

ZH_OBERGERICHT LA160009 vom 22. Dezember 2016

ZH Obergericht, 2016-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA160009

FR: ZH_OBERGERICHT LA160009 du 22 décembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LA160009 del 22 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

https://www.A.____.com/.../de/geschaeftsberichte.html

E. 1.1

Die Beklagte ist eine in Zürich domizilierte Privatbank. Sie gehört zur ... Fi- nanzgruppe "C.____" und ist international tätig. Sie betreut namentlich deutsche,

- 5 - aber auch US-amerikanische Kunden (Urk. 36 E. I/4; Urk. 1 Rz 11, Urk. 16 Rz 19).

E. 1.2

Der Kläger war zwischen August 2008 und Ende 2010 Leiter des Bereichs "Private Banking International" der Beklagten. Diese Abteilung hatte alle Kunden mit ausländischem Wohnsitz – ausgenommen solche in Deutschland – zu be- treuen. Von der vom Kläger geleiteten Abteilung wurden namentlich auch US- amerikanische Kunden betreut (Urk. 1 Rz 10; Urk. 16 Rz 11 ff.; Urk. 23 Rz 10 ff.). Bei den Akten liegen die Geschäftsberichte der Beklagten für die Jahre 2008 und 2009 (publiziert im April 2009 bzw. im April 2010; Urk. 18/3 und 18/4). Dort sind neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates der Beklagten nicht nur jene des Beirates und der Generaldirektion aufgeführt, sondern auch 12 Bereichsleiter, da- runter der Kläger mit Vornamen und Namen für den Bereich "Private Banking In- ternational" (Urk. 18/3 S. 41 und Urk. 18/4 S. 41). Die erwähnten Geschäftsberich- te sind auch auf der Homepage der Beklagten abrufbar¹.

E. 1.3

Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuer- streit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und verschiedenen schwei- zerischen Banken, zu denen auch die Beklagte gehört. In dieser Hinsicht sei Fol- gendes festgehalten:

E. 1.3.1

Um den Steuerstreit beizulegen, unterzeichneten das Eidgenössische Fi- nanzdepartement einerseits und das Department of Justice der Vereinigten Staa- ten von Amerika (im Folgenden "DoJ") andererseits am 29. August 2013 ein "Joint Statement" (vgl. Urk. 16 Rz 83 und 92; Urk. 23 Rz 722). Es soll dort der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Ban- ken mit den US-Behörden festgelegt werden. Hingewiesen wird im "Joint State- ment" namentlich auf das unilaterale "Program" des DoJ für Schweizer Banken (vgl. unten E. 1.3.2.), das diesen Klarheit über ihren Status hinsichtlich der Ermitt- lungen des DoJ bezüglich hinterzogener Steuern geben und ihnen auch den Weg zeigen soll, wie das DoJ zu unterstützen ist. Gemäss dem "Joint Statement" sol-

E. 1.3.2

Bei den Akten liegt weiter das unilaterale US "Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks" vom 29. August 2013 (Urk. 5/3; im Folgenden: "US-Programm"). Die Beklagte gehört zu den "Category 2 Banks", welche ein "non-prosecution agreement" gemäss dem US-Programm beantragen. Im Hinblick auf ein solches "agreement" wird gemäss Ziff. II/D des US-Programms von der betreffenden Bank uneingeschränkte Kooperation verlangt. Namentlich hat die Bank sämtliche Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug für den Zeitraum ab 1. August 2008 offen zu legen. Dazu gehören insbesondere auch die Namen und die Funktion aller Bankangestellten, welche solche Konten betreut haben (Ziff. II/D/2/b/v US-Programm: "the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, ..."). Gemäss Ziff. V/C des US-Programms hat die Eidgenossenschaft im Sinne des Joint Statement die schweizerischen Banken zu ermutigen, am US-Programm teilzunehmen. Wenn keine solche Unterstützung erfolge oder wenn auch rechtliche Hindernisse der Teilnahme der Schweizer Banken im Wege stehen sollten, könne das Programm durch das DoJ einseitig beendet werden ("... or should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department.").

