

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF150002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 3. März 2015

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

und / oder Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend
vorsorgliche Massnahme

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Januar 2015 (ET140079)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen der superprovisorischen Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu verbieten, Personendaten der Gesuchstellerin an das US-amerikanische Justizdepartement (US Department of Justice – "DoJ") zu übermitteln;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 16 = act. 19 = act. 21)

1. Das Gesuch vom 3. Dezember 2014 wird abgewiesen.
2. Die (reduzierte) Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. [Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge der Gesuchstellerin:

(act. 20 S. 2)

Die Rechtsmittelinstanz habe das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 14. Januar 2015 (Geschäfts-Nr.: ET140079-L) aufzuheben und in der Sache neu zu entscheiden;

es sei der Berufungsbeklagten im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zu verbieten, Personendaten der Gesuchstellerin an das US-amerikanische Justizdepartement zu übermitteln;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten.

Berufungsanträge der Gesuchsgegnerin:

(act. 26 S. 2)

Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und es sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich

vom 14. Januar 2015 zu bestätigen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die Gesuchstellerin war vom tt.mm.2003 bis am tt.mm.2012 bei der Gesuchsgegnerin als Kundenberaterin tätig. Am 7. Juli 2014 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass sie am 19. Mai 2014 mit dem U.S. Department of Justice eine Einigung bezüglich ihrer Steuerangelegenheiten erzielt habe. Teil dieser Einigung sei die Übermittlung von Daten, darunter auch der Name der Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin erklärte, die Daten zu übermitteln, falls die Gesuchstellerin nicht bis am 28. Juli 2014 Widerspruch einlege (act. 4/3). Am 10. Juli 2014 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin unter anderem mit, dass sie mit der Übermittlung ihrer Daten nicht einverstanden sei (act. 4/4). Am 27. November 2014 setzte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin darüber in Kenntnis, dass ihres Erachtens ihr Interesse an der Datenübermittlung dasjenige der Gesuchstellerin an einer Geheimhaltung überwiege. Die Gesuchsgegnerin werde deshalb die Daten am 8. Dezember 2014 übermitteln. Es stehe der Gesuchstellerin frei, den Rechtsweg gemäss Art. 15 DSG einzuschlagen (act. 4/2).

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2014 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Zürich das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren (act. 1). Am 4. Dezember 2014 reichte die Gesuchsgegnerin eine Schutzschrift ohne Nennung einer Gegenpartei ein. Sie vertrat darin die Auffassung, dass allfällige Massnahmegesuche von Mitarbeitern der Gesuchsgegnerin mit dem Ziel, die Datenherausgabe an amerikanische Behörden zu verbieten, abzuweisen seien (act. 5/1). Mit Urteil vom 5. Dezember 2015 wurde die Schutzschrift entgegengenommen (act. 5/9). Gleichentags wies das Bezirksgericht Zürich das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab (act. 7). Am 19. Dezember 2014 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme zur Schutzschrift der Gesuchsgegnerin ein (act. 13). Mit Urteil vom 14. Januar 2015 wies die Vorinstanz das Massnahmegesuch ab (act. 19). Dieser Entscheid wurde der Gesuchstellerin am

