

Art. 6 und 15 DSG, Weitergabe persönlicher Daten. *Anwendung auf die Lieferung der Daten von Bank-Mitarbeitern an die amerikanischen Steuerbehörden.*
Art. 271 StGB, verbotene Handlungen für einen fremden Staat. *Die Bestimmung ist nur nach einer Ermächtigung des Bundesrates anwendbar.*

Im Rahmen des aktuellen "Steuerstreites" mit den USA erwägt eine Bank, den amerikanischen Behörden Daten über ihre Mitarbeitenden zu liefern. Eine Mitarbeiterin verlangte vom Einzelgericht den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, welche diese Lieferung untersagen sollte. Das Einzelgericht trat darauf nicht ein, und dagegen richtet sich die Berufung.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.4 Notwendigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme:

3.4.1 Richtig ist, dass der Friedensrichter selber keine vorsorglichen Massnahmen erlassen kann. Im vorliegenden Kontext besteht indes die Besonderheit, dass der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens an sich bereits gewisse Wirkungen zukommen. Das folgt aus der Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 und der individuell an die Gesuchsgegnerin gerichteten Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 24. Januar 2014. Die Gesuchsgegnerin hält dazu zutreffend fest, es gehe nicht um die Frage, ob auch der Friedensrichter eine vorsorgliche Massnahme erlassen könnte, sondern einzig um die Auswirkungen der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens.

3.4.2 Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 deckt sich – so richtig die Vorinstanz – mit der Musterverfügung, richtet sich individuell an die Gesuchsgegnerin und ist für diese verbindlich. Indessen ist zu präzisieren, dass die Verfügung der Gesuchsgegnerin nichts verbietet, sondern ihr vielmehr die Herausgabe der Daten ihrer Mitarbeiter an die US-Behörden unter dem Titel "Tätig werden für einen fremden Staat" nach Art. 271 Ziff. 1 StGB unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt. Immerhin trifft es zu, dass diese Erlaubnis unter dem Vorbehalt steht, dass die entsprechenden Mitarbeiter keine Klage auf ein zivilrechtliches Verbot der Datenherausgabe erheben. Dabei handelt es sich aber nicht um ein konkretes Verbot, bestimmte Daten herauszugeben, sondern lediglich um einen Vorbehalt von der Bewilligung in dem Sinne, dass die Datenheraus-

gabe trotz Klageeinleitung nicht von der Bewilligung umfasst wird und somit unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen kann.

Würde die Gesuchsgegnerin trotz Einleitung eines Schlichtungsverfahrens Daten der Gesuchstellerin übermitteln, so verhielte es sich rechtlich daher genau gleich, wie wenn die Verfügung des EFD nicht existierte. Die Verfügung vom 24. Januar 2014 hat für diesen Fall somit keine Auswirkungen. Entscheidend ist daher die Auswirkung der zugrunde liegenden Strafnorm (Art. 271 Ziff. 1 StGB).

3.4.3 Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot nach der Praxis der Kammer nicht überflüssig. Denn erst mit einer individuell-konkreten Anordnung wird ein bestimmtes Verhalten mit Wirkung für bestimmte Personen ohne weitere Voraussetzungen und insbesondere ohne die Notwendigkeit der Auslegung und Subsumtion für verboten oder geboten erklärt. Demgegenüber greift der strafrechtliche Schutz (von den übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit abgesehen) nur, wenn das konkrete Verhalten unter den entsprechenden Straftatbestand subsumiert werden kann, was im Zeitpunkt des Erlasses der Massnahme kaum je mit Sicherheit vorausgesagt werden kann. Ein Rechtsuchender, der die entsprechenden Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat, hat deshalb unabhängig von einem anderweitigen strafrechtlichen Schutz Anspruch auf den Erlass einer Massnahme.

Im Übrigen hängt der strafrechtliche Schutz gestützt auf Art. 271 StGB nicht nur vom Subsumptionsrisiko, sondern auch von weiteren Faktoren ab. Art. 271 StGB beschreibt eine politische Straftat (BSK StGB II-HUSMANN, 3. Auflage 2013, vor Art. 271 StGB N 4). Die Strafverfolgung setzt eine Ermächtigung des Bundesrates voraus (Art. 66 des Strafbehördenorganisationsgesetzes, StBOG). Der Entscheid über die Ermächtigung muss nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten gefällt werden. Vielmehr gilt das politische Opportunitätsprinzip (vgl. Art. 66 Abs. 2 StBOG). Der Bundesrat lehnte in der Vergangenheit deshalb die Ermächtigung in politisch heiklen Fällen ab, so insbesondere in einem Fall nachrichtendienstlicher Aktivitäten der CIA in der Schweiz (vgl. BSK StGB II-HUSMANN, 3. Auflage 2013, Art. 271 StGB N 89). Auch die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe an

US-Behörden ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung der Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist ungewiss. Die Bestrafung nach Art. 271 StGB und die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen einer Verurteilung drohen der Gesuchsgegnerin daher im Falle einer Datenherausgabe nicht ohne weiteres, sondern sie hängen von politischen Unwägbarkeiten ab. Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 bzw. Art. 271 StGB stellen aus diesem Grund keinen genügenden, die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz dar (vgl. zum Ganzen OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.5).

Dass die Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Zusammenhang mit einem vorsorglichen Verbot tiefer ist als jene nach Art. 271 StGB, ändert somit nichts an der selbständigen Bedeutung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Wie es sich mit der Notwendigkeit einer Massnahme als blosser zivilrechtlicher Anordnung ohne die Verbindung mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verhielte, ist daher ohne Belang. Ebenso wenig ist zu prüfen, wie es sich mit einer allfälligen Abänderung der Verfügung vom 24. Januar 2014 und diesbezüglichen Vertrauensschutzargumenten verhält. Da die Verfügung so, wie sie erlassen wurde, der Gesuchstellerin keinen die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz gewährt, ist nicht relevant, ob mit einer Abänderung der Verfügung zu rechnen ist oder nicht.

3.4.4 Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Gesuchsgegnerin habe zugesichert, sie werde nach Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens keine Daten der Gesuchstellerin an die US-Behörden herausgeben.

Allgemein kann das Drohen einer Verletzung und damit die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme verneint werden, wenn davon auszugehen ist, die Gegenpartei werde keine solche Verletzung begehen, weil sie in den Standpunkt der gesuchstellenden Partei eingelenkt hat (BSK ZPO-SPRECHER, 2. Auflage 2013, Art. 261 ZPO N 13; OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2). Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, ist nachfolgend aufgrund der

Kommunikation der Parteien im Vorfeld bzw. während des vor Vorinstanz angehobenen Verfahrens zu prüfen.

3.4.5 Die Gesuchsgegnerin teilte der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 4. Juli 2014 mit, dass sie beabsichtige, die Daten der Gesuchstellerin im Rahmen der Teilnahme am US-Programm in die USA zu übermitteln. Gleichzeitig erklärte die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin habe die Möglichkeit, innert 20 Tagen Einsprache gegen den Datentransfer zu erheben. Die Gesuchstellerin erhob mit Schreiben vom 21. Juli 2014 Einsprache gegen die Übermittlung ihrer Daten. Nach zwischenzeitlicher weiterer Korrespondenz erklärte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 27. August 2014, sie werde die Daten der Gesuchstellerin ungeachtet ihrer Einsprache an die USA übermitteln, wenn die Gesuchstellerin nicht innert 10 Tagen ein gerichtliches Verfahren einleite. Das führte zur Einreichung des streitgegenständlichen Massnahmebegehrens vom 4. September 2014.

Die Vorinstanz erklärte den Parteien (nachdem die Gesuchsgegnerin zum Begehren Stellung genommen hatte) in einem Schreiben vom 14. Oktober 2014, nach der erwähnten Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 stehe bereits die Einreichung einer Klage auf Erlass eines Verbots der Datenherausgabe einem solchen Datentransfer entgegen. Die verlangte vorsorgliche Massnahme könne sich daher als unnötig erweisen, wenn die Gesuchsgegnerin klar und unmissverständlich erkläre, dass aus ihrer Sicht die Einreichung einer Klage beim Friedensrichter genüge und dass sie, die Gesuchsgegnerin, dann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens auf die Weitergabe der Daten der Gesuchstellerin verzichte.

Mit Eingabe vom 27. Oktober 2014 erklärte die Gesuchsgegnerin, ihrer Ansicht nach würde es genügen, wenn die Gesuchstellerin eine Klage beim Friedensrichter einreiche. Sie, die Gesuchsgegnerin, wäre in diesem Fall bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens daran gehindert, den US-Behörden Daten und Unterlagen über die Gesuchstellerin herauszugeben. Aus diesem Grund sei eine vorsorgliche Massnahme nicht notwendig.

3.4.6 Nach dem bereits erwähnten Entscheid der Kammer vom 3. März 2015 ist das Einlenken der Gesuchsgegnerin in den Standpunkt der Gesuchstellerin (als rechtshindernde Tatsache) von ersterer glaubhaft zu machen. Dabei genügt eine persönliche Versicherung durch die Gesuchsgegnerin, wenn diese glaubwürdig ist und ihre Darstellung plausibel erscheint. Es sind hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass die Gesuchsgegnerin durch blosser Erklärung, die von der Gesuchstellerin befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb nur eine in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehaltlose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Bei der Beurteilung einer solchen Erklärung steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu. Eine abstrakte Regel lässt sich nicht formulieren, sondern es kommt auf die Umstände im konkreten Fall an (vgl. OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2).

Die Erklärung der Gesuchsgegnerin vom 27. Oktober 2014 erfolgte erst auf Anfrage der Vorinstanz, in einer relativ späten Phase des Massnahmeverfahrens und damit nicht in einem frühen Stadium des Konflikts. Auch wenn der Gesuchsgegnerin nicht vorzuwerfen ist, sie habe diese Erklärung bloss aus taktischen Gründen abgegeben, so fehlen besondere Umstände, aufgrund derer sich rechtfertigen würde, die Zusicherung als glaubhaft gemacht zu betrachten. Da die Glaubhaftmachungslast für das Einlenken bei der Gesuchsgegnerin liegt, genügt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die Gesuchsgegnerin würde sich nicht an das Versprechen halten. Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

Ob überhaupt von einem Versprechen oder einer Zusicherung auszugehen ist, oder lediglich von der Äusserung einer momentanen Rechtsauffassung (vgl. die gegenteiligen Auffassungen der Parteien), ist danach nicht von Belang.

3.4.7 Somit kann nicht gesagt werden, die beantragte vorsorgliche Massnahme sei nicht notwendig, weil die Gesuchstellerin mit der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens denselben Schutz erlangen könnte, den sie mit einer

vorsorglichen Massnahme anstrebt. Dass die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einfacher ist als die Stellung eines (umfassend zu begründenden) Massnahmebegehrens, ist danach nicht relevant.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 13. März 2015
Geschäfts-Nr.: LF140107-O/U