E. 1.3.3

Mit Verfügung vom 24. Januar 2014 erteilte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) der Beklagten unter Hinweis auf deren Teilnahme am US-Programm die Bewilligung, im Sinne von Art. 271 StGB durch Datenlieferungen Handlungen für einen fremden Staat vorzunehmen (Urk. 18/11). In Erwägung II/7 der Verfügung wird darauf hingewiesen, dass es darum gehe, eine Anklage seitens des DoJ gegen die Beklagte zu vermeiden, weil eine solche Anklage dazu führen könnte, dass die Beklagte keine Transaktionen mehr in US-Dollars abwickeln könnte, was für sie existenzbedrohend wäre. Und in Erwägung II/8 wird präzisiert, dass die zu erteilende Bewilligung einzig die Strafbarkeit nach Art. 271

- 7 - StGB ausschliesse, die Beklagte aber namentlich nicht davon befreie, die Vorschriften über den Schutz der Daten und ihre Verpflichtungen als Arbeitgeberin zu beachten. Gemäss Dispositiv-Ziff. 1.1 der Verfügung des EFD betrifft die Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebaren der Bank sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person haben. Dispositiv-Ziff. 1.4 der Verfügung des EFD umschreibt die Bedingungen hinsichtlich zu schützender Personendaten und lautet wie folgt: "Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten: a. Es dürfen nur Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden herausgegeben werden, die innerhalb der Bank Geschäftsbeziehungen nach Ziffer 1.1 organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie von Dritten, die für solche Geschäftsbeziehungen in ähnlicher Weise tätig waren. b. Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden und Dritten dürfen nur herausgegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe an die US-Behörden über Umfang und Art der Daten sowie über den Zeitraum, aus dem die Daten stammen, informiert werden. c. Sollen Daten entgegen dem Willen einer betroffenen Person herausgegeben werden, weist die Gesuchstellerin [= Beklagte] die Person auf ihr Klagerecht nach Artikel 15 Datenschutzgesetz hin. Sie übermittelt Personendaten, welche diese Person betreffen, frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht wird, oder nachdem die Klage

rechtskräftig ab- gewiesen wurde."

E. 1.3.4

Am 24./31. Dezember 2015 unterzeichneten das DoJ einerseits und die Beklagte andererseits ein "Non-Prosecution Agreement" (im Folgenden "NPA"; Urk. 39/43). Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte angesichts ihres im Agreement beschriebenen Verhaltens und im Sinne des US-Programms zur Bezahlung einer Summe von US\$ 7'452'000 an das DoJ, und zwar "as a penalty" (Urk. 39/4 S. 2).

E. 1.4

Die Beklagte entschloss sich im ersten Halbjahr 2014 dazu, im Rahmen des US-Programms dem DoJ Daten zu liefern, welche den Kläger betreffen.

E. 1.4.1

In diesem Sinne richtete die Beklagte am 24. April 2014 ein Schreiben an den Kläger (Urk. 5/4) und teilte ihm mit, dass sie beabsichtige, dem DoJ im Sinne

E. 1.4.2

Am 21. Mai 2014 konnte der Kläger in die Akten Einsicht nehmen. Es stellte sich dabei heraus, dass die US-Behörden über insgesamt acht Kontobeziehungen (unter Angabe des Eröffnungsdatums, des Beendigungsdatums und des Höchstbetrages in USD) orientiert werden sollten. Der Kläger hatte in diesen Kontobeziehungen als "Relationship Manager" fungiert (Urk. 1 Rz 15 mit Hinweis auf Urk. 5/6; Urk. 16 Rz 25).

E. 1.4.3

Am 30. Mai 2014 teilte der Kläger der Beklagten durch seinen Anwalt mit, dass er sich der Herausgabe der Daten widersetze (Urk. 5/8). Hierauf antwortete die Beklagte am 3. Juni 2014, dass sie an der geplanten Übermittlung der Daten festhalte (Urk. 5/9).

2. Prozessverlauf

E. 2

www.admin.ch/gov/en/start/dokumentation/medienmitteilungen....html oder
www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf

- 6 - len in diesem Zusammenhang Personendaten ausschliesslich zur Rechtsverfolgung nach US-amerikanischem Recht verwendet werden ("personal data ... should only be used for purposes of law enforcement {which may include regulatory action} in the United States or as otherwise permitted by U.S. law").

E. 2.1

Am 2. Januar 2015 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich die Klage unter Beilage der Klagebewilligung vom 19. September 2014 ein (Urk. 1 und 3). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 36 S. 5 f.).

E. 2.2

Gegen das am 11. Februar 2016 zugestellte vorinstanzliche Urteil (Urk. 34/2) erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 14. März 2016 rechtzeitig Berufung (Urk. 35).

- 9 -

E. 2.2.1

Am 17. März 2016 teilte die Beklagte der Berufungsinstanz mit, dass ihre amerikanische Rechtsvertretung beim DoJ abkläre, ob dieses an der Datenlieferungspflicht betreffend den Kläger festhalte (Urk. 41). In der Folge wurde das Berufungsverfahren mit Verfügungen vom 22. März und 1. Juni 2016 (Urk. 45 und 50) bis zum 30. Juni 2016 sistiert. Mit Schreiben vom 30. Juni 2016 teilte die Beklagte dem Gericht mit, dass das DoJ "an der Identifikation der bisher anonymisierten I.D.1- und II.D.2-Daten des Klägers" festