

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP160017-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 16. November 2016

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Holding AG,**

Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Auskunftserteilung (DSG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 18. März 2016; Proz. FV150055**

**Rechtsbegehren (act. 3):**

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Auskunft zu geben über alle den Kläger und den verstorbenen Vater des Klägers, B.\_\_\_\_\_, betreffenden Daten, die in den Datensammlungen der Beklagten vorhanden sind, einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten, sowie den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten und der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Datenauskunft in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie zu erteilen gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht  
(act. 18 = act. 25 = act. 27):**

- "1. Die Klage wird gutgeheissen und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger im Sinne von Art. 8 Abs. 2 DSG Auskunft zu erteilen über alle den Kläger und seinen verstorbenen Vater, C.\_\_\_\_\_, betreffenden Daten, die in der Buchhaltung bzw. in den Geschäftsbüchern der Beklagten vorhanden sind, einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten und den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten und der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger. Die Datenauskunft ist in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie zu erteilen (Art. 8 Abs. 5 DSG).
  2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgelegt.
  3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
  4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'506.55 (inkl. MwSt. und Friedensrichterkosten) zu bezahlen.
- 5.+6. Mitteilung/Rechtmittel"

### **Berufungsanträge:**

#### der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (act. 23 S. 2):

- "1. Das Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Bülach vom 18. März 2016 sei aufzuheben.
2. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur erneuten Durchführung der Hauptverhandlung, zur Beweisabnahme, zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen."

#### des Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (act. 37 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 18. März 2016 sei aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei Berufung der Berufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

#### Verfahrensanträge des Berufungsbeklagten (act. 37 S. 2)

- "1. Dem Berufungsbeklagten/Anschlussberufungskläger sei die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung zu gewähren und der unterzeichnete Rechtsanwalt sei als Offizialanwalt einzusetzen.
2. Die Vorinstanz sei schriftlich über den Richterwechsel zu befragen. Insbesondere sei die Vorinstanz anzuweisen, Auskunft darüber zu geben, wer bei der Entscheidungsfindung mitgewirkt hat und ob allenfalls Ersatzrichter lic. iur. G. Kenny lediglich das begründete Urteil unterzeichnet hat."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Der Kläger hat von der Beklagten gestützt auf Art. 8 DSGVO verlangt, ihm alle seinen am 21. Juni 2012 verstorbenen Vater sowie ihn selber betreffenden Daten, die in der Datensammlung der Beklagten vorhanden seien, zugänglich zu

machen und in diesem Zusammenhang weitere einschlägige Auskünfte zu erteilen. Nachdem er die verlangte Auskunft nicht erhielt, leitete er vor Vorinstanz das vorliegend zu beurteilende Verfahren ein. Die Vorinstanz hat die Klage gutgeheissen.

2. Gegen die Gutheissung der Klage hat die Beklagte innert Frist Berufung einreicht (act. 23). Sie leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– ebenfalls fristgerecht (act. 28, act. 30).

3. Mit Verfügung vom 30. Mai 2016 (act. 31) wurde dem Kläger Frist zur Berufungsantwort i.S.v. Art. 312 ZPO angesetzt. Die Antwort wurde der Kammer elektronisch zugestellt (vgl. dazu sogleich E. II./1.).

4. a) Mit Schreiben vom 24. August 2016 erkundigte sich der Rechtsvertreter der Beklagten, ob der Kläger eine Berufungsantwort eingereicht habe und ersuchte für den Fall, dass dies geschehen sei, um eine Zustellung dieser Eingabe. Die Referentin bestätigte den Eingang der Berufungsantwort, wies jedoch darauf hin, dass die Kammer Rechtsschriften an die Gegenpartei nicht schematisch zustelle, sondern nur, wenn und in dem Zeitpunkt das im Hinblick auf den Gang des Verfahrens nötig sei. Selbstverständlich würde eine allfällige Obliegenheit, sich zu äussern, erst durch eine solche Zustellung ausgelöst (act. 40). Der Rechtsvertreter der Klägerin zeigte sich mit dieser Antwort unzufrieden: Bekanntlich bestehe seit längerem ein unbedingtes Replikrecht, das als reines Recht ausgestaltet sei und keine Obliegenheit darstelle. Er zitierte aus einem Merkblatt des Bundesgerichts folgende Passage: "Nach der Rechtsprechung haben die Parteien gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 6 EMRK ein unbedingtes Replikrecht, d.h. einen unbedingten Anspruch darauf, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen, falls sie dies wünschen (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157, 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197, 133 I 10 E. 4.3-4.7 S. 102 ff.). Die Parteien haben somit einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, sich zu jeder Eingabe im Verfahren zu äussern, unabhängig davon, ob sie neue oder wesentliche Vorbringen enthält: Es ist Sache der Parteien zu entscheiden, ob sie eine Entgegnung für erforderlich halten oder nicht". Aus diesen Gründen sei die Eingabe der Gegenseite auf jeden Fall zuzustellen, auch wenn die Kammer offenbar bis heute noch nicht in der Lage

sei anzukündigen, wann dies sein werden und weshalb dies nicht sofort geschehen könne.

b) Im vorliegenden Zusammenhang gilt Folgendes: Gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO (und der gleichlautenden Bestimmung für die Beschwerde in Art. 322 Abs. 1 ZPO) kann die Rechtsmittelinstanz auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichten, wenn die Berufung ohne weiteres abgewiesen oder darauf nicht eingetreten werden kann. Das ist ganz offensichtlich mit Blick darauf ins Gesetz aufgenommen worden, dass eine Äusserung des Berufungsbeklagten – wenn der Ausgang des Verfahrens bereits nach Eingang der Berufung feststeht – nur ein unnötiger Aufwand wäre, gegen prozessökonomische Überlegungen spräche und dazu führen würde, dass der Berufungskläger den Berufungsbeklagten entschädigen müsste. Nur wenn die Berufung nicht unmittelbar erledigt werden kann, ist dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung einer Berufungsantwort anzusetzen. In diesem Zusammenhang – allerdings aber auch erst dann – ist ihm die Berufungsschrift zugänglich zu machen, weil es das Gleichbehandlungsgebot gebietet, dass die Parteien eine gleich lang Zeit zur Verfügung haben, um ihre Eingaben im Berufungsverfahren auszuarbeiten. Anderenfalls hätte der Berufungskläger seine Berufung innert 30 Tagen zu begründen, während dem Berufungsbeklagten 30 Tage sowie die Zeit, in der er bereits über die ihm vorab zugestellte Rechtsmittel-schrift verfügte, zur Verfügung stünden. Kann nach Eingang der Berufungsantwort der Entscheid gefällt werden und unterliegt der Berufungsbeklagte, so erübrigt sich die Zustellung der Berufungsantwortsschrift an den Berufungskläger: Er gewinnt und woran in dieser Situation sein Interesse besteht, sich nochmals äussern zu können, ist nicht ersichtlich. Nur wenn der Berufungsbeklagte obsiegt, so ist die Berufungsantwort dem Berufungskläger vorab zuzustellen, weil er als unterliegende Partei "das letzte Wort" haben muss. Nicht bereits im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zugestellte Eingaben sind zusammen mit dem Endentscheid zur Kenntnis zu bringen.

In einem neueren Entscheid (BGer 5A\_849/2015, Urteil vom 27. Juni 2016, E. 3.1 und 3.2) hat sich das Bundesgericht zum Mechanismus von Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO geäussert: "Die Vorinstanz hat auf die Einholung einer

Stellungnahme bei den Gegenparteien verzichtet, da sie die Beschwerde als offensichtlich unbegründet eingestuft und den Handel als spruchreif erachtete [...]. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine Beschwerdeantwort. Ihrer Ansicht nach hat die Vorinstanz zu Unrecht eine offensichtlich unbegründete Beschwerde angenommen. Dadurch sei ihr als Beschwerdeführerin die Kenntnisnahme der gegnerischen Argumente vorenthalten worden und es habe kein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden. Das Verfahren sei nicht korrekt durchgeführt und stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. [3.2] Die Beschwerdeführerin behauptet zu Recht nicht, dass sie ihren Standpunkt gegenüber der Vorinstanz nicht umfassend habe darlegen können. Damit kann von einer Verweigerung ihres rechtlichen Gehörs und einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV keine Rede sein [...]."

Kann ein Rechtsmittel erledigt werden, ohne dass die durch die Zurückweisung des Rechtsmittels (obsiegende) Rechtsmittelbeklagte dazu Stellung nehmen kann, wie das im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, so spricht sicher nichts dagegen, dass ebenso darauf verzichtet wird, dem (obsiegenden) Rechtsmittelkläger die Rechtsmittelantwort (des unterliegenden Rechtsmittelbeklagten) vorab zuzustellen. Denn er hat seinen Standpunkt dem Gericht bereits umfassend darlegen können und obsiegt damit. Es genügt, dass die Rechtsmittelantwort dem Urteil der Rechtsmittelinstanz beigelegt wird. Zustellungen "auf Vorrat" gibt es im Rechtsmittelverfahren nicht.

5. Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Dem Kläger wurde von der Kammer mit Verfügung vom 30. Mai 2016 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 31), welche ihm am 2. Juni 2016 zugestellt wurde (act. 32). Die Frist lief demnach am 4. Juli 2016 ab. Gemäss Art. 130 Abs. 1 ZPO können Eingaben beim Gericht in Papierform oder elektronisch eingereicht werden. Art. 143 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass "bei elektronischer Übermittlung [...] die Frist eingehalten [ist], wenn der Empfang bei der Zu-

stelladresse des Gerichts spätestens am letzten Tag der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist". Mit Sendezeitpunkt 4. Juli 2016, 21.52 ging bei "Kanzlei Obergericht Zürich" von D.\_\_\_\_\_ <...@D.\_\_\_\_\_.com> ein Email ein: "Sie haben via den sicheren E-Mail Service der D.\_\_\_\_\_ folgende vertrauliche E-Mail (Meldung 3BB) erhalten. "Absender: Y.'\_\_\_\_\_@...ch, Betreff: Geschäfts-Nr.: NP160017-0/Z02, Versandart: eGov Einschreiben, Versanddatum: 2016-07-04, Abholfrist: 2016-07-11. Folgen Sie dem nachfolgenden Link zur Abholung der vertraulichen E-Mail: [https://www.D.\\_\\_\\_\\_\\_.com/...](https://www.D._____.com/...)" (act. 33/1). Mit E-Mail vom 5. Juli 2016, 11.32 h, teilte der Postweibel des Obergerichts der Kanzlei der Kammer mit, dass der Zugriff auf die E-Mail nur per Kennwort oder Karte möglich sei. Aufgrund der Auskunft der IT-Abteilung würden nur unpersönliche E-Mails respektive E.\_\_\_\_\_ [Verschlüsselter Email-Service] akzeptiert (act. 33/2). Bei den Akten liegt weiter eine Abgabequittung von D.\_\_\_\_\_, mit der der Versand einer E-Mail des Rechtsvertreters des Klägers mit "Aufgabezeitpunkt 2016-07-04 21:51:13 MESZ" bestätigt wird (act. 35). Weiter gibt es bei den Akten eine Abholquittung von E.\_\_\_\_\_, die bezüglich der genannten E-Mail den Abgabezeitpunkt bestätigt. Bei "Status" ist erwähnt: "Angenommen (7. Juli 2016 13:47)" (act. 36).

Das eine Problem, das sich vorliegend stellt, ist bereits in früheren Fällen aufgetreten (ZR 2012 S. 162 ff.; RU130001 [publiziert in [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)]). In ZR 2012 S. 162 f. wurde dazu ausgeführt: "Das Eintreffen der Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts wird dem Absender aufgrund der derzeitigen technischen Ausgestaltung des Datenverkehrs zwischen der anerkannten Zustellplattform nicht dokumentiert, bzw. erst, wenn die elektronische Eingabe durch einen Mitarbeiter des Obergerichts angenommen bzw. abgelehnt wird. Auf diesen Zeitpunkt abzustellen wäre (nicht nur im Vergleich mit Eingaben per Post) äusserst unzweckmässig. So würde nämlich die Fristwahrung bei elektronischen Eingaben willkürlich von der Anwesenheit des Gerichtspersonals bzw. der Bedienung des Computersystems durch dieses abhängig gemacht: Das Instrument der elektronischen Eingabe würde dadurch praktisch unbrauchbar, müsste sich der Absender einer elektronischen Eingabe doch stets versichern, dass beim empfangenden Gericht ein Mitarbeiter am Computer sitzt, der die Eingabe vor Fristablauf annimmt".

Dazu kommt im vorliegenden Fall ein weiteres Problem: Wie sich aus act. 33/2 ergibt, konnte die E-Mail mit der Berufungsantwort zunächst nicht geöffnet werden. Nach Angaben der IT-Abteilung des Obergerichts beruht dies darauf, dass es "doppelt" verschlüsselt wurde. Obwohl bereits der Versand via D. \_\_\_\_\_ bzw. E. \_\_\_\_\_ die Sicherheit der Übermittlung gewährleistet, hat der Rechtsvertreter des Klägers die Sendung zusätzlich verschlüsselt, was dazu führt, dass eine solche E-Mail nur von besonders registrierten Personen geöffnet werden kann, was für den Postdienst des Obergerichts nicht zutrifft. Auf die Problematik der Entgegennahme von zusätzlich vom Absender verschlüsselten E-Mails wird auf der Internetseite von [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch) (<[http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/obergericht/U\\_REGLEMENT\\_HOME-PAGE.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/U_REGLEMENT_HOME-PAGE.pdf)> nicht hingewiesen, offenbar weil es diese Möglichkeit im Zeitpunkt, als das "Reglement an die Kammern des Obergerichts, das Handelsgericht und die Bezirksgerichte betreffend die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 22. Dezember 2010" verfasst wurde, noch gar nicht gab. Auch wenn der Kammer die Berufungsantwort deshalb erst ab dem 7. Juli 2016 und damit erheblich nach Ablauf der Frist in lesbarer Form vorlag, ist sie als rechtzeitig erfolgt zu betrachten (Art. 52 ZPO).

2. a) Die Beklagte macht in prozessualer Hinsicht geltend, dass die Vorinstanz nicht in der vorgeschriebenen Verfahrensart entschieden habe. Der Kläger seinerseits erhebt – (wohl) mit Blick auf die Anwendung der falschen Verfahrensart – Anschlussberufung und verlangt die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz, hält allerdings auch eine Heilung für möglich (act. 37 S. 2 Anträge 1 und 2 und Rz 5 ff.).

Die Beklagte macht geltend, dass in der Vorladung auf Art. 229 ZPO hingewiesen worden sei, die Verhandlung sei in der Folge dann auch in diesem Sinne eröffnet worden. Die Vorinstanz sei von der Geltung der Verhandlungsmaxime ausgegangen. Die Beklagte habe ihrerseits ebenfalls auf Art. 229 ZPO hingewiesen, ohne dass die Richterin widersprochen habe, was sich aus dem vorinstanzlichen Protokoll (S. 10 unten) ergebe. Deshalb sei Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO verletzt, die Verhandlung sei folglich falsch geleitet wor-



den und die erforderliche Klärung des Sachverhalts sei unterblieben. Mangels ordnungsgemäss durchgeführtem erstinstanzlichem Verfahren könne kein Urteil zum Nachteil der Beklagten ergehen. Für diesen Fall wäre das erstinstanzliche Verfahren zu wiederholen (act. 23 S. 3).

Der Kläger weist seinerseits darauf hin, dass die Vorladung lediglich auf das ordentliche Verfahren Bezug nehme, was den Eindruck erwecke, dass – entgegen Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO – das ordentliche Verfahren zur Anwendung komme (act. 37 Rz 1 f.); dieser Eindruck sei an der Hauptverhandlung bestätigt worden (act. 37 Rz 3). Die Beklagte sei durchgehend anwaltlich vertreten gewesen und – entsprechend der Praxis zu falschen Rechtsmittelbelehrungen – hätte ein Blick ins Gesetz genügt, um von der Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens Kenntnis zu nehmen. Die Beklagte sei ausserdem nicht benachteiligt worden (act. 37 Rz 6 ff.). Daher werde eventualiter der Antrag gestellt, die Berufung abzuweisen (act. 37 Rz 14).

b) Der Kläger hatte im vorinstanzlichen Verfahren obsiegt. An der Aufhebung dieser Entscheidung hat er kein schützenswertes Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), was im Zusammenhang mit Rechtsmitteln als Beschwer bezeichnet wird (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2012, Rz 1333 ff.; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz 526). Ausnahmsweise kann es Fälle geben, in denen die Beschwer trotz Obsiegens verneint wird (vgl. dazu z.B. Seiler, a.a.O., Rz 531 ff.). Von einem solchen Fall kann hier allerdings nicht die Rede sein. Auf die Anschlussberufung ist daher nicht einzutreten.

c) Die Beklagte erwähnt, dass die Vorladung (umseitig) unter "wichtige Hinweise" erwähnt, dass neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel später nicht mehr vorgebracht werden könnten (Art. 229 ZPO). Beim Vorbehalt von Art. 229 ZPO werde nicht zwischen den verschiedenen Absätzen unterschieden, so dass Art. 229 Abs. 3 ZPO mitumfasst sein müsse, welcher sich zur Anwendung der Untersuchungsmaxime äussere und aufgrund des Verweises in Art. 219 ZPO auf das vereinfachte Verfahren anwendbar ist. Nach Ansicht der Beklagten ergibt sich auch aus dem Protokoll der Verhandlung vom 28. Oktober 2015, dass

die Vorinstanz von der Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens ausging (act. 23 S. 2).

Auf S. 10 des vorinstanzlichen Protokolls gibt es zwei Protokollnotizen, die die vorliegende Problematik betreffen: "Auf Frage erklären sich die Parteien damit einverstanden, die beiden ersten Rechtsschriften als Klagebegründung und Klageantwort zu verstehen und mit Replik und Duplik fortzufahren". Und gleich daran anschliessend: "RA Dr. X.\_\_\_\_\_ wendet ein, sofern die beiden heutigen Vorträge als Replik und Duplik zu betrachten seien, so könne heute auch keine neuen Beweismittel vorgebracht werden. Diese seien nur mit den ersten beiden Vorträgen möglich". Diese Bemerkung blieb seitens der Vorinstanz unkommentiert. Auf der angeführten S. 10 f. des vorinstanzlichen Protokolls unter "RA X.\_\_\_\_\_ zur Duplik (auf Befragen) steht dann weiter: "Zunächst eine kurze formelle Vorbemerkung. Bezüglich meines Einwandes hinsichtlich der neuen Tatsachen gemäss Art. 229 ZPO. Eine Bestimmung übrigens auf die Sie in der Vorladung hingewiesen haben. Es ist richtig, dass es dem Gericht freisteht, beim vereinfachten Verfahren einen doppelten mündlichen Vortrag zuzulassen oder einen einfachen. Einigen sich die Parteien, wie Sie dies vorgeschlagen haben, auf den Verzicht des ersten Vortrages anlässlich der mündlichen Verhandlung und schliessen sie nur den zweiten Vortrag, d.h. Replik und Duplik, dann ist gemäss Art. 229 ZPO automatisch jede neue Tatsache, jedes neue Beweismittel ausgeschlossen. Wenn der Kollege dies nicht so gewollt hätte, hätte er sich entsprechend wehren müssen. Auf formelle Zugeständnisse werden im Gerichtsverfahren nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Der Verzicht, auf den sich die Parteien einigten, ist bindend. Die neuen vom Kläger eingereichten Unterlagen sind deshalb nicht zulässig und müssen aus dem Recht gewiesen werden".

d) Was die Anzahl der Parteivorträge mit freiem Äusserungsrecht anbelangt, gibt es sowohl im ordentlichen wie auch im vereinfachten Verfahren deren zwei (vgl. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. S. 344). Der Kläger hat mit act. 3 die Klage schriftlich begründet, so dass der Beklagten gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO Frist zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen war (act. 6), die als act. 10 erstattet wurde. An der Verhandlung vom 28. Oktober 2016

erkundigte sich die vorinstanzliche RichterIn, ob die Parteien damit einverstanden seien, dass die "beiden ersten Rechtsschriften" – es kann sich nur um act. 3 und act. 10 gehandelt haben – "als Klagebegründung und Klageantwort zu verstehen und mit der Replik und Duplik fortzufahren" sei. Das kann allerdings nicht so verstanden werden, dass die gleiche (erste) Rechtsschrift für die Möglichkeiten, sich frei zu äussern, doppelt zählen sollte (vgl. KuKo ZPO-Fraefel, 2. Auflage 2014, N. 13 zu Art. 247). Dass die RichterIn den Ausführungen des Vertreters der Beklagten nicht widersprach, stützt die Sichtweise der Beklagten nicht.

e) Im vorinstanzlichen Urteil wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren nach Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO durchzuführen sei. Neue Tatsachen und Beweismittel könnten bis zum Beginn der Urteilsberatung geltend gemacht werden, so dass die im Rahmen der Hauptverhandlung eingereichten Beilagen (act. 14/1-3), soweit für den Entscheid erheblich, berücksichtigt würden (act. 25 S. 3). Dies entspricht zweifellos dem Konzept des vereinfachten Verfahrens.

f) aa) Das vereinfachte und das ordentliche Verfahren unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht, sind allerdings in anderen Bereichen auch durchaus vergleichbar. In beiden Verfahrensarten ist ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Die Klage im ordentlichen Verfahren ist schriftlich einzuleiten (Art. 220 ZPO), worauf der beklagten Partei Frist für eine schriftliche Antwort angesetzt wird (Art. 222 Abs. 1 ZPO). Sofern es die Verhältnisse erfordern, kann danach ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden. Im anschliessenden Hauptverfahren folgen danach je zwei Parteivorträge (Klagebegründung, Klageantwort, Replik und Duplik gemäss Art. 228 ZPO). Hat in der ersten Phase bereits ein doppelter Schriftenwechsel stattgefunden, so werden die Vorträge an der Hauptverhandlung meist nur noch ergänzt; Art. 229 ZPO beschränkt die freie Äusserungsmöglichkeit (inklusive Instruktionenverhandlung) auf zwei Male. Gegebenenfalls wird in der Folge ein Beweisverfahren mit anschliessenden Schlussvorträgen durchgeführt (Art. 231 f. ZPO). Nach Art. 229 ZPO ist der Aktenschluss wie folgt geregelt: Noven können vorgebracht werden, wenn sie erst später entstanden sind oder gefunden wurden; was schon früher bestanden hat, kann nur noch vorgebracht wer-

den, wenn dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher möglich war. In ordentlichen Verfahren gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime mit "gewöhnlicher" Fragepflicht (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Art. 56 ZPO; Brunner/Steininger, DIKE-Komm-ZPO, N. 4 zu Art. 247).

bb) Im vereinfachten Verfahren ist der Verfahrensverlauf davon abhängig, ob die Klage mit oder ohne Begründung eingereicht wird, was der Kläger nach Art. 245 ZPO frei gewählt werden kann. Bei mündlicher Klage wird in der Folge direkt zur Verhandlung mit je zwei Parteivorträgen vorgeladen. Wird die Klage schriftlich angehoben, wird der Gegenpartei zunächst Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben, bevor in aller Regel eine mündliche Verhandlung mit je zwei Parteivorträgen durchgeführt wird. Daran schliesst gegebenenfalls das Beweisverfahren mit anschliessendem Schlussvortrag an. Im vereinfachten Verfahren gilt gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO in den Fällen von Art. 243 Abs. 2 ZPO der (soziale) Untersuchungsgrundsatz i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZPO, wobei sich das Gericht darauf beschränkt, an der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken (vgl. etwa DIKE-Komm-ZPO- Brunner/Steiniger, N. 6 zu Art. 247). Einen Aktenschluss gibt es in Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 ZPO i.V.m. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO nicht; Neues kann hier unbeschränkt bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden (so auch Pahud, in: DIKE-Komm-ZPO, N. 23 zu Art. 229).

g) Auch wenn die Ansicht der Beklagten zutreffen würde, dass vor Vorinstanz in der falschen Verfahrensart verhandelt worden wäre, hätte dies nicht die von ihr angenommenen Konsequenzen. Dass die Unterschiede zwischen vereinfachten und ordentlichem Verfahren nicht überschätzt werden dürfen, hat das Bundesgericht in BGE 139 III 368 E. 3.4 festgehalten; Wiederholungen kommen deshalb bei anwaltlich vertretenen Parteien kaum in Betracht. Die Anwendung der falschen Verfahrensart ist ein formeller Mangel, der auf jeden Fall nicht dazu führen kann, dass die Wiederholung des Verfahrens davon abhängig ist, ob die Beklagte mit ihrer Berufung durchdringt (sie stellt den Rückweisungsantrag – eventualiter – nur für den Fall, dass die Klage im Berufungsverfahren nicht abgewiesen werde; act. 23 S. 2). Zwar müssen Verletzungen formeller Natur an sich –

ungeachtet der Erfolgsaussichten – zur Aufhebung des mangelhaften Entscheids führen, wobei eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung, insbesondere des rechtlichen Gehörs, vor der Rechtsmittelinstanz nachgeholt werden kann, wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition verfügt wie die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Von einer Rückweisung ist in diesen Fällen abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würden. Art. 318 ZPO gewichtet den Vorrang des Interesses an einem prozessökonomischen Verfahrens höher als den Anspruch auf "double instance" (vgl. z.B. Botschaft, S. 7376; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, N. 11 zu Art. 318).

Die Parteien haben im Rahmen des Berufungsverfahrens nichts vorgebracht, was es rechtfertigen würde, das erstinstanzliche Verfahren aus Gründen der Unklarheiten über die an der Verhandlung angewendeten Verfahrensart zu wiederholen. Auf eine Rückweisung ist daher zu verzichten.

3. Beide Parteien thematisieren den Richterwechsel im vorinstanzlichen Verfahren.

a) Die Beklagte führt dazu aus, dass – nachdem Bezirksrichterin Klausner die Hauptverhandlung durchgeführt habe – überraschend Ersatzrichter Kenny entschieden habe, ohne dass zuvor über den Richterwechsel informiert worden sei, was zwingend geschehen müsse. Das sei unzulässig gewesen, weil den Parteien damit die Möglichkeit genommen worden sei, die neue Richterperson abzulehnen. Da Ersatzrichter Kenny nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen habe, hätte er sich auch kein persönliches Bild über die Verhandlung machen können, was zur Aufhebung des Urteils führen müsse. Gemäss Art. 317 ZPO liessen sich die Nachteile im Berufungsverfahren nicht beheben, so dass eventualiter das Urteil aufzuheben sei (act. 23 S. 4).

b) Nach BGer 6P.102/2005 E. 2.2 ist ein Richterwechsel nicht ausgeschlossen, wenn dafür hinreichende sachliche Gründe bestehen. Eine Veränderung kommt namentlich in Betracht, wenn ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet oder wegen längerer Krankheit oder Mutterschaftsurlaub das Amt

nicht ausüben kann oder wenn eine Neukonstituierung des Gerichts erforderlich ist (BGer 1B\_311/2016 E. 2.2.). Und in BGE 142 I 93, in einem Fall, in dem von den an der Hauptverhandlung anwesenden fünf Richtern nur noch der Präsident an der Fällung des (bezirksgerichtlichen) Urteils anwesend war, wies das Bundesgericht darauf hin, dass es auf die Gründe für die Auswechslung ankomme. Im vorliegenden Fall enthält der vorinstanzliche Entscheid keinen Hinweis auf die Gründe für den Richterwechsel und dieser wurde auch nicht vorab angezeigt. Eine Orientierung der Parteien wäre an sich wünschbar. Erfolgt sie nicht, dann können sich die Parteien auch nicht darüber Rechenschaft geben, ob gegen die Neubesetzung gegebenenfalls ein Ausstandsgrund besteht. Das muss selbstverständlich dazu führen, dass ein solcher auch noch nach Eröffnung des Urteils vorgebracht werden kann, weil es vorher dazu keinen Anlass gab. Der Rechtsvertreter der Beklagten verlangte nach Zustellung des vorinstanzlichen Entscheides die Zustellung des Verhandlungsprotokolls sowie Auskunft darüber, weshalb im Urteil Richter lic. iur. G. Kenny erwähnt sei und nicht Richterin Klausner (act. 20). Ersatzrichter Kenny antwortete umgehend, dass er zurzeit Bezirksrichterin Klausner vertrete, die vollamtlich als Richterin am Obergericht tätig sei (act. 21).

Ist eine Gerichtsperson gar nicht mehr am angerufenen Gericht tätig, ist dies gemäss der Rechtsprechung ein zureichender Grund für eine Auswechslung. Fraglich könnte damit höchstens noch sein, ob trotz zulässiger Auswechslung Anlass besteht, eine durchgeführte Verhandlung allenfalls zu wiederholen, führt doch die Beklagte an, dass der urteilende Richter nicht auf die Eindrücke aus der Hauptverhandlung habe abstellen können (act. 23 S. 4). Darauf kommt es hier allerdings nicht entscheidend an. Wurde eine Verhandlung durchgeführt, so hat es ein mündliches Verfahren gegeben, von dessen Anwendung die Parteien gegebenenfalls profitieren konnten. Dass es auf den persönlichen Eindruck, welches das Gericht im Rahmen einer mündlichen Verhandlung erlangt, stets und entscheidend ankommt, kann nicht generell gelten. Bei der Würdigung von Aussagen und dgl., z.B. wenn die Glaubwürdigkeit einer Person eine Rolle spielt, kann der persönliche Eindruck durchaus von erheblicher Bedeutung sein. Hingegen ist dies in einem Verfahren wie dem vorliegenden nicht der Fall: Seitens der Beklagten – einer juristischen Person – erschien ohnehin nur ihr Anwalt. Der Kläger hat zwar

seinen Anwalt begleitet, hatte jedoch keine Pflicht zum persönlichen Erscheinen (act. 12 S. 1) und im Verfahren äusserte sich auch nur sein Anwalt, so dass der persönliche Eindruck nicht von Bedeutung war. Auch diesbezüglich ist von einer Rückweisung zur nochmaligen Durchführung der Verhandlung abzusehen.

c) Der Kläger verlangt, dass die Vorinstanz schriftlich über den Richterwechsel zu befragen sei, insbesondere habe sie darüber Auskunft zu geben, wer bei der Entscheidungsfindung mitgewirkt hat und ob allenfalls Ersatzrichter lic. iur. G. Kenny lediglich das begründete Urteil unterzeichnet habe (act. 37 S. 2 rund Rz 15 ff.). Dazu besteht kein Anlass. Im vorinstanzlichen Protokoll ist unter dem Datum 18. März 2016 mit der Überschrift "Urteilberatung" vermerkt, dass an der Beratung, die von 15.00 bis 15.40 Uhr gedauert hat, "Ersatzrichter lic. iur. G. Kenny und der Gerichtsschreiber MLaw D. Joho" teilgenommen haben (Prot. VI S. 13). Ein Gerichtsprotokoll ist eine öffentliche Urkunde, die für die darin bezeugten Tatsachen vollen Beweis erbringt (Art. 9 Abs. 1 ZGB), so dass sich die Einholung einer schriftlichen Auskunft bei der Vorinstanz erübrigt.

### III.

1. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Beklagte dem Kläger – wenn auch verspätet – mitgeteilt habe, dass sie keine Daten über ihn und seinen Vater bearbeite (act. 25 S. 5 mit Hinweis auf act. 5/4). Das Auskunftsrecht stelle ein Grundprinzip des Datenschutzes dar und stehe jeder Person grundsätzlich voraussetzungslos und ohne Interessennachweis zu (act. 25 S. 5). Die Beklagte bringe vor, dass der Kläger hinsichtlich der angeblichen Daten des verstorbenen Vaters nicht aktivlegitimiert sei, da keine Erbbescheinigung vorliege und sie keine Kenntnis über die verwandtschaftlichen Verhältnisse des Klägers habe. Die Erbbescheinigung sei dann allerdings an der Verhandlung vorgelegt worden. Weil die Beklagte dem Kläger eine (negative) Auskunft erteilt habe, habe sie sein Auskunftsrecht über die seinen Vater betreffenden Daten anerkannt (act. 25 S. 5). Es sei nicht behauptet und nicht ersichtlich, dass dem Auskunftsrecht überwiegende Interessen entgegen stünden (act. 25 S. 5 f.). Es gebe keine Bestimmung, wo-

nach Daten, die über eine Person nach dem Tode verarbeitet werden, keine Auskunft zu erteilen sei, so dass der Kläger gestützt auf Art. 1 Abs. 7 VDSG sämtliche seinen Vater betreffenden Daten verlangen könne, auch wenn diese erst nach dem Tod entstanden sein sollten (act. 25 S. 6). Nach den Vorbringen des Klägers besitze die Beklagte Daten über ihn selber und seinen verstorbenen Vater und aufgrund des Kaufvertrages mit integriertem Darlehensvertrag habe die Beklagte bis heute immer wieder Zins- und Amortisationszahlungen auf das Konto der Darlehensgeber überwiesen. Diese Zahlungen seien durch einen Kontoauszug vom 30. September 2012 sowie durch eine Bestätigung des Willensvollstreckers ausgewiesen, wonach im April 2014 Zinsen in der Höhe von Fr. 15'000.– bezahlt worden seien und die Amortisation gestundet worden sei. Das müsse steuerrechtliche Relevanz haben und buchhalterisch erfasst worden sein (act. 25 S. 6). Die Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, dass sie Daten über den Kläger und dessen Vater bearbeite oder bearbeitet habe, so dass eine Datensammlung i.S.v. Art. 3 lit. g DSGVO vorliege (act. 25 S. 7). In Art. 4 Abs. 1 lit. f VDSG seien Buchhaltungsunterlagen explizit als Datensammlung qualifiziert (act. 25 S. 8). Die Berufungsklägerin sei zur Buchführung gemäss Art. 957 OR verpflichtet und gemäss Art. 5 GeBüV müssten Geschäftsbücher und Buchungsbelege sorgfältig aufbewahrt werden. Die unbestrittenen Zahlungen der Beklagten an den Vater des Klägers bzw. an dessen Erben müssten daher verbucht und in den Geschäftsbüchern auffindbar sein (act. 25 S. 8). Was die Problematik des Beweises negativer Tatsachen anbelange, sei die Beklagte dafür beweispflichtig, dass sie tatsächlich keine Daten über den Kläger und dessen Vater in einer Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. g DSGVO bearbeite. Der Kläger habe vorliegend nicht nur blosser Behauptungen aufgestellt, dass die von der Beklagten erteilte Negativmeldung falsch sei, sondern er habe nachvollziehbar und substantiiert behauptet, dass die Beklagte Daten über seinen verstorbenen Vater bearbeitet haben müsse und dies auch durch Urkunden belegt. In dieser Situation läge es nun an der Beklagten, zunächst substantiierte Behauptungen aufzustellen, wonach die betreffenden Behauptungen des Klägers falsch seien bzw. sich durch die publizierten Unterlagen nicht beweisen liessen. Würde ihr das gelingen, hätte sie durch einen positiven Beweis nachgewiesen, dass ihre Negativmeldung zutreffend gewesen sei. Das



habe die Beklagte aber nicht getan, so dass sie grundsätzlich verpflichtet sei, über die in ihrer Buchhaltung enthaltenen Daten betreffend den Kläger und seinen verstorbenen Vater Auskunft zu erteilen (act. 25 S. 9 f.).

2. Die Beklagte bringt in der Berufungsschrift zusammengefasst Folgendes vor: Es sei unbestritten, dass sie dem Kläger bereits im Schlichtungsverfahren mitgeteilt habe, dass sie keine Daten über ihn oder seinen verstorbenen Vater sammle, so dass es damit nach dem Datenschutzgesetz sein Bewenden habe. Sofern diese negative Auskunft der Beklagten falsch gewesen sein sollte, so könne der Kläger gegen die Beklagte strafrechtlich vorgehen. Wenn die Vorinstanz meine (act. 23 S. 5), dass trotz vorliegender Negativmeldung geklagt werden könne, so sei dies falsch. Nach der Vorinstanz bestehe der Auskunftsanspruch auch, wenn keine oder nur unvollständig Auskunft erteilt worden sei. Das sei an sich richtig, verkenne jedoch, dass eine Negativauskunft eine **erfolgte** und eine **vollständige** Auskunft sei, weil damit klar gestellt sei, dass es keine Datensammlung über die ersuchte Person gebe. Eine zivilrechtliche Durchsetzung mache logischerweise nur dann Sinn, wenn auf ein gestelltes Auskunftsbegehren gar nicht reagiert werde oder wenn die Auskunftspflicht zwar anerkannt, dieses aber nur unvollständig erfüllt werde. Werde die Erklärung abgegeben, dass es keine Datensammlung im Sinne des Gesetzes gebe, so könne es logischerweise keine zivilrechtliche Vollstreckung geben. Vorbehalten bleibe nur die vom Gesetz vorgesehene Bestrafung wegen falscher Auskunft (act. 23 S. 5). Die Zwangsmittel von Art. 343 ZPO würden versagen, weil die Partei dann unverändert daran festhalten könnte, dass sie nicht im Besitz der Datensammlung sei. Nur die Strafuntersuchungsbehörden könnten eruieren, ob die Auskunft falsch sei (act. 23 S. 5). Die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Beklagte dafür beweispflichtig sei, dass sie eine vollständige und wahre Auskunft nach Art. 8 DSGVO erteilt habe. Diese Beweislastverteilung gebe es aber gerade dann nicht, wenn eine Negativmeldung erteilt worden sei. Hier komme der Grundsatz *negativa non sunt probanda* zur Anwendung (act. 23 S. 6). Die beiden Belege, die der Kläger eingereicht habe, seien völlig belanglos. Der Pfandvertrag datiere aus dem Jahr 2000 und müsse längst nicht mehr aufbewahrt werden. Dass die Beklagte auf das Konto des Willensvollstreckers des Nachlasses C.\_\_\_\_\_ sel. eine Zahlung geleistet habe, sei kein Indiz

für eine Datensammlung. Dem Zahlungseingang stehe eine Zahlungsanweisung der Beklagten an die eigene Bank gegenüber, was keine Datensammlung betreffend den Berufungsbeklagten oder seinen Vater sei (act. 23 S. 6). Die Zahlung an den Nachlass enthalte keine Daten, auf welche der Berufungsbeklagte in Anwendung von Art. 1 Abs. 7 VDSG Anspruch habe. Die Erben könnten Auskünfte nur für die Lebzeiten der mittlerweile verstorbenen Person verlangen. Nach dem Todeszeitpunkt seien mehrere Erben eine Gemeinschaft zur gesamten Hand und nur als solche auskunftsberechtigt (act. 23 S. 7). Buchhaltungsunterlagen seien keine Datensammlungen im Sinne des Gesetzes. Das wäre nur so, wenn sie Personendaten enthielten und so aufgebaut wären, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar seien (act. 23 S. 7). Die Buchhaltung müsse so aufgebaut sein, dass ihre Vorgänge nachvollziehbar seien, d.h. sie müssten nur einem Vorgang und nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden können. Die Beklagte könne in der Buchhaltung nicht nach spezifischen Personen suchen, sondern müsste ihre gesamten Bank- und Buchungsbelege der letzten 10 Jahre überprüfen. Einen direkten Zugriff auf Daten von C. \_\_\_\_\_ sel. gebe es nicht. Sie müsste unter Tausenden von Zahlungsanweisungen mit einer eingehenden Recherche jene Zahlungen herausfiltern, die sie an den verstorbenen Vater des Klägers geleistet habe. Dies eben deshalb, weil die Buchhaltungsunterlagen nicht nach Personendaten erschliessbar seien (act. 23 S. 8). Der Kläger habe auch nicht dargelegt, warum er persönlich in der Datensammlung der Beklagten aufscheinen und inwiefern die Negativmeldung, bezogen auf den Kläger persönlich, falsch sein solle. Zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehe keinerlei Rechtsbeziehung. Der Kläger habe denn auch keinerlei Anhaltspunkte genannt, warum die Negativmeldung bezüglich ihm persönlich unwahr sein solle (act. 23 S. 9). Diesbezüglich hätte die Klage deshalb ohnehin abgewiesen werden müssen. Die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie das Begehren des Klägers, der das Rechtsbegehren in einem weiten Sinn verstanden haben wollte, auf eine Offenlegung "in der Buchhaltung bzw. in den Geschäftsbüchern" beschränkt habe (act. 23 S. 10). Der Kläger mache geltend, dass ihn der Willensvollstrecker im Zusammenhang mit dem Nachlass seines Vaters nicht vollständig informiert habe. Als Erbe habe der Kläger allerdings gegenüber den Miterben und

dem Willensvollstrecker ein vollumfängliches Auskunfts- und Informationsrecht. Das Datenschutzgesetz sei gegenüber den erbrechtlichen Informations- und Auskunftsansprüchen eingeschränkt, so dass er an einem Vorgehen gegen die Beklagte kein Rechtsschutzinteresse habe (act. 23 S. 10). Der Kläger wolle an Dritte delegieren, was er problemlos und vollumfänglich bei den Miterben und dem Willensvollstrecker erhältlich machen könne, die bereits über alle einschlägigen Dokumente verfügen würden (act. 25 S. 11). Seit dem Tod des Erblassers würden sämtliche Ansprüche aus Darlehen oder Pfand der Erbengemeinschaft zu gesamter Hand zustehen. Das Auskunftsrecht zweckwidrig geltend zu machen, sei rechtmisbräuchlich (act. 23 S. 11). Gemäss Art. 317 ZPO seien neue Tatsachen in der Berufung zulässig, wenn sie unverzüglich vorgebracht würden und nicht früher vorgebracht werden konnten. Wegen des Urteils der Vorinstanz habe die Beklagte erneut, unter anderem bei ehemaligen Organen, recherchiert und dabei festgestellt, welche Dokumente sich früher bei der Beklagten befunden haben dürften, nämlich der Aktienkaufvertrag vom September 2000, der Pfandvertrag aus dem Jahr 2000 zum Aktienkaufvertrag (= klägerisches act. 5) sowie die Vereinbarung zwischen F.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ und der Beklagten, vermutlich aus dem Frühjahr 2003. Die Beklagte habe am 14. April 2016 mit dem (ehemaligen) Willensvollstrecker Kontakt aufgenommen, der wegen der Niederlegung seines Mandats keine Auskünfte mehr erteile. Hingegen habe der Berater der Erbengemeinschaft, G.\_\_\_\_\_, erklärt, dass die Erbengemeinschaft über diese Dokumente verfüge und bereit sei, diese aufzubereiten, wenn die Beklagte zuvor à Konto ausstehende Darlehenszinsen von Fr. 10'000.– bezahle sowie die Jahresrechnung samt Revisionsbericht aushändige, was sie nicht gewollt bzw. gekonnt habe, wie sich aus der E-Mail vom 18. April 2016 ergebe (act. 23 S. 12 f.). Weil all das aus der Zeit nach dem Urteil stamme, könne die Beklagte geltend machen, dass der Kläger als Miterbe über sämtliche monierten Unterlagen verfüge, während die Beklagte nicht darüber verfüge, was sich daraus ergebe, dass sie sich um die Unterlagen beim (ehemaligen) Willensvollstrecker sowie bei der Erbengemeinschaft bemüht habe. Von anderen Unterlagen sei anlässlich der Hauptverhandlung nicht substantiiert die Rede gewesen. Der Kläger behaupte nur, der Willensvollstrecker hätte ihn nicht vollständig informiert, nicht jedoch, dass er an die Erbengemein-

schaft gelangt sei. So oder so könne die Beklagte nicht vorlegen, was sie nicht habe (act. 25 S. 13).

3. Der Kläger macht in der Berufungsantwort zusammengefasst geltend, es werde bestritten, dass eine ordnungsgemässe Auskunft erteilt worden sei, da eine Falschauskunft nicht ordnungsgemäss sei (act. 37 S. 6 Rz 1). Der Kläger habe aufgezeigt, dass die Beklagte über eine resp. mehrere Datensammlungen mit Personendaten des Klägers resp. seines Vaters verfüge (act. 37 S. 6 Rz 2). Es sei den Ausführungen der Vorinstanz zu folgen (act. 37 S. 6 Rz 4). Die Beklagte behaupte lediglich, dass keine Datensammlung vorliege und es nichts gebe, was sie herausgeben könne (act. 37 S. 7 Rz 6). Der Kläger habe nachgewiesen, dass das nicht zutrefte (act. 37 S. 7 Rz 7). Es gehe bei einer Datensammlung um Datenbestände, die einer Person zugeordnet werden könnten und um deren Erschliessbarkeit mit vernünftigem Aufwand (act. 37 S. 7 Rz 8). Jeder elektronische Datenträger (Festplatte, Diskette oder CD-ROM) sei eine Datensammlung, die mit Zeichenkombinationen, insbesondere Namen abrufbar sei, z.B. Office-Programme (act. 37 S. 7 Rz 9) und auch ungeordnete oder verstreute Ablagen (act. 37 S. 8 Rz 10). Heute sei die Durchsuchbarkeit dank effizienten Dokumentenscannern gegeben (act. 37 S. 8 Rz 11). Auch wenn nicht als Datensammlung erfasst, könnten Dokumente Datensammlungen im Sinne des Datenschutzgesetzes sein. Mit dem eingereichten Schreiben von Rechtsanwalt H. \_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker vom 19. Dezember 2014 sei die Zahlung von Schuldzinsen im März oder April 2014 an die Erbengemeinschaft von Fr. 15'000.– erwiesen. Das zugrunde liegende langjährige Darlehen sei noch nicht vollständig zurückbezahlt und es seien immer wieder Amortisationen und Zinsen geleistet worden (act. 37 S. 8 Rz 13), was selbstverständlich in der Buchhaltung enthalten sein müsse; das sei eine Datensammlung (act. 37 S. 8 Rz 14). Das sei durch die eingereichten Unterlagen erstellt (act. 37 S. 9 Rz 15). Hinsichtlich des Darlehens seitens des Vaters des Klägers werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Datensammlung geführt; jedenfalls über die Zahlungen müsse Buch geführt werden (act. 37 S. 9 Rz 17). Zahlungsanweisungen seien Belege mit personenbezogenen Daten, auch wenn der Name des Endbegünstigten nicht enthalten sein sollte, seien auch Kontonummern personenbezogene Daten, entsprechend den IP-Adressen gemäss

BGE 136 II 508 E. 3. Der Vater des Klägers sei noch keine 10 Jahre tot und der Kläger habe zumindest Anspruch auf die Daten des Vaters bis zu dessen Tod, selbstverständlich auch über den Tod hinaus; nahe Verwandtschaft genüge. Erben könnten aus eigenem Persönlichkeitsrecht Auskunft verlangen (act. 37 S. 9 f. Rz 20 f.). Das DSG gelte nur für den Bund und Private, nicht aber für kantonale Verwaltungseinheiten, so dass das Beispiel der Gemeinde I.\_\_\_\_\_ nicht einschlägig sei (act. 37 S. 10 Rz 24). Der Bestand von elektronisch gespeicherten Textdokumenten sei eine Datensammlung (act. 37 S. 10 Rz 25). Es sei von einer elektronischen Buchhaltung auszugehen (act. 37 S. 10 Rz 26). Der Satz, dass Daten über eine bestimmte Person mit vernünftigem Aufwand erschlossen werden können, habe heute durch die einfache und schnelle Digitalisierungs- und Durchsuchbarkeitsmachungsmöglichkeit von Belegen eine andere Bedeutung. Ein solch grosses Darlehen werde in der Buchhaltung ein grösserer Posten sein (act. 37 S. 11 Rz 29). Der Kläger sei Sohn und Erbe des Vaters. Nach dem Tod sei mindestens eine Zinszahlung von Fr. 15'000.– erfolgt (act. 37 S. 11 Rz 32). Die Erbgemeinschaft bestehe aus den einzelnen Erben (act. 37 S. 11 Rz 32 f.). Wegen der falschen Auskunft betreffend die Daten des Vaters müsse auch mit falschen Angaben bezüglich den Kläger selbst gerechnet werden (act. 37 S. 12 Rz 36). Der Kläger habe nicht nur Daten aus Buchhaltung und Geschäftsbüchern verlangt und die reduzierende Formulierung des Urteils in Dispositiv-Ziffer 1 durch die Vorinstanz verletzte die Dispositionsmaxime (act. 37 S. 12 Rz 39). Auskunft gemäss Datenschutzgesetz sei ein Recht (act. 37 S. 13 Rz 44). Der Kläger wisse vom Darlehen, allerdings ohne zusätzliche Informationen, so dass ein aus dem Persönlichkeitsschutz abgeleitetes Interesse an der Überprüfung der Auskünften des Willensvollstreckers und der Miterben bestehe (act. 37 S. 13 Rz 45-47). Die Behauptung der Kontaktaufnahme der Beklagten mit der Erbgemeinschaft sei unzutreffend, sei doch der Kläger Teil dieser Gemeinschaft und sei nie kontaktiert worden (act. 37 S. 13 Rz 48 f.). G.\_\_\_\_\_ sei nicht Berater der Erbgemeinschaft (act. 37 Rz 49). Der Kläger habe Unterlagen von der Erbgemeinschaft, ob sie vollständig seien, wisse er nicht. Da die Beklagte Kontakte zu einem Teil der Erben habe, seien dort noch weitere relevante Unterlagen zu vermuten, die nicht zum Willensvollstrecker gelangt seien (act. 37 S. 14 Rz 51). Letztlich könnte auch

Auskunft über Daten verlangt werden, die bereits vorhanden seien (act. 37 S. 14 Rz 52). Wenn die Beklagte selber die Höhe des Restbetrages des Darlehens verifizieren wolle, so ergebe sich daraus, dass sie Buch über die Höhe des Darlehens führe (act. 37 S. 14 Rz 53).

#### IV.

1. a) Der Kläger verlangt zum einen Auskunft über Daten betreffend sich selbst. Die Beklagte hat bestritten, dass sie eine Datensammlung über ihn führe (act. 25 S. 5). Er habe sich in seinen (vorinstanzlichen) Rechtsschriften wie auch an der Hauptverhandlung ausschliesslich auf den abgeleiteten Auskunftsanspruch (als Sohn) bezogen. Aus welchem Grund er persönlich in einer Datensammlung der Berufungsklägerin aufscheinen und inwiefern die Negativmeldung bezogen auf seine Person falsch sein solle, begründe er in keiner Weise. Tatsächlich wird zwischen dem Kläger und der Beklagten keine (Rechts-)beziehung geltend gemacht. Bis zu seinem Auskunftsersuchen hätte die Beklagte von der Existenz des Klägers keine Kenntnis gehabt. Der Kläger versäume es, irgendwelche Gründe dafür anzugeben, warum zwischen ihm und der Beklagten überhaupt eine Verbindung existieren solle. Bezogen auf die Person des Klägers müsse das Auskunftsbegehren deshalb zwingend abgewiesen werden (act. 23 S. 9).

Die Vorinstanz hat dieses Problem im Rahmen der Hauptverhandlung aufgenommen und hat sich beim Vertreter des Klägers erkundigt, ob es bereits gerichtliche Verfahren zwischen den Parteien gegeben habe (was verneint wurde) und welche Daten des Klägers er bei der Beklagten vermute. Diesbezüglich führte er aus: "Es hat definitiv Daten bezüglich der Empfangsbeträge, des Darlehens und der Rückzahlungen. Hier gibt es noch vorhandene Unregelmässigkeiten. Mein Mandant wurde vom Willensvollstrecker nicht vollständig informiert, deshalb wenden wir uns an die Beklagte, weil dort alle Daten vorhanden sind. Ich kann aber nicht im Detail wissen, welche Daten vorhanden sein könnten". Auf die weitere Frage der Vorinstanz, ob sich die Auskunft auf den Pfandvertrag und den Darlehensvertrag und darüber, welche Rückzahlungen geleistet wurden, richte:

"Nein, über sämtliche Personendaten betreffend meinen Mandant und seinen verstorbenen Vater, die vorhanden sind". Schliesslich die Frage, ob die Beklagte den Namen B.\_\_\_\_\_ durch ihre Datensysteme laufen lassen müsse, die Antwort: "Ja und dann muss sie alles was diesen Namen betrifft, herausgeben und natürlich auch alles herausgeben, was den Namen des Vaters betrifft" (Prot. VI S. 10).

b) Nach herrschender Ansicht steht das Auskunftsrecht jeder natürlichen und juristischen Person voraussetzungslos zu (BSK DSG-Gramigna/Maurer-Lambrou, N. 4 und 6 zu Art. 8). Zunächst ist Gegenstand des Auskunftsrechts (Art. 8 Abs. 1 DSG), ob überhaupt Daten über die betroffene Person bearbeitet werden. Wenn keine Daten zur Auskunft verlangenden Person bearbeitet werden, ist eine Negativmeldung zu erstatten (BSK DSG-Gramigna/Maurer-Lambrou, N. 24 zu Art. 8). Das Auskunftsrecht betrifft alsdann alle Daten in einer Datensammlung (BSK DSG-Gramigna/Maurer-Lambrou, N. 26 zu Art. 8). Keine Datensammlung i.S.v. Art. 3 Bst. g DSG gibt es, wenn es keinen Datenbestand gibt, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach Personen erschliessbar sind; dann fehlt es am Gegenstand des Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a DSG. In BGE 138 III 425 E. 5.4 und 5.5 wird in diesem Zusammenhang ausgeführt: "Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG kann grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden; vorbehalten bleibt das Rechtsmissbrauchsverbot [...]. Die Darlegung des Interesses kann demnach nötig sein, um dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Auskunftsrechts entgegenzutreten. Ebenso kann die nach Art. 9 DSG gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen erfordern, dass der um Auskunft Ersuchende seine Interessen darlegt [...]. Obgleich das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG grundsätzlich ohne Interessennachweis geltend gemacht werden kann, kommt dem Motiv eines Auskunftsbegehrens immerhin im Hinblick auf einen allfälligen Rechtsmissbrauch Bedeutung zu. So fällt Rechtsmissbrauch in Betracht, wenn das Auskunftsrecht zu datenschutzwidrigen Zwecken eingesetzt wird, etwa um sich die Kosten einer Datenschaffung zu sparen, die sonst bezahlt werden müssten [...]. Zu denken ist etwa auch an eine schickanöse Rechtsausübung ohne wirkliches Interesse an der Auskunft, lediglich um den Auskunftspflichtigen zu schädigen (vgl. 4A\_36/2010 vom 20. April 2010 E. 1). Eine zweckwidrige Verwendung des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts und

damit Rechtsmissbrauch wäre wohl auch anzunehmen, wenn das Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt wird, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte. Denn das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO will nicht die Beweismittelbeschaffung erleichtern oder in das Zivilprozessrecht eingreifen [...]".

Die Beklagte hat im Schreiben vom 2. Februar 2015 (u.a.) zugesichert, keine Datensammlung betreffend den Kläger B.\_\_\_\_\_ zu haben (act. 5/4), ja von seiner Person nicht einmal Kenntnis gehabt zu haben. Will man sich mit dieser Zusicherung nicht begnügen, so müsste es Anhaltspunkte dafür geben, dass diese Auskunft nicht zutrifft, weil sich höchstens bei gewissen einschlägigen Anhaltspunkten eine Herausgabepflicht statuieren liesse. Der Kläger hat nichts genannt, was für eine ihn persönlich betreffende Datensammlung spricht. Was die vor Vorinstanz als Hinweis auf vorhandene Daten eingereichten Urkunden anbelangt – den Pfandvertrag zwischen F.\_\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_\_ (Vater des Klägers) und der A.\_\_\_\_\_ Holding AG vom 8. September 2000 (act. 5/5), den Kontoauszug vom 1.9.2012-30.9.2012, lautend auf C.\_\_\_\_\_ selig per Adresse Dr. H.\_\_\_\_\_ (offenbar der ursprüngliche Willensvollstrecker), mit einer Überweisung durch die Beklagte im Betrage von Fr. 12'250.– mit Datum vom 20. September 2012 (act. 5/5 und 5/6) sowie das Schreiben von Rechtsanwalt H.\_\_\_\_\_ an die beiden Erben J.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (act. 14/3) – lassen diese keinen Rückschluss auf Daten bzw. eine Datensammlung bezüglich des Klägers bei der Beklagten zu. Der Pfandvertrag trägt den Namen des Klägers nicht, sondern jenen seines Vaters und zusätzlich von einem gewissen F.'\_\_\_\_\_ (act. 5/5). Der eingereichte Bankkontoauszug ist an den (ehemaligen) Willensvollstrecker Dr. H.\_\_\_\_\_ adressiert und betrifft das Konto von "C.\_\_\_\_\_ selig" (act. 5/6). Gibt es keine Anhaltspunkte für eine Verbindung zwischen der Beklagten und dem Kläger persönlich, ist das Auskunftsbegehren bezüglich die ihn betreffenden Daten abzuweisen.

2. Der Kläger verlangt auch Auskunft über Daten betreffend seinen verstorbenen Vater. Wie es sich mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht der Erben betreffend Daten des Erblassers verhält, ist umstritten. Art. 1 Abs. 7 der DSV lautet: "Wird Auskunft über Daten von verstorbenen Personen verlangt, so ist sie



zu erteilen, wenn der Gesuchsteller ein Interesse an der Auskunft nachweist und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Person oder von Dritten entgegenstehen. Nahe Verwandtschaft sowie Ehe mit der verstorbenen Person begründen ein Interesse". James Peter (Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 155, Zürich 1994, S. 216) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nach schweizerischer Rechtspraxis beim Tod des Betroffenen auch das Persönlichkeitsrecht und der damit verfolgte Schutzzweck dahinfallen, so dass das Auskunftsrecht nicht auf den Rechtsnachfolger übergehe. Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht sei ein aus dem Persönlichkeitsrecht fließender Anspruch über Daten betreffend die eigene Person (so z.B. auch PraxKomm Erbrecht-Häuptli [3. Auflage 2015], N. 16a zu Art. 560). Art. 1 Abs. 7 DSV sei deshalb nicht nur am falschen Ort, sondern beschlage eine andere Thematik als das Auskunftsrecht. Ausserdem fehle es an der Grundlage für diese Bestimmung im Datenschutzgesetz (Peter, a.a.O., S. 217; ähnlich: Beat Rudin, in Baeriswyl/Pärli, Stämpfli Handkommentar zum DSG, N. 28 zu Art. 8, wonach es sich um die Bekanntgabe von Personendaten und nicht um einen Anwendungsfall des Rechts auf Auskunft handle, das sich immer nur auf Daten über die eigene Person beziehen könne). Belser/Epiney/Waldmann (Datenschutzrecht, Bern 2011, N. 21 zu § 11 S. 611) erwähnen im vorliegenden Zusammenhang, dass das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht eigene Daten betreffe, mithin ein subjektives, höchstpersönliches Recht, das unvererblich sei. Und BSK DSG-Niggli/Maeder (3. Auflage 2014, N. 29 zu Art. 34) führen in diesem Zusammenhang Folgendes aus: "Auskunft muss über Daten der anfragenden Person («über sie», Art. 8 Abs. 1 DSG) erteilt werden. Diese gesetzliche Formulierung sucht Art. 1 Abs. 7 VDSG zu erweitern, wenn es um Daten über Tote geht (und der Gesuchsteller durch nahe Verwandtschaft oder Ehe mit dem Verstorbenen oder sonst wie ein berechtigtes Interesse an der Information dardat). Diese Bestimmung dürfte gesetzwidrig sein. Drittpersonen sind gerade nicht «betroffene» Personen i.S. des Gesetzes. Zudem kann strafrechtlich nur das im Tatbestand des DSG (Art. 34 DSG i.V.m. Art. 8 DSG) umschriebene Verhalten entscheidend sein. Eine Ausdehnung der Norm (mittels Verordnung!) auf Auskünfte über Verstorbene ist strafrechtlich nicht zulässig. Sie verstösst gegen

das Analogieverbot (Art. 1 StGB)". Auch die Ausführungen in BSK DSG-Gramigna/Maurer-Lambrou weisen in dieselbe Richtung: "Das Auskunftsrecht ist nicht vererblich. Nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 7 VDSG kann jedermann Auskunft über Daten von verstorbenen Personen erhalten, wobei ein Interesse nachgewiesen werden muss. Der Verordnungsgeber hat zudem die Fiktion aufgestellt, dass «nahe Verwandtschaft oder Ehe mit der verstorbenen Person» ein Interesse begründen. [...] Zu Recht wurde die Bestimmung kritisiert und als bloße Wiedergabe des bei Einführung des bei Einführung des DSG aktuellen Stands der Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht im öffentlichen Recht bezeichnet [...]". Ausgehend von der dogmatischen Einordnung der Auskunftsrechte nach DSG bei den *Persönlichkeitsrechten* und der Kritik an der Datenschutzverordnung, mit der der gesetzlich abgesteckte Rahmen des Datenschutzgesetzes offensichtlich erweitert wurde, stellt sich tatsächlich die Frage, ob Erben/Angehörige Daten von Verstorbenen erhältlich machen können.