22. Januar 2015 zugestellt (act. 17a). Mit Eingabe vom Montag, 2. Februar 2015 (Datum Poststempel) erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 14. Januar 2015 und stellte die eingangs erwähnten Berufungsanträge (act. 20). Mit Verfügung vom 9. Februar 2015 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren von CHF 2'000.00 angesetzt. Der Gesuchsgegnerin wurde Frist für die Berufungsantwort angesetzt (act. 23). Der Vorschuss wurde am 16. Februar 2015 fristgerecht geleistet (act. 25). Am 20. Februar 2015 erstattete die Gesuchsgegnerin innert Frist die Berufungsantwort (act. 24/2 und 26). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog in der Verfügung vom 5. Dezember 2014 und im Urteil vom 14. Januar 2015 (zur Begründung des Urteils wurde weitgehend auf die zuvor erlassene Verfügung verwiesen) im Wesentlichen, der Bundesrat habe der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 16. Juli 2013 bewilligt, mit den zuständigen US-Behörden zu kooperieren und Mitarbeiterdaten zu übermitteln (act. 5/4/2). Die auf ein Jahr befristete Verfügung sei am 27. Juni 2014 bis am 16. Juli 2015 verlängert worden (act. 5/4/3). In Ziffer 1.4. lit. c des Dispositives der Bundesratsverfügung werde auf das Klagerecht der betroffenen Personen gemäss Art. 15 DSG hingewiesen. Demgemäss sei die Übermittlung von Personendaten nur zulässig, wenn die betroffene Person innert zehn Tagen ab Mitteilung keine Klage auf Verbot der Datenherausgabe anhängig gemacht habe oder wenn die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei. Die Gesuchstellerin könne durch Stellung eines Schlichtungsgesuches mit dem Rechtsbegehren, die Datenherausgabe zu verbieten, das ordentliche Verfahren einleiten und damit die Übermittlung bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Klage verhindern. Würde die Gesuchsgegnerin trotz rechtshängiger Klage die Daten an die US-Behörden herausgeben, wäre dies nach Art. 271 StGB [verbotene Handlungen für einen fremden Staat] strafbar. In der Eingabe vom 4. Dezember 2014 habe die Gesuchsgegnerin zugesichert, dass sie sich an Ziffer 1.4. lit. c des Dispositives der Bundesratsverfügung halten werde. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Datenherausgabe nicht erfol-

ge, wenn die Gesuchstellerin fristgerecht ein Schlichtungsbegehren einreiche. Schlage die Gesuchstellerin diesen Weg ein, sei sie besser geschützt, als wenn das Massnahmegesuch gutgeheissen würde. Denn eine Datenherausgabe trotz rechtshängiger Zivilklage könne die Bestrafung gemäss Art. 271 StGB (Freiheitsstrafe bis drei Jahre oder Geldstrafe) sowie aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die Verletzung eines vorsorglich angeordneten Verbotes gemäss Zivilprozessordnung habe dagegen bloss die Bestrafung gemäss Art. 292 StGB (Busse bis 10'000 Franken) zur Folge. Mit der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens habe die Gesuchstellerin ein einfaches und sicheres Mittel in der Hand, um eine Datenherausgabe vorderhand zu verhindern. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2014 (act. 15/1) hat die Gesuchstellerin ein Schlichtungsgesuch eingereicht. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen sei deshalb nicht nötig, weshalb das Gesuch abzuweisen sei.

3. Argumente der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin bringt in der Berufungsschrift vor, mit der Verfügung vom 16. Juli 2014, die auf der Musterverfügung vom 3. Juli 2013 beruhe, habe der Bundesrat Neuland betreten. Mit entwaffnender Offenheit werde darin festgehalten, dass die schweizerischen Banken ermächtigt würden, mit dem Justizdepartement der USA zusammenzuarbeiten. Der Gesuchsgegnerin werde erlaubt, ausserhalb des regulären Amts- und Rechtshilfeweges Daten zu liefern, was staatspolitisch bedenklich und zudem höchst umstritten sei. Es sei fraglich, ob der Bundesrat überhaupt die Kompetenz habe, das ordentliche Amts- und Rechtshilfeverfahren auszuhebeln. Es gehe nicht an, gestützt auf die Bundesratsverfügung der Gesuchstellerin das Recht auf Erlass vorsorglicher Massnahmen abzusprechen. Die Begründung, wonach die Gesuchstellerin durch Einreichen des Schlichtungsgesuches besser vor der Datenherausgabe geschützt sei als durch einen Massnahmeentscheid, sei nicht zutreffend. Denn die Gesuchstellerin sei nicht Adressatin der nicht öffentlichen Bundesratsverfügung. Die Gesuchstellerin habe keine Möglichkeit zu erfahren, ob die jeweils auf ein Jahr befristete Verfügung in unveränderter oder veränderter Form verlängert werde. Sie müsste bei Abweisung des Massnahmegesuches deshalb aus prozessualer Vorsicht jeweils jedes Jahr ein

neues Massnahmegesuch einreichen. Demgegenüber sei sie bei Gutheissung ihres Gesuches während der ganzen Verfahrensdauer vor der Datenherausgabe geschützt. Daran ändere die höhere Strafandrohung von Art. 271 StGB im Vergleich zu Art. 292 StGB nichts, da anzunehmen sei, dass die Gesuchsgegnerin ein im Rahmen eines Massnahmeverfahrens erlassenes Verbot unabhängig von der angedrohten Strafe einhalte.

4. Ausführungen der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, dass mangels genügender Rügen der Gesuchstellerin auf die Berufung nicht einzutreten sei. Für den Fall, dass auf die Berufung eingetreten werde, sei diese abzuweisen. Die Gesuchstellerin schliesst sich der Begründung der Vorinstanz an. Insbesondere sei das Bezirksgericht Zürich zu Recht zum Schluss gekommen, dass eine vorsorgliche Massnahme zum Schutz der Gesuchstellerin nicht notwendig sei. Denn die Gesuchsgegnerin habe in der Eingabe vom 4. Dezember 2014 ausdrücklich versichert, dass sie sich an die Verfügung des Bundesrates – insbesondere an Ziffer 1.4. lit. c – halten werde. Nichts anderes erwarte die Gesuchstellerin, die selber geltend gemacht habe, es sei davon auszugehen, dass sich die Gesuchsgegnerin an verwaltungsrechtliche Auflagen halte. Es sei nicht zu erwarten, dass die Verfügung des Bundesrates nicht mehr verlängert oder abgeändert würde. Doch selbst wenn die Bewilligung ganz aufgehoben würde, wäre die Gesuchstellerin nicht auf eine vorsorgliche Massnahme angewiesen, da eine Datenherausgabe dann gestützt auf Art. 271 StGB ohnehin verboten wäre. Würde aufgrund einer veränderten Konstellation eine vorsorgliche Massnahme nötig werden, so könnte die Gesuchstellerin im Rahmen des ordentlichen Verfahrens ein entsprechendes Gesuch stellen.

5. Würdigung

5.1. Eintreten auf die Berufung

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. Das Rügeprinzip erlaubt die effiziente Überprüfung des angefochtenen Entscheides, indem sich die Rechtsmittelinstanz davon entlastet, den vorinstanzlichen Entscheid über das Gerügte hinaus zu überprüfen. Sie erfüllt indes keinen Selbstzweck und soll nicht strenger als nötig gehandhabt werden. Ein Berufungskläger erfüllt seine Rügeobliegenheit, wenn aus der Begründung ohne weiteres erkennbar ist, inwiefern der angefochtene Entscheid aus Sicht des Berufungsklägers falsch ist. Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an. Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (Art. 57 ZPO, BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

Die Gesuchstellerin legt in der Berufungsschrift dar, aus welchen Gründen sie die Begründung der Vorinstanz für unzutreffend hält. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin beschränkt sie sich nicht darauf, die im ursprünglichen Gesuch gemachten Ausführungen zu wiederholen. Insbesondere legte die Gesuchstellerin dar, weshalb das Vorgehen nach der Verfügung des Bundesrates keinen hinreichenden Schutz gebe. Aus der Berufungsschrift geht mit genügender Klarheit hervor, inwiefern die Gesuchstellerin die Begründung des Urteils vom 14. Januar 2015 für falsch hält, so dass eine Überprüfung im Rechtsmittelverfahren ohne Weiteres möglich ist. Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

5.2. Einlenken der Gesuchsgegnerin

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt 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 Gesuchsgegnerin einlenkt (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 13). Die Beweislast bezüglich der Notwendigkeit der Massnahme liegt zwar beim Gesuchsteller, das Einlenken stellt jedoch eine rechtshindernde Tatsache dar, für die die Gesuchsgegnerin beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB). Die Beschränkung des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung impliziert keine förmliche Beschränkung der Beweismittel (BSK ZPO-Sprecher, 2. Auflage, Art. 261 N 62). Nach der Rechtsprechung 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, OGer ZH, LF140099). Lässt man mit dem Bundesgericht die persönliche Versicherung genügen, so sind an deren Glaubhaftmachung hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Gesuchsgegner durch blosser Erklärung, die vom Gesuchsteller befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb in der Regel nur ein in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehaltlose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Mit einer erst im Prozess abgegebenen Erklärung vermag ein Gesuchsgegner ein Einlenken kaum mehr glaubhaft zu machen, da zum einen die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Abgabe der Erklärung aus taktischen Gründen besteht und zum anderen das späte Einlenken zusätzlich erklärungsbedürftig wäre. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Gesuchsgegner ein behauptetes Einlenken glaubhaft gemacht hat, steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu. Eine abstrakte Regel lässt sich nicht formulieren, sondern es kommt auf die Umstände im konkreten Fall an.

Die Gesuchsgegnerin teilte der Gesuchstellerin im Schreiben vom 27. November 2014 mit, dass sie die Daten in die USA übermitteln werde. Sie wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass es ihr frei stehe, eine Klage gemäss Art. 15 DSG einzuleiten (act. 4/2). Die Einleitung einer Klage gemäss der genannten Bestimmung führt ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht zu einem Verbot der Datenherausgabe für die Dauer des Verfahrens. Zu Recht gehen weder die Vorinstanz noch die Gesuchsgegnerin davon aus, die Gesuchsgegnerin habe bereits damals eingelenkt. Erst mit Einreichung der Schutzschrift vom 4. Dezember 2014 – als die Gesuchsgegnerin also schon ernsthaft mit einem Massnahmeverfahren rechnen musste – erklärte die Gesuchsgegnerin unter anderem, sie werde die Daten nur herausgeben, falls die Gesuchstellerin keine Klage anhängig mache oder falls die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei (act. 5/1). Das Einlenken der Gesuchsgegnerin erfolgte somit erst in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Massnahmeverfahren. 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 Beweislast für das Einlenken bei der Gesuchsgegnerin liegt, genügt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht an das Versprechen halten werde (act. 19 S. 4). Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall, weshalb sich die begehrte Massnahme nicht aus diesem Grund bereits als nicht notwendig erweist.

5.3. Subsidiarität der zivilprozessualen vorsorglichen Massnahme

Die Vorinstanz hielt in der Verfügung vom 5. Dezember 2014 – auf die im angefochtenen Urteil verwiesen wird – fest, dass ein Massnahmebegehren abzuweisen sei, wenn der Gesuchstellerin andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden. Sie vertritt somit die Auffassung, aus dem Begriff der Notwendigkeit sei abzuleiten, dass die zivilprozessuale Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen subsidiär sei. Zur Begründung stützt sie sich auf zwei Literaturstellen, wobei die erste keine Begründung gibt und die zweite auf einen Basler Entscheid aus dem

Jahre 1965 zurückgreift (StaeHELIN(StaeHELIN/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, § 22 N 11; BSK ZPO-Thomas Sprecher, 2. Auflage, Art. 262 N 49 mit Hinweis auf BJM 1965 185). Abgesehen davon, dass der vor rund 50 Jahren ergangene Basler Entscheid nicht ohne Weiteres eine Antwort darauf gibt, wie die Bundes-ZPO auszulegen ist, ist darauf hinzuweisen, dass das Basler Gericht das Massnahmebegehren nicht deswegen abwies, weil dem Gesuchsteller ein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung gestanden wäre, sondern weil die Gegenpartei unter bestimmten Bedingungen zum Einlenken bereit war.

Die Auffassung, wonach die zivilprozessuale Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen subsidiär sei, findet im Gesetz und in den Materialien keine Stütze (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7353 ff.). Der Begriff der Notwendigkeit im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO ist ein Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. KuKo ZPO-Ehrenzeller, 2. Auflage, Art. 261 N 12). Aus ihm kann nicht das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer Nachrangigkeit der vorsorglichen Massnahme gegenüber anderen Rechtsbehelfen abgeleitet werden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mit der Begründung abgewiesen werden, die Gesuchstellerin könne den von ihr angestrebten Schutz statt durch das vorprozessuale Massnahmebegehren durch die Stellung eines Schlichtungsgesuches erlangen, also auf dem durch die Verfügung des Bundesrates vorgezeichneten Weg. Dabei kann es auch keine Rolle spielen, ob die Stellung eines Schlichtungsgesuches einfacher ist als die Einreichung eines Massnahmebegehrens. Denn es steht der Gesuchstellerin frei, welchen Rechtsbehelf sie in Anspruch nehmen will.

5.4. Schutz der Gesuchstellerin durch die Verfügung des Bundesrates

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft zu machen, dass ihr ohne Erlass der begehrten Massnahme ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dies ist zu verneinen, wenn ein angestrebtes Verbot – beispielsweise von einer Verwaltungsbehörde – bereits in individuell-konkreter Form erlassen wurde (vgl. OGer ZH, II. ZK, ZR 107 Nr. 41).

Die Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013 schützt die "betroffenen Personen" vor der Datenherausgabe, falls sie eine Hauptklage fristgerecht rechts-hängig gemacht haben. Diese generell-konkrete Verfügung genügt nicht, um den Anspruch der Gesuchstellerin auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu verneinen. Bei diesem Ergebnis kann die von der Vorinstanz verneinte Frage unbeantwortet bleiben, ob mit der Abänderung dieser Verwaltungsverfügung zu rechnen ist. Ebenfalls offen bleiben kann, ob die Verfügung überhaupt rechtmässig ist, was die Gesuchsgegnerin bezweifelt.

5.5. Schutz der Gesuchstellerin durch Art. 271 StGB

Eine Datenherausgabe im jetzigen Zeitpunkt könnte den Straftatbestand von Art. 271 StGB erfüllen. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass dieser Tatbestand eine höhere Sanktion vorsehe als die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei auch aus diesem Grund nicht nötig. Diese Auffassung ist unzutreffend. Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot 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 Rechtssuchender, der die entsprechenden Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat, hat deshalb unabhängig von einem anderweitigen strafrechtlichen Schutz Anspruch auf den Erlass einer Massnahme. Der vorliegende Fall zeigt überdies exemplarisch auf, dass der strafrechtliche Schutz – hier gestützt auf Art. 271 StGB – nicht nur vom Subsumptionsrisiko, sondern auch von weiteren Faktoren abhängt. Art. 271 StGB beschreibt eine politische Straftat (BSK StGB II-Markus Husmann, 3. Auflage, vor Art. 271 N 4). Die Strafverfolgung setzt eine Ermächtigung des Bundesrates voraus (Art. 66 Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG). Der Entscheid über die Ermächti-

gung muss nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten gefällt werden, vielmehr gilt das politische Opportunitätsprinzip. 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 (BSK StGB II-Markus Husmann, 3. Auflage, vor Art. 271 N 89). Die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe in die USA ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung seiner Verfügung vom 16. Juli 2013 die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist offen. Art. 271 StGB bietet auch deshalb keinen genügenden Schutz.

5.6. Fazit

Nach dem Gesagten vermag die vorinstanzliche Begründung einen abweisenden Massnahmeentscheid nicht zu stützen. Das Massnahmegesuch ist deshalb gutzuheissen, sofern die Gesuchstellerin den von ihr geltend gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (zu deren Begründung sie die Einschränkung der internationalen Bewegungsfreiheit behauptet) sowie den von ihr behaupteten Anspruch auf Nichtherausgabe von Daten glaubhaft gemacht hat. Die Vorinstanz hat sich dazu im angefochtenen Entscheid nicht geäußert und hat der Gesuchsgegnerin noch keine Gelegenheit gegeben zum Massnahmegesuch vom 3. Dezember 2014 Stellung zu nehmen. Das Urteil vom 14. Januar 2015 ist aufzuheben und zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Prozesskosten

Die Gesuchstellerin verlangt den Schutz ihrer Persönlichkeit als ehemalige Arbeitnehmerin der Gesuchsgegnerin. Es liegt ein nicht vermögensrechtlicher Streit aus einem Arbeitsverhältnis vor, weshalb die Entscheidgebühr ausser Ansatz fällt (Art. 114 lit. c ZPO, OGer ZH, II. ZK, PF140059). Da die Gesuchsgegnerin im Beschwerdeverfahren fast vollumfänglich unterliegt, ist sie zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gesuchstellerin zu verpflichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Entschädigung für die Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Januar 2015 aufgehoben, und der Prozess wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten für das Berufungsverfahren fallen ausser Ansatz. Der Gesuchstellerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 zurückerstattet.
3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'500.00 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 26, sowie an das Bezirksgericht Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen gemäss 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:
9. März 2015