Art. 91 ZPO, vermögensrechtliche Streitigkeit. *Ob eine Sache vermögensrechtlich ist oder nicht, beurteilt sich nicht nur nach der Anspruchsgrundlage, sondern nach allen konkreten Umständen, E. 4.2.2.* **§ 44 GOG, Art. 6 ZPO, Zuständigkeit.** *Das Zürcher Handelsgericht ist auch für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten zuständig, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, E.4.2.3, 4.4 4.3,*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Einleitung, Prozessgeschichte

(Die Gesuchstellerin ist Vermögensverwalterin und betreute insbesondere einen US-amerikanischen Kunden. Die Bank, bei welcher das Depot geführt wurde, will die Daten der US-Steuerbehörde zur Verfügung stellen und damit auch den Namen der Vermögensverwalterin nennen. Diese verlangt im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, das solle der Bank verboten werden. Das Einzelgericht trat auf das Begehren nicht ein)

2. Argumente der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin sei gemäss Zweckumschreibung im Handelsregister in der Anlageberatung und Vermögensverwaltung tätig. Sie sei für ihren Kunden R. als Vermögensverwalterin und Anlageberaterin tätig gewesen. Dieser Kunde sei gleichzeitig Kunde der Gesuchsgegnerin gewesen. Deshalb seien Angaben zur Gesuchstellerin in das Dossier des gemeinsamen Kunden R. der Gesuchsgegnerin gelangt. R. habe die Gesuchsgegnerin ermächtigt, sämtliche ihn betreffenden "Account Records" an das Department of Justice der USA auszuhändigen. Würde die Herausgabe erfolgen, so wären auch Daten der Gesuchstellerin betroffen. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO müsse zur Erfüllung des Begriffs des handelsrechtlichen Streites ein mindestens loser Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und der geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei gegeben sei. Dazu sei nicht erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis bestehe. Da Anknüpfungspunkt nicht die Natur des Anspruchs, sondern der geschäftliche Bezug des Streitgegenstandes sei, würden auch Ansprüche aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung unter Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO fallen. Die strittige Herausgabe der Dokumente basiere auf der Vertragsbeziehung von R. zur Gesuchsgegnerin, der seine Ermächtigung zur Datenherausgabe auf die auftragsrechtliche Herausgabe- und Rechenschaftspflicht stütze. Damit sei zumindest die geschäftliche Tätigkeit der Gesuchsgegnerin betroffen.

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Gesuchstellerin stütze den von ihr behaupteten Unterlassungsanspruch auf das Datenschutzgesetz und das Persönlichkeitsrecht, weshalb der Streit als nichtvermögensrechtlich zu qualifizieren sei. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO stehe deshalb offen. Da im Übrigen auch beide Parteien im Handelsregister eingetragen seien, sei auch die dritte Anforderung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO

erfüllt, weshalb ein handelsrechtlicher Streit vorliege, für dessen Behandlung das Handelsgericht sachlich zuständig sei.

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass Art. 6 ZPO den Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit abschliessend definiere und die Kantone die Kompetenz zur Einrichtung eines Handelsgerichts nur ganz oder überhaupt nicht, nicht aber teilweise ausschöpfen könnten. Die Frage, ob sich die Zuständigkeit des Handelsgerichts in Anwendung von § 44 lit. b GOG ergeben würde, könne deshalb offen gelassen werden.

Doch selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Kantone die Kompetenz zur Einrichtung eines Handelsgerichts nur teilweise ausschöpfen könnten, wäre die Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben. Nach dem Wortlaut von § 44 lit. b GOG sei zwar ein Mindeststreitwert von CHF 30'000.00 erforderlich, doch zeige eine Auslegung der Bestimmung, dass auch nicht vermögensrechtliche Streite erfasst seien.