Die Persönlichkeit endet mit dem Tod (Art. 31 Abs.1 ZGB), wobei bestimmte Persönlichkeitsrechte den Tod überdauern können (vgl. BSK ZGB I-Beretta [5. Auflage 2014], N. 40 ff. zu Art. 31). A.a.O., N. 47 zu Art. 31 wird zusätzlich der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Angehörigen, insbesondere deren Pietätsgefühl, genannt (vgl. BGE 127 I 115 E. 6; BGE 104 II 225 E. 5b). Dass es sich im vorliegenden Fall um eine solche Thematik handeln könnte, kann aufgrund der Parteivorbringen nicht angenommen werden. Hält man mit Blick auf die überzeugende Ansicht der Mehrheit der vorstehend zitierten Autoren Art. 7 Abs. 1 DSV für bundesrechtswidrig, so muss dem Kläger – auf Grundlage des Persönlichkeitsrechts – die datenschutzrechtliche Auskunft bezüglich seines Vaters versagt werden.

3. Zu prüfen bleibt noch, wie es sich mit Daten, die aus der Zeit nach dem Tod des verstorbenen Vaters am 21. Juni 2012 stammen, verhält. Fest steht, dass der Kläger Erbe seines Vaters ist, so dass ihm erbrechtliche und ererbte Auskunftsansprüche zustehen. Darum geht es im vorliegenden Fall allerdings nur, wenn das, was der Kläger verlangt, ihm aufgrund der datenschutzrechtlichen Auskunft zusteht, d.h. wenn es in einer Datensammlung enthalten ist, die über

den Kläger persönlich besteht. Dass dies der Fall wäre, ist nicht ersichtlich, so dass die Klage auch diesbezüglich abgewiesen werden muss. Anzumerken ist, dass der datenschutzrechtliche Informationsanspruch nicht deshalb nicht besteht, weil der Kläger diesen zusammen mit den Miterben geltend machen müsste, wie die Beklagte offenbar annimmt.

4. Fraglich kann daher nur noch sein, ob die Klage unter dem Gesichtspunkt eines erbrechtlichen oder eines ererbten Informationsanspruchs geprüft werden kann.

a) Der Kläger hat sein Rechtsbegehren ausdrücklich unter Hinweis auf das Datenschutzrecht formuliert. Diesbezüglich schreibt KuKo ZPO-Oberhammer (2. Auflage 2014), N. 4 zu Art. 57: "Nicht ausreichend geklärt ist die Frage, ob das Gericht an eine vom Kläger ausdrücklich vorgenommene Beschränkung des geltend gemachten Rechtsgrundes gebunden ist [...]. Nach Ansicht des BGer ergibt sich für ein Gericht eine Beschränkung hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung, wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt, womit das Gericht an den «Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden» sei (BGer 4A\_307/2011 E. 2.4, SZP 2012, S. 293 ff. mit Anmerkung Bohnet und Droese). Auch wenn das Gericht im Geltungsbereich des Dispositionsgrundsatzes zweifellos an das Rechtsbegehren des Klägers gebunden ist [...], ist dieses vom geltend gemachten Rechtsgrund bzw. der rechtlichen Qualifikation des geltend gemachten Anspruchs zu unterscheiden. Auch hier handelt es sich um ein Streitgegenstandsproblem [...]". Grundsätzlich steht Oberhammer, wie er weiter ausführt, der Beschränkung des Rechtsbegehrens auf einzelne Rechtsgründe kritisch gegenüber, erwähnt jedoch auch, dass rechtliche Wertungen zu einer engeren Umgrenzung des massgebenden Lebenssachverhalts führen können. Im zitierten BGer 4A\_307/2011 E. 2.4 heisst es: "2.4 Die Dispositionsmaxime bedeutet, dass die Parteien über den Streitgegenstand bestimmen, d.h. ob, wann, in welchem Umfang und wie lange sie als Kläger einen Anspruch gerichtlich geltend machen bzw. als Beklagter anerkennen wollen (vgl. BGE 134 III 151 E. 3.2 S. 158; 111 II 358 E. 1 S. 360; 110 II 113 E. 4). Ob ein Gericht mehr oder anderes zugesprochen hat, als eine Prozesspartei verlangt hat, misst sich in erster Linie

an den gestellten Rechtsbegehren. Auf deren Begründung wird nur zurückgegriffen, wenn das Begehren unklar ist und einer Auslegung bedarf. Wo das Gericht gehalten ist, das Recht von Amtes wegen anzuwenden, verletzt es die Dispositionsmaxime nicht, wenn es den gestellten Antrag mit einer anderen rechtlichen Begründung gutheisst als der Antragsteller vorgebracht hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Verletzung des Grundsatzes 'ne eat iudex ultra petita partium' nicht vor, wenn ein Gericht den eingeklagten Anspruch in rechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise abweichend von den Begründungen der Parteien würdigt, sofern er vom Rechtsbegehren gedeckt ist (BGE 120 II 172 E. 3a S. 175). Das Gericht ist aber an den Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden, insbesondere wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt (Urteil 4A\_464/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.1 mit Hinweis)".

Jedenfalls wenn der Ansicht des Bundesgerichts gefolgt wird, wofür im datenschutzrechtlichen Sonderfall Gründe angeführt werden können, muss es bei der Prüfung der auf das Datenschutzgesetz bezogenen Anspruchsprüfung bleiben.

b) Das materielle Privatrecht kennt keine allgemeinen Informationsansprüche (BGE 132 III 677 E. 4.2.1; Peter Breitschmid/Isabel Matt, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, *successio* 2010, S. 85 ff., S. 89 f.; Tarkan Göksu, Informationsrechte der Erben, *AJP* 2012 S. 953 ff., S. 953). Hingegen sind die Erben gemäss Art. 610 Abs. 2 ZGB gegenseitig auskunftspflichtig und -berechtigt. Auskunftsrechte und -pflichten bestehen auch im Verhältnis zum Willensvollstrecker (PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, 3. Auflage 2015, N. 33 zu Art. 518 ZGB). Bezüglich Auskunftsansprüchen von Erben gegenüber Dritten wird in BGE 132 III 677 E. 4.2.4 ausgeführt: "Daraus ergibt sich, dass jeder geltend gemachte Auskunftsanspruch, der sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, sorgfältig auf seine Berechtigung geprüft werden muss. Tritt ein Erbe kraft Universalsukzession an die Stelle des Erblassers (Art. 560 ZGB), so besteht kein Bedarf, ihm über das aufgrund einer Vertragsbeziehung – beispielsweise mit der Bank – bestehende und nun durch Erbrecht erworbene Auskunftsrecht hinaus

noch ein eigenes erbrechtliches Auskunftsrecht einzuräumen (Schröder, a.a.O., S. 148)". Wie bereits erwähnt, ist der Kläger als Teil einer Erbengemeinschaft für die gemeinsam ererbten Rechte und Pflichten gegenüber den Miterben und natürlich auch gegenüber dem Willensvollstrecker auskunfts berechtigt. Gegenüber der Beklagten als Darlehensnehmerin des verstorbenen Vaters gab es – anders als etwa aus Auftragsrecht – keinen Auskunftsanspruch des verstorbenen Vaters, welche als ererbte Informationsansprüche auf den Erben übergehen könnten, bestehen die vertraglichen Auskunftsansprüche doch nur in demjenigen Umfang, wie sie für den Erblasser gegolten hätten (Tarkan Göksu, a.a.O., S. 959).

Damit können im Rahmen des vorliegenden Verfahrens auch keine erbrechtlichen oder ererbten Auskunftsansprüche geltend gemacht werden. Die Klage ist daher abzuweisen.

## V.

1. Die Beklagte beanstandet die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Kosten von Fr. 5'000.– (Dispositiv-Ziff. 2, act. 27 S. 12). Dieser Betrag ist nach Ansicht der Beklagte für einen Einzelrichterentscheid im vereinfachten Verfahren und bei einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit offensichtlich ungebührlich und verletzt das Äquivalenzprinzip. Die Vorinstanz habe eingestanden, dass es sich um einen nicht zeitaufwendigen, nicht vermögensrechtlichen und nicht komplizierten Prozess ohne Beweisverfahren gehandelt habe. Wenn festgehalten werde, dass nicht alltägliche Fragen zu entscheiden seien, widerspreche dies der Feststellung, dass der Fall nicht kompliziert gewesen sei. Die Gebühr dürfe Fr. 1'000.– nicht übersteige, andernfalls sie mindestens gegen das Willkürverbot verstosse.

Die Kritik der Klägerin an den Gerichtskosten ist nicht unberechtigt. Gemäss § 5 der GebV OG beträgt die Gebühr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten je nach tatsächlichem Streitinteresse, Zeitaufwand des Gerichts und Schwierigkeiten des Falles zwischen Fr. 300.– und Fr.13'000.–. Ist das Datenschutzverfahren rein persönlichkeitsrechtlich, so können allfällige Vermögensinteressen

nicht in Betracht gezogen werden, wie die Vorinstanz es offenbar getan hat (act. 27 S. 10 f. "dass es sich um eine Auskunft über Daten handelt, die im Zusammenhang mit einem Darlehensvertrag in der Höhe von Fr. 4'000'000.– und der Bezahlung entsprechender Zinsen und Amortisationen gesammelt wurden"), liegt doch kein Fall von § 5 Abs. 2 GebV OG vor und wird nicht über vermögensrechtliche Rechtsbegehren entschieden. Die Tatsache, dass datenschutzrechtliche Verfahren in der Praxis nicht häufig sind und die Gerichte daher nur auf wenige Präjudizien zurückgreifen können, sollte – wenn überhaupt – beim Zeitaufwand berücksichtigt werden, den die Vorinstanz als "durchschnittlich" angenommen hat (act. 27 S. 11). Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren ist neu auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Und für die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist vom gleichen Betrag auszugehen (vgl. § 12 Abs. 1 GebV OG).

2. Beide Parteien formulieren ihr Begehren "unter Kosten- und Entschädigungsfolge" und erwähnen nicht, wem die Kosten auferlegt werden sollen. Das ist jedenfalls im Kanton Zürich unüblich; hier wird stets beantragt, zu welchen Lasten die Kosten- und Entschädigungsfolgen festgesetzt werden sollen. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 139 III 334 E. 4.3) ist an sich zu fordern, dass dem Antrag auch zu entnehmen ist, wer die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen hat, zumal auch noch Rückweisungsbegehren im Spiel sind. Allerdings lässt sich dem unvollständigen Antrag durchaus entnehmen, was gemeint ist. Der obsiegenden Partei eine Entschädigung zu versagen, wäre zu formalistisch.

Gerichtskosten trägt, wer unterliegt, was für beide Instanzen der Kläger ist, und die unterliegende Partei hat die obsiegende zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Kostenrahmen für die Parteientschädigung in nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten beträgt (für das erstinstanzliche Verfahren) zwischen Fr. 1'400 und 16'000.–, wobei die Grundgebühr nach der Verantwortung, dem notwendigen Zeitaufwand und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen ist; der Anspruch auf die Gebühr entsteht gemäss § 11 Abs. 1 AnwGebV OG mit der Erarbeitung der Begründung/Beantwortung der Klage und es ist damit auch der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt. Für das Rechtsmittelverfahren

ermässigt sich die Gebühr auf ein bis zwei Drittel (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG). Eine Entschädigung von Fr. 2'000.– für das erstinstanzliche und von Fr. 1'200.– für das zweitinstanzliche Verfahren erscheint angemessen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt und ist demnach praxisgemäss auch nicht zu gewähren.

3. Der Kläger hatte allerdings vor Vorinstanz ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, über welches dort nicht entschieden wurde, weil die Beklagte als unterliegende Partei die Kosten zu tragen und den Kläger zu entschädigen hatte (act. 27 S. 12 ). Wird nun der vorinstanzliche, zu Gunsten des Klägers lautende Entscheid im Berufungsverfahren aufgehoben, so muss im Rahmen der Regelung der vorinstanzlichen Kostenfolgen auch über das erstinstanzliche Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden werden. Grundlage muss die damalige wirtschaftliche und prozessuale Situation des Klägers sein.

Die Vorinstanz hat die Klage gutgeheissen (act. 27 S. 12), so dass ohne weiteres davon auszugehen ist, dass sie die Prozessaussichten für intakt gehalten und die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt hätte, wenn sie die Mittellosigkeit hätte bejahen müssen. Gegen ein Abstellen auf die (mutmassliche) Entscheidung der Vorinstanz spricht, dass die Kammer die Prozesschancen an sich selber beurteilen müsste, wenn auch bezogen auf den Zeitpunkt und die Situation, in der die Vorinstanz zu entscheiden gehabt hätte. Das könnte auch dazu führen, dass die Kammer die Prozessaussichten – bezogen auf jenen Zeitpunkt – anders einschätzt und daher zum Schluss gelangt, dass die unentgeltliche Rechtspflege seinerzeit zufolge Aussichtslosigkeit zu verweigern gewesen wäre. Auszugehen ist von der Überlegung, dass es ganz allgemein bei der von der ersten Instanz bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege bleibt. Wurde dem Kläger vor erster Instanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, weil diese die Klage nicht für aussichtslos hielt, und verliert er in der Folge den erstinstanzlichen Prozess dennoch, so hat die zweite Instanz bei einem Weiterzug nur über die unentgeltliche Rechtspflege für ihr eigenes Rechtsmittelverfahren zu entscheiden, nicht aber darüber, ob die unentgeltliche Rechtspflege seinerzeit zu Recht bewilligt wurde. Gleichbehandlungsgründe sprechen deshalb dafür, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei

der nachträglichen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an der mutmasslichen Meinung der Vorinstanz orientiert, welche – bei einem erstinstanzlichen Obsiegen – auf der Hand liegt.

Die unentgeltliche Prozessführung war und ist aber auch von der Mittellosigkeit des Gesuchstellers abhängig (Art. 117 lit. a ZPO). Der Kläger hat mit act. 5/7 seine finanziellen Verhältnisse dargelegt. Darauf ergibt sich für das Jahr 2014 ein Netto-Jahreslohn von Fr. 41'557.–, woraus ein Monatslohn von Fr. 3'463.10 resultiert. Weiter führt der Kläger einen nicht näher spezifizierten Einkommensbetrag von Fr. 528.60 an, so dass ihm monatlich Fr. 3'991.70 zur Verfügung stehen. Auf der Kostenseite ist ein Grundbetrag von Fr. 1'200.– zu berücksichtigen. An Bedarfspositionen weist der Kläger Mietkosten von Fr. 1'160.–, Krankenkassenkosten von Fr. 373.70 sowie Steuern von Fr. 117.50 nach. Die Berufsauslagen setzt er mit Fr. 596.– ein, was hoch erscheint und nicht näher spezifiziert wird. Diesbezüglich ist aus dem Gesuch ersichtlich, dass der Wohnort des Klägers in K.\_\_\_\_\_ und der Arbeitsort in L.\_\_\_\_\_ ist. In dem zusammen mit dem Gesuch eingereichten Budget 2015 (act. 7/15) wird bei "Fahrkosten/Arbeitsweg" Fr. 130.– pro Monat eingesetzt und bei auswärtiger Verpflegung Fr. 100.–. Aus dem Lohnausweis ergibt sich kein Beitrag des Arbeitgebers für auswärtige Verpflegung, so dass der budgetierte Betrag von Fr. 100.– angesichts der Ansätze in Ziff. 3.2 der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 von Fr. 5.– bis Fr. 15.– sehr bescheiden ist. Geht man von Fr. 10.– pro Arbeitstag aus und rechnet 20 Arbeitstage pro Monat (ohne Ferien), so ergibt dies einen monatlichen Betrag von Fr. 200.–. Nicht ins Formular eingesetzt ist ein Betrag für Telefon, wobei Radio/TV/Billag und Internet bereits in der Miete inbegriffen sind, so dass Fr. 70.– angemessen erscheint. Dass er Abzahlungen an seine Schulden leistet, behauptet er nicht.

Daraus ergibt sich folgende Rechnung:

Monatseinkommen		3'991.70
Grundbetrag	1'200.00	
Miete	1'160.00	
Krankenkasse	373.70	
Steuern	117.50	



Arbeitsweg	130.00	
auswärtige Verpflegung	200.00	
Telefon	70.00	
Total Bedarf	3'251.20	
Überschuss	740.50	

Dem Kläger stehen demnach monatlich Fr. 740.50 zur Deckung der Prozesskosten zur Verfügung. Und selbst wenn der geltend gemachte Betrag für Berufsauslagen von Fr. 596.– voll eingerechnet würde, ergäbe dies einen Bedarf von Fr 3'517.20, was bei einem monatlichen Einkommen von Fr. 3'991.70 immer noch ein Überschuss von Fr. 474.50 ergäbe.

Was die Vermögensverhältnisse anbelangt, belegt der Kläger ein Bankguthaben von Fr. 4'400.– sowie "weiteres Vermögen (unverteilte Erbschaft, Beteiligungen usw.)" von Fr. 70'000.– sowie Schulden von Fr. 140'000.–. Dazu wird geltend gemacht, dass der Kläger aufgrund seiner Vergangenheit lange Zeit vom Arbeitsmarkt weg gewesen sei und erhebliche Schulden habe. Die Erbschaft, an der er beteiligt sei, bestehe hauptsächlich aus dem Darlehen, das von der Darlehensnehmerin nicht zurückbezahlt werden könne, und es sei auch nicht absehbar, wann dies der Fall sein werde. Der Kläger werde überall abgeblockt, sei es vom ehemaligen Willensvollstrecker oder von der Beklagten, so dass er auf einen Rechtsbeistand angewiesen sei (act. 3 S. 5).

Auch wenn – wegen der bestehenden Unsicherheiten – die Erbschaft nicht in die Berechnungen einbezogen wird, ist es dem Kläger immer noch möglich, jedenfalls einen Teil der Verfahrenskosten zu tragen. Darauf wird zurückzukommen sein.

4. Der Kläger stellt auch im Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse hat der Kläger nichts Neues vorgebracht. Zwar unterliegt der Kläger, insbesondere hinsichtlich der Tragweite von Art. 1 Abs. 7 VDSG ist die Rechtslage jedoch unklar, eine Unklarheit, welche nicht zu Lasten der Rechtssuchenden auswirken darf, so dass sein Anliegen nicht als aussichtslos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO gelten kann.

5. Ist eine Person, die ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, nicht völlig mittellos, so kann ihr die unentgeltlich Rechtspflege teilweise gewährt werden (Art. 118 Abs. 2 ZPO). Dabei gilt, dass auch laufende Einkünfte herangezogen werden müssen. Als Zeithorizont wird von einer Finanzierung innert einiger Monate oder bei besonders kostspieligen Verfahren innert längst zwei Jahren ausgegangen (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage 2014, N. 32 zu Art. 117). Für das erstinstanzliche Verfahren fallen für den Kläger folgende Kosten an: Eigene Anwaltskosten Fr. 4'506.55 (act. 15), erstinstanzliche Entscheidgebühr Fr. 1'000.– sowie erstinstanzliche Parteientschädigung an die Gegenpartei Fr. 2'000.–. Dazu kommt die Entschädigung an die Gegenpartei im Berufungsverfahren von Fr. 1'200.–, welche der Kläger ohnehin selber zu tragen hat, so dass ihm Kosten von rund Fr. 8'700.– erwachsen werden, womit seine Eigenfinanzierungskapazität erschöpft ist. Für das Berufungsverfahren ist dem Kläger daher die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, sind die ihm auferlegten Gerichtskosten von Fr. 1'000.– auf die Staatskasse zu nehmen und wird Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ für seine Bemühungen im Berufungsverfahren – nach Einreichung seiner Honorarnote – aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Soweit der Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zugesprochen erhält, ist er auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren wird gutgeheissen und Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ wird für das Berufungsverfahren zu seinem unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Antrag, die Mitwirkung von Ersatzrichter lic. iur. G. Kenny bei der Vorinstanz zu klären, wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Anschlussberufung des Klägers wird nicht eingetreten.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und aus dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten diesen Betrag zu ersetzen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.

7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und infolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 37, sowie an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. 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 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. O. Canal

versandt am: