gehalten hat. Obwohl sie der Auffassung ist, die Datenbekanntgabe liege in ihrem Interesse, gab sie dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 20. Mai 2014 Gelegenheit, sich zu äussern und die Übermittlung durch Widerspruch vorerst zu stoppen (act. 4/3). Nachdem der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin mit Brief vom 10. Juni 2014 mitgeteilt hatte, er stimme einem Transfer von Daten in die USA nicht zu (act. 4/5), teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller am 18. Juni 2014 mit, dass sie nach einer erneuten Interessenabwägung zum Schluss gekommen sei, die Daten in die USA zu übermitteln, sofern der Gesuchsteller nicht innert zehn Tagen ab Zustellung des Schreibens eine

- 10 - Klage betreffend Verbots der Datenbekanntgabe einleite (act. 4/7). Die Gesuchsgegnerin hielt sich somit an die Vorgaben der Musterverfügung (act. 18/6 Ziff. 1.4 c). Die Darstellung der Gesuchsgegnerin, sie werde die Daten erst übermitteln, falls der Gesuchsgegner die Klagebewilligung verfallen lasse oder wenn er im Hauptprozess rechtskräftig unterlegen sei, erscheint plausibel und stützt sich auf objektive Anhaltspunkte. Der Gesuchsteller bringt vor, auf das Versprechen der Gesuchsgegnerin könne nicht abgestellt werden, da sie ihre Meinung insbesondere bezüglich des Begriffs der Anhängigmachung der Musterverfügung ändern könnte. Sie könnte sich dann auf den Standpunkt stellen, der Gesuchsteller habe mit dem Schlichtungsgesuch vom 30. Juni 2014 die Hauptklage noch nicht anhängig gemacht und dann die Daten trotzdem übermitteln. Anhaltspunkte, die auf einen solchen Meinungswechsel hindeuten würden, brachte der Gesuchsteller indes nicht vor. Auch für die Behauptung, die Gesuchsgegnerin halte entgegen der Ansicht der Vorinstanz ihre Reputation nicht hoch, bestehen keine Anhaltspunkte. Aufgrund des Gesagten erscheint es als glaubhaft, dass sich die Gesuchsgegnerin im vorliegenden Fall an ihr Versprechen hält und die Daten erst übermittelt, wenn der Gesuchsteller die Klagebewilligung verfallen lässt oder wenn er im Hauptprozess rechtskräftig unterlegen ist. Die verlangte Massnahme erweist sich damit als nicht notwendig, weshalb die Vorinstanz das Massnahmegesuch zu Recht abgewiesen hat. Bei diesem Ergebnis kann die Frage unbeantwortet bleiben, ob die weitere Begründung der Vorinstanz – mit Tragweite über den vorliegenden Fall hinaus – zutreffend ist, wonach die Notwendigkeit der Massnahme schon deshalb zu verneinen sei, weil der Gesuchsgegnerin ohnehin die Bestrafung gemäss Art. 271 StGB sowie aufsichtsrechtliche Massnahmen drohten, wenn sie die Vorgaben gemäss Musterverfügung nicht einhalte und weil der Gesuchsteller durch sein unbestritten massen fristgerecht eingereichtes Schlichtungsgesuch wirksam geschützt sei gegen eine Datenlieferung. Es ist somit insbesondere auf die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen des Gesuchstellers hinsichtlich der Verbindlich-

- 11 - keit der Musterverfügung sowie seiner Stellung in einem allfälligen Strafverfahren nicht einzugehen.

#### **E. 4.2**

Der Gesuchsteller verlangt für den Fall der Bestätigung der Abweisung des Massnahmegesuches, dass die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens je hälftig beiden Parteien aufzuerlegen seien. Die Vorinstanz auferlegte dem Gesuchsteller die Entscheidungsgebühr und verpflichtete ihn zur Zahlung einer Prozessentschädigung an die Gesuchsgegnerin. Sie begründete dies damit, dass der Gesuchsteller unterlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und von der Gesuchsgegnerin nicht zur Einleitung des Verfahrens veranlasst worden sei, weshalb ein Abweichen vom Unterliegensprinzip gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b

ZPO nicht gerechtfertigt sei. Die Voraussetzungen für ein Abweichen vom Unterliegensprinzip im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ZPO sind vorliegend entgegen der Auffassung des Gesuchstellers nicht gegeben. Er bringt vor, er habe gute Gründe gehabt, um sich von Beginn weg so umfassend wie möglich gegen eine bevorstehende Datenherausgabe zu schützen, zumal er das US-Steuerrecht nicht verletzt habe, die Datenübermittlung aber dennoch zu einem Strafverfahren in den USA führen könne. Zudem habe er sich auf die Zusicherung der Gesuchsgegnerin, die Daten nicht zu übermitteln, nicht verlassen können. Ein Abweichen vom Unterliegensprinzip liesse sich im vorliegenden Fall rechtfertigen, wenn der Gesuchsgegnerin ein treuwidriges Verhalten vorzuwerfen wäre. Die Gesuchsgegnerin hatte ihre Absichten dem Gesuchsteller gegenüber indessen offen gelegt und ihm gemäss den Vorgaben der Musterverfügung Gelegenheit gegeben, seine Rechte durch Einleitung eines Hauptprozesses zu wahren. Eine Treuwidrigkeit ist zu verneinen. Ein Abweichen vom Unterliegensprinzip ist deshalb nicht gerechtfertigt, weshalb der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen ist.

#### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten ist die Berufung insgesamt abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

- 12 -

#### **E. 5**

Prozesskosten Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese werden in Anwendung von §§ 2 Abs. 1 lit. a, 5, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG bemessen. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen, dem Gesuchsteller nicht wegen Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Gesuchsgegnerin nicht mangels Aufwandes in diesem Verfahren. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

#### **E. 7**

November 2014 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller und Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 30, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, 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).

- 13 - Dies ist 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 Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: 30. Januar 2015

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