3. Standpunkt der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin vertritt die Ansicht, es werde weder ein vertraglicher noch ein ausservertraglicher Anspruch geltend gemacht, weshalb eine handelsrechtliche Streitigkeit bereits mangels eines genügenden Bezugs zur geschäftlichen Tätigkeit einer Partei (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO) zu verneinen sei. Bereits aus diesem Grund sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu verneinen und diejenige der Vorinstanz zu bejahen. Weiter zeige die Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, dass nicht vermögensrechtliche Streite nicht unter diese Bestimmung fallen würden. Da die Vorinstanz zu Recht von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen sei, liege auch aus diesem Grund kein handelsrechtlicher Streit vor. Auf die Einzelheiten ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

4. Würdigung
4.1. Umfang der Prüfung im Berufungsverfahren

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

4.2. Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit
4.2.1. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO

Eine handelsrechtliche Streitigkeit setzt zunächst voraus, dass die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Gesuchstellerin schliesst sich der vorinstanzlichen Begründung hinsichtlich der Voraussetzungen für eine geschäftliche Tätigkeit an, hält aber die Subsumption für unzutreffend (act. 22 S. 5). Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, zur Annahme einer geschäftlichen Tätigkeit genüge ein loser Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und der geschäftlichen Tätigkeit. Dass dieser lose Zusammenhang gegeben ist, rügt die Gesuchstellerin zu Recht nicht, stützt sie ihren Anspruch doch gerade auf die Behauptung, die befürchtete Herausgabe von Daten durch die Gesuchsgegnerin stehe im Zusammenhang mit einer je separaten vertraglichen Verbindung von R. zur Gesuchstellerin einerseits und zur Gesuchsgegnerin andererseits. Die Gesuchstellerin verneint das Betroffensein der geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei einzig deshalb, weil sie keinen Schadenersatzanspruch geltend mache. Dabei übersieht sie, dass gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und deliktischer Haftung als blosse Beispiele genannt werden, es im Allgemeinen aber gerade nicht auf die Natur des Anspruchs, sondern auf den geschäftlichen Bezug des Streitgegenstandes ankommt (act. 21 S. 4). Dass die Gesuchstellerin keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Anspruch auf Leistung durch Unterlassung der Herausgabe von Daten geltend macht, ändert somit nichts daran, dass ihre geschäftliche Tätigkeit betroffen ist. Die Voraussetzung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO ist erfüllt.

4.2.2. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, falls ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken vorliegt

Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO ist jedenfalls erfüllt, wenn ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken gegeben ist (Art. 74 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz und die Gesuchsteller gehen davon aus, dass ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliege.

Die Gesuchstellerin behauptet, die Gesuchsgegnerin bearbeite im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Kunden R. Daten der Gesuchstellerin. Falls ihre Daten an Dritte herausgegeben würden, sei ihre Persönlichkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSG verletzt, da ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG nicht gegeben sei. Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG kann sie auf Nichtbekanntgabe der Daten klagen, wobei Art. 28-28l ZGB zur Anwendung kommen.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält gelten solche Ansprüche grundsätzlich als nicht vermögensrechtlich (act. 21 S. 5 mit Hinweis auf BGer 4A_688/2011). Dasselbe wurde bereits in BGE 110 II 411 gesagt und gilt gemäss BGer vom 16. August 2001, 5C.15/2001, explizit auch im Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1 DSG. Allerdings hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nie vertieft mit dieser Frage auseinandergesetzt, sondern die nicht vermögensrechtliche Natur solcher Ansprüche im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtsmittels am Bundesgericht ohne nähere Begründung als gegeben betrachtet. Damit blieb die Frage bisher unbeantwortet, ob Klagen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes

und des Datenschutzgesetzes in jedem Fall als nicht vermögensrechtlich zu gelten haben.

Nach unbestrittener Dogmatik und Rechtsprechung ist ein Streit dann vermögensrechtlich, wenn der Rechtsgrund des Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit der Klage also letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Weist ein Streit vermögensrechtliche wie auch nicht vermögensrechtliche Aspekte auf, ist darauf abzustellen, ob das geldwerte oder das ideelle Interesse der klagenden Partei überwiegt (statt vieler: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, S. 232 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Als vermögensrechtlich ist ein Streit somit schon dann einzustufen, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen zeitigt, auch wenn der Anspruch nicht in Geld ausgedrückt werden kann (BSK BGG, 2. Auflage, Art. 51 N 12). Umgekehrt gelten Ansprüche als nicht vermögensrechtlich, die ihrer Natur nach nicht in Geld ausgedrückt werden können, weil das im Streit liegende Recht nicht dem Vermögen der klagenden Partei zuzurechnen ist oder zu diesem keinen engen rechtlichen Bezug hat (Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Art. 74 N 2240).

Der Streit um Daten lässt sich nicht einheitlich den vermögensrechtlichen oder den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zuordnen. So ist zum Beispiel die Krankengeschichte eines Menschen offensichtlich nicht dem Vermögen zuzurechnen. Umgekehrt werden viele Daten wie beispielsweise Adressen kommerziell gehandelt und können somit einen Verkehrswert haben und dem Vermögen einer Person zugerechnet werden. Ähnlich verhält es sich mit dem Recht am eigenen Bild, das in der Regel nicht vermögensrechtlich ist – wenn jemand aber mit dem Siegerfoto eines weltbekannten Sportlers für sich wirbt, dürfte das Unterlassungsbegehren überwiegend oder rein finanzielle Gründe haben. Daraus erhellt, dass ein Begehren auf Nichtherausgabe von Daten nicht unbesehen von ihrer Art als nicht vermögensrechtlich qualifiziert werden kann.

Auch wenn die Gesuchstellerin die Nachteile, welche die Datenherausgabe für sie hätte, nicht substantiiert darlegt, so geht aus dem von ihr geschilderten Gesamtzusammenhang hervor, dass es ihr primär darum geht, dass sie nicht in Verfahren von US-Behörden einbezogen wird und sie dadurch geschäftlich Schaden nimmt. Es geht ihr also nicht um den Schutz von Daten quasi als Teil ihrer Persönlichkeit, sondern um die Vermeidung unnötiger Kosten und wirtschaftlicher Nachteile. Mit dem Schutz ihrer Daten verfolgt sie somit einen vermögensrechtlichen Zweck, nämlich den Schutz ihres Vermögens. Ob die Gesuchstellerin daneben auch noch einen Reputationsverlust befürchtet, ist offen, doch auch ein daraus entstehender Schaden wäre im Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft finanzieller Natur. Auch wenn die Gesuchstellerin den von ihr behaupteten materiellen Schaden, der ihr durch die Datenherausgabe entstehen würde, nicht beziffert, so bezeichnet sie ihn jedenfalls als erheblich, was in dem von der Gesuchstellerin betriebenen Geschäft nur bedeuten kann, dass ein

Streitwert von mindestens 30'000 Franken erreicht ist. Damit ist die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO erfüllt.

4.2.3. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, falls ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt
Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt, so stellt sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO auch in diesem Fall erfüllt ist.

Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO verlangt die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Diese ist bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten gegeben (BGE 138 I 475 E. 1.2). Dies stellt die Gesuchstellerin nicht in Abrede. Sie behauptet indes, die Erfassung der nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten sei eine unbeabsichtigte Nebenfolge, was sich aus den Materialien, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie dem Zweck der Handelsgerichte ergebe. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO sei deshalb so auszulegen, dass die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht genügten, um einen Streit als handelsrechtlich zu qualifizieren. Die Argumentation ist jedoch nicht schlüssig. Die zitierten Bundesgerichtsentscheide (BGer 5A_592/2013 und BGer 4A_210/2012) äussern sich zu dieser Frage nicht. Auch aus dem Argument, dass Handelsgerichte Fachgerichte seien, lässt sich nichts zu Gunsten der Ansicht der Gesuchstellerin ableiten, da der Bedarf an Expertenwissen der Handelsrichter je nach Fall sehr unterschiedlich ist, und zwar auch dann, wenn es sich um einen vermögensrechtlichen Streit handelt. Das Gesetz macht die Zuständigkeit des Handelsgerichts aber nicht von der Frage abhängig, ob im konkreten Fall besonderes Expertenwissen nötig ist. Auch aus dem Hinweis, wonach der Bundesgesetzgeber die kantonalrechtlichen Streitwertgrenzen verglichen und sich mit dem Verweis auf das Bundesgerichtsgesetz für den höheren Streitwert von 30'000 Franken entschieden habe, lässt sich nichts zu Gunsten der Gesuchstellerin ableiten, da der Entscheid für eine bestimmte Streitwertgrenze gerade nichts darüber aussagt, ob ein nichtvermögensrechtlicher Streit den Begriff des handelsrechtlichen Streites zu erfüllen vermag. Es ist deshalb mit einer in der Literatur geäusserten Meinung davon auszugehen, dass auch nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten unter Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO fallen (siehe BK-ZPO [Berger] Art. 6 N 34).

Die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO ist nach dem Gesagten auch dann erfüllt, wenn von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen wird.

4.2.4. Erfüllung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO
Beide Parteien sind unstrittig im schweizerischen Handelsregister eingetragen, weshalb Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO erfüllt ist.

4.2.5. Fazit in Bezug auf Art. 6 Abs. 2 ZPO und die sich daraus ergebenden Fragen
Nach dem Gesagten sind unabhängig davon, ob ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken oder ein nicht vermögensrechtlicher Streit vorliegt, die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a bis c ZPO erfüllt. Es liegt somit ein handelsrechtlicher Streit vor. Da der Kanton Zürich von

der Möglichkeit, ein Handelsgericht einzurichten (Art. 6 Abs. 1 ZPO) Gebrauch gemacht hat (§ 3 Abs. 1 lit. b GOG), stellt sich die Frage, wie die Kann-Vorschrift in Art. 6 Abs. 1 ZPO zu verstehen ist. Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass die Kantone diese Kompetenz nur gar nicht oder ganz ausschöpfen können, so ist eine kantonale Regelung, welche eine höhere Streitwertgrenze einführt oder die die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht der Zuständigkeit des Handelsgerichts zuweist, nicht wirksam (Art. 49 Abs. 1 BV). Kommt man zum gegenteiligen Schluss, so stellt sich die Frage, ob § 44 lit. b GOG erfüllt ist.

4.3. Teilweise Ausschöpfung der Kompetenz der Kantone zur Einrichtung eines Handelsgerichts

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone für handelsrechtliche Streitigkeiten ein Handelsgericht einrichten, was der Kanton Zürich getan hat (§ 3 Abs. 1 lit. b GOG). Der Begriff des handelsrechtlichen Streites ist durch Art. 6 Abs. 2 ZPO bundesrechtlich festgelegt. Die Kantone haben deshalb keine Kompetenz, das Handelsgericht als für Verfahren zuständig zu erklären, welche nicht einen handelsrechtlichen Streit oder eine Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 4 ZPO zum Gegenstand haben (BGE 138 III 471 E. 5.1). Damit ist aber umgekehrt nicht gesagt, dass es den Kantonen verwehrt wäre, die Kompetenz nur teilweise auszuschöpfen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, wonach die Kantone in der Ausschöpfung einer bundesrechtlichen Ermächtigung frei sind, solange sie sich an den Sinn und Geist des Bundesrechts halten (ZK ZGB, Art. 5 N 134). Nach dem Sinn und Geist der Zivilprozessordnung geniessen die Kantone Organisationsautonomie (KuKo-ZPO, 2. Auflage, Art. 4 N 1), was für die Kompetenz einer teilweisen Ausschöpfung spricht. In der Literatur gehen die Ansichten dazu auseinander, wobei die Standpunkte zumeist nicht näher begründet werden. Während sich die einen Autoren gegen die Möglichkeit der teilweisen Ausschöpfung aussprechen (KuKo-ZPO, 2. Auflage [Haas/Schlumpf] Art. 6 N 2]; ZK ZPO, 2. Auflage [Rüetschi] Art. 6 N 9; Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 148 S. 466; BK ZPO [Berger] Art. 6 N 3), äussern sich andere soweit ersichtlich dazu nicht (Stämpflis Handkommentar, Dike-Komm-ZPO, BSK ZPO 2. Auflage). Auf der anderen Seite wird auch die Meinung vertreten, die Kompetenz zur Schaffung eines Handelsgerichts könne auch nur teilweise ausgeschöpft werden, etwa indem die Streitwertgrenze auf CHF 100'000.00 festgelegt werde (Diggelmann, vom GVG zum GOG, Umsetzung der neuen Prozessordnungen in Zürich, SJZ 106 S. 88). Dieser Auffassung folgt die Rechtsprechung des Obergerichts, nach der die Festsetzung eines Mindeststreitwertes gemäss § 44 lit. b GOG zulässig ist, womit mietrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert zwischen 15'000 und 30'000 Franken von der Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgenommen sind (OGer, II. ZK, 23. August 2013, LF130045, abrufbar unter: www.gerichte-zh.ch). Das Bundesgericht hat die Frage soweit ersichtlich bis heute nicht entschieden. Insbesondere aus dem Entscheid BGE 138 III 694 kann nichts bezüglich der Ausschöpfungskompetenz der Kantone abgeleitet werden, da das Bundesgericht in diesem Fall lediglich entschieden hatte, dass ein Konsumentenstreit ein handelsrechtlicher Streit sein kann. Mangels einer entsprechenden kantonalen Vorschrift hatte es nicht darüber zu befinden, ob es zulässig

wäre, Konsumentenstreite gesetzlich von der Handelsgerichtsbarkeit auszunehmen.

Eine Tendenz zugunsten der Zulässigkeit der teilweisen Ausschöpfung lässt sich aber im bereits erwähnten Entscheid erkennen. Das Bundesgericht hielt fest, dass es den Kantonen gestützt auf Art. 4 ZPO erlaubt sei, die Zuständigkeit der Handelsgerichte aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile einzuschränken, weshalb es zulässig sei, die ordentlichen Gerichte als sachlich zuständig zu erklären, wenn von mehreren Klagen gegen einfache Streitgenossen nur ein Teil davon handelsrechtliche Streitigkeiten zum Gegenstand hätten (BGE 138 III 471 E. 5.1). Das Bundesgericht hat sich damit dafür ausgesprochen, dass die Kompetenz der Kantone zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben erhalten bleibt. Das Bundesrecht schränkt die Kantone diesbezüglich nur dahingehend ein, als es nicht zulässt, dass Entscheide über nicht handelsrechtliche Streitigkeiten oder solche, die nicht unter Art. 6 Abs. 4 ZPO fallen, dem Handelsgericht zugewiesen werden. Dafür, dass der Bundesgesetzgeber umgekehrt gewollt hätte, dass es den Kantonen verwehrt sein sollte, insbesondere durch erhöhte Streitwertgrenzen die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts einzuschränken, bestehen hingegen keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil hält die Botschaft zur ZPO fest, dass es den Kantonen frei stehe, in Bezug auf Streitigkeiten gemäss Art. 5 ZPO sowie ganz allgemein bezüglich Streitigkeiten aus Gesellschafts- sowie Anlagefonds- und Anleihensrecht Streitwertgrenzen festzusetzen (Botschaft ZPO BBl 2006 7221 S. 7261). Wenn aber eine teilweise Ausschöpfung hinsichtlich der eben genannten Streite zulässig ist, so ist nicht ersichtlich, weshalb dies bezüglich Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zulässig sein sollte.

An dieser Stelle lohnt sich auch ein Vergleich mit einer anderen Bestimmung, die im Zuge der Prozessrechtsrevision eingeführt wurde. Ähnlich wie im Fall der Handelsgerichtsbarkeit über die Höhe des erforderlichen Streitwertes gestritten wurde (siehe den Hinweis des Gesuchstellers in act. 22 S. 4), war man sich bei Erlass der Strafprozessordnung uneinig, wie weit die Kompetenz der Einzelgerichte gehen soll. Der schliesslich zum Gesetz gewordene Entwurf von Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO sah Einzelgerichte mit einer Strafkompetenz bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vor. Einige Parlamentarier befürchteten, diese Kompetenz könnte nur ganz oder überhaupt nicht ausgeschöpft werden, was zur Folge hätte, dass auch Straffälle, die eindeutig nicht mehr im Bagatellbereich liegen würden, zwingend von Einzelgerichten zu beurteilen wären, was aber nicht sein könne (so die konkrete Befürchtung von Nationalrat Vischer, der Swissair-Fall müsste unter der Herrschaft von Art. 19 Abs. 2 lit. b Entwurf-StPO durch ein Einzelgericht beurteilt werden). Der Gegenentwurf (Minderheitsantrag Menétrey-Savary) sah deshalb eine Kompetenz lediglich bis sechs Monate Freiheitsstrafe vor. Bundesrat Blocher wies dagegen darauf hin, dass die Kann-Vorschrift den Kantonen die Möglichkeit gebe, die Kompetenz auch nur teilweise auszuschöpfen (zitiert von Diggelmann, SJZ 106 S. 89 Fn 56). Nachdem der Kommissionssprecher darauf hingewiesen hatte, dass diese Ansicht mit derjenigen der Kommission für Rechtsfragen übereinstimme, wurde der Minderheitsantrag Menétrey-Savary abgelehnt und der Entwurf schliesslich zum Gesetz (Amtliches Bulletin Nationalrat 2007 II S. 947-948). Der

Kanton Zürich hat die ihm durch Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO eingeräumte Kompetenz durch Einrichtung von Einzelgerichten ausgeschöpft, allerdings nur teilweise. Gemäss § 27 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 GOG beschränkt sich die Kompetenz der Einzelgerichte auf Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr. Bis heute hat soweit ersichtlich noch niemand die Meinung vertreten, die teilweise Ausschöpfung der Kompetenz verletze Bundesrecht.

Nach dem Gesagten besteht kein Grund, von der mit dem erwähnten Entscheid der Kammer (OGer, II. ZK, 23. August 2013, LF130045) begründeten Praxis abzuweichen. Es ist somit davon auszugehen, dass die den Kantonen mit Art. 6 Abs. 1 ZPO eingeräumte Kompetenz auch nur teilweise ausgeschöpft werden kann.

4.4. Voraussetzungen gemäss § 44 lit. b GOG

4.4.1. Gemäss § 44 lit. b GOG ist das Handelsgericht unter anderem für die Beurteilung eines handelsrechtlichen Streits im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO zuständig, sofern der Streitwert mindestens 30'000 Franken beträgt. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken vor. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit zu bejahen.

4.4.2. Der Vollständigkeit halber ist zu prüfen, ob die Zuständigkeit auch zu bejahen wäre, wenn mit der Vorinstanz und der Gesuchstellerin von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen würde. Wie bereits dargelegt stellt Art. 6 Abs. 1 ZPO eine Ermächtigung zu Gunsten der Kantone dar. Soweit ein Kanton in zulässiger Weise diese Ermächtigung ausgeschöpft hat, gilt somit kantonales Recht, soweit er jedoch von der Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, gilt die bundesrechtliche Regelung (Riemer, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2. Auflage, § 8 N 6). Gemäss § 44 lit. b GOG gilt ein Streitwerterfordernis von 30'000 Franken. Das Bundesgerichtsgesetz lässt die Beschwerde in Zivilsachen teilweise bereits bei kleinerem Streitwert zu, weshalb auch in diesen Fällen die Kantone ermächtigt sind das Handelsgericht für zuständig zu erklären. Indem der kantonale Gesetzgeber den Mindeststreitwert generell auf 30'000 Franken festgelegt hat, hat er die ihm durch Art. 6 Abs. 1 ZPO eingeräumte Kompetenz teilweise ausgeschöpft.

Bezüglich der nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten enthält das GOG keine Regelung. Nach der grammatikalischen Auslegung kann einerseits ein qualifiziertes Schweigen vorliegen mit dem Ergebnis, dass nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten nicht in die Zuständigkeit des Handelsgericht fallen. Andererseits kann das Schweigen schlicht bedeuten, dass der Gesetzgeber keine Anordnung treffen wollte mit dem Ergebnis, dass mangels abweichender kantonaler Regelung Bundesrecht gilt, nach dem die Zuständigkeit des Handelsgerichts auch in diesen Fällen zu bejahen ist. Die grammatikalische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber in Art. 74 BGG ebenfalls Streitwertgrenzen eingeführt hat, ohne die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu erwähnen. Wie oben dargelegt, wer-

den dennoch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten den vermögensrechtlichen Streitigkeiten, welche die gesetzlich bestimmte Streitwertgrenze erreichen, gleichgestellt. Da § 44 lit. b GOG in einem vertikalen Zusammenhang zu Art. 74 BGG steht, muss die systematische Auslegung des GOG derjenigen des BGG folgen (vgl. Riemer, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2. Auflage, § 4 N 39), was entgegen einem in diesem Punkt nicht näher begründeten Entscheid des Handelsgerichts (HGer, 1. Februar 2012 (ZR 111 Nr. 64) bedeutet, dass § 44 lit. b GOG auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst.

Im Rahmen einer teleologischen Auslegung ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber die Zuständigkeit des Handelsgerichts bewusst weit fassen wollte (Botschaft ZPO BBl 2006 7221 S. 7261). Ziel des Gesetzgebers war also, im Zweifel zugunsten der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu entscheiden. Das Bundesgericht folgt dieser Vorgabe und unterstellt auch solche Streitigkeiten der Handelsgerichtsbarkeit, die nicht zum klassischen Kernbereich der Handelsgerichtsbarkeit zählen, so etwa Konsumentenstreitigkeiten oder Konflikte aus Mietverträgen (BGE 138 III 694 und BGer vom 22. Oktober 2013, 4A_346/2013, zur Publikation vorgesehen). Mit dieser Zielsetzung nicht zu vereinbaren wäre es, die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten von der Handelsgerichtsbarkeit generell auszuschliessen, zumal es sich bei solchen Streitigkeiten keineswegs um Bagatellfälle handeln muss, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Die Gesuchsgegnerin geht jedenfalls – im Falle der Gutheissung des Massnahmegesuches – von einem Schadenspotential von monatlich CHF 150'000.00 aus (act. 10 S. 13). Es bestehen keine Hinweise dafür, dass sich der kantonale Gesetzgeber bei Erlass von § 44 lit. b GOG nicht auch vom Ziel einer weitgefassten Zuständigkeit des Handelsgerichts hätte leiten lassen.

Bezüglich der historischen Auslegung ist die Entstehungsgeschichte von § 44 lit. b GOG zu beachten. Nach früherem § 62 Abs. 1 GVG vom 13. Juni 1976 war für die Bejahung der Zuständigkeit des Handelsgerichts unter anderem erforderlich, dass der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht wird. Die Frage, ob damit auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst sein sollten, beantwortete das Gesetz nicht. Das Bundesrecht sah damals eine Streitwertgrenze von 8'000 Franken vor (Art. 46 OG). Berufungsfähig waren damals aber auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten (Art. 44 OG). Mit der Einführung des Bundesgerichtsgesetzes wurde die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen, welche an die Stelle der altrechtlichen Berufung trat, im Allgemeinen auf 30'000 Franken erhöht, für spezielle Fälle gelten tiefere Streitwertgrenzen (Art. 74 Abs. 1 BGG). Auch wenn das BGG die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht mehr explizit erwähnt, unterliegen diese wie oben dargestellt ebenfalls der Beschwerde in Zivilsachen. Der kantonale Gesetzgeber reagierte auf das neue Bundesrecht zunächst durch eine Verordnung des Regierungsrates, welche die Streitwertgrenze auf 30'000 Franken festlegte. Diese Regelung wurde hernach in § 62 Abs. 1 GVG (OS 62, 591, in Kraft getreten am 1. Januar 2008) übernommen. Nach wie vor wurden die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht erwähnt. Auch im Gesetzgebungsverfahren wurden sie nicht thematisiert. Der Grund dafür, dass die Handelsgerichtsbarkeit nicht mehr durch Verweisung auf das BGG, sondern durch Festlegung eines konkreten Frankenbetrages geregelt

wurde, lag lediglich darin, dass befürchtet wurde, bei einer Verweisung könnte Unklarheit darüber entstehen, ob diese dynamisch oder statisch gemeint sei (Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Anpassung der Zivil- und Strafrechtspflege an das Bundesgerichtsgesetz, Amtsblatt 2007, S. 206 ff., S. 209 und 213).

Obwohl in § 62 Abs. 1 GVG die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nie genannt wurden, ging die Rechtsprechung davon aus, dass diese unter die Handelsgerichtsbarkeit fallen (OGer, II. ZK, 5. Januar 2009, NZ080005, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerinwurde mit diesem Entscheid keine frühere Praxis aufgegeben. Im angeblich einschlägigen Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 26. April 1989 (ZR 88 Nr. 51) ging es ausschliesslich um die Frage, ob ein grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Streit diese Qualifikation verliere, wenn daneben noch eine kleine Genugtuung eingeklagt werde. Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht.

Bis zur Schaffung des GOG fielen die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wie dargelegt in die Zuständigkeit des Handelsgerichts, obwohl dies im Gesetz nicht explizit so geregelt war. Dass der Gesetzgeber dies mit dem neuen § 44 lit. b GOG hätte ändern wollen, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil entsprach es der Grundhaltung, das Bisherige beizubehalten und es wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO – darunter fallen wie dargelegt auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen sollten (Antrag des Regierungsrates vom 1. Juli 2009, Amtsblatt 2009, S. 1489 ff., S. 1561). Es bestehen somit keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht mehr dem sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts zuordnen wollte. Nach dem Gesagten ist § 44 lit. b GOG so auszulegen, dass auch die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten erfasst sind. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit auch dann gegeben, wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen wird.

5. Fazit

Der vorliegende Streit ist ein handelsrechtlicher im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO. Der Streitwert beträgt mindestens 30'000 Franken. Das Handelsgericht ist deshalb für die Klage auf Unterlassung der Datenherausgabe gemäss § 44 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO zuständig. Gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO ist es auch für das Massnahmebegehren vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Hauptklage zuständig.

Die Zuständigkeit wäre auch dann zu bejahen, wenn von einem nicht vermögensrechtlichen Streit ausgegangen würde, da sowohl Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO als auch § 44 lit. b GOG diese Streitigkeiten erfassen.

Der vorinstanzliche Entscheid ist somit im Ergebnis richtig, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

Auch wenn mit der Vorinstanz die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich zu verneinen ist, so führt dies entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners nicht zur Nichtigkeit des trotzdem angeordneten Verbotes. Bevor die Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht rechtskräftig entschieden ist, ist gemäss einem von der urteilenden Kammer vorgezeichneten und vom Bundesgericht weitergeführten Weg die vorsorgliche Massnahme auch von einem mutmasslich sachlich nicht zuständigen Gericht einstweilen anzuordnen, wenn der Rechtsschutz auf andere Weise nicht gewährt werden kann (siehe OGer, Verfügung vom 12. Juli 2011 im Verfahren LF110073 und BGer, 9. Dezember 2011, 5A_453/2011 auszugsweise publiziert in BGE 137 III 563). Da aufgrund des erwähnten Entscheides des Handelsgerichts ein negativer Kompetenzkonflikt zu erwarten ist, konnte der einstweilige Rechtsschutz nur durch Erlass des vorsorglichen Verbotes gewährt werden. Die Gesuchstellerin hat zwar keinen ausdrücklichen Eventualantrag gestellt, wonach im Falle der Abweisung der Berufung die Massnahme bis zum Ablauf der Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht aufrechtzuerhalten sei. Aus der Begründung geht indes mit Deutlichkeit hervor, dass die Gesuchstellerin einen materiellen Entscheid über ihr Massnahmebegehren anstrebt. Dieses Ziel kann wohl nicht mehr erreicht werden, wenn das Verbot bis zu einem allfälligen Verfahren vor Bundesgericht aufgehoben würde. Da der sich abzeichnende negative Kompetenzkonflikt nicht von der Gesuchstellerin zu verantworten ist, rechtfertigt es sich ausnahmsweise, ohne expliziten Antrag die angeordnete Massnahme bis zum Ablauf der Beschwerdefrist aufrechtzuerhalten. Ein gegenteiliger Entscheid wäre wohl überspitzt formalistisch, zumal das Bundesgericht – sollte es angerufen werden – die Fortsetzung des Verbotes auch ohne entsprechenden Parteiantrag anordnen kann (Art. 104 BGG).

6. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind der Gesuchstellerin die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese werden in Anwendung von §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG bemessen. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen, der Gesuchstellerin nicht wegen Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Gesuchsgegnerin nicht mangels Aufwandes in diesem Verfahren.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 24. Februar 2014
Geschäfts-Nr.: LF130075-O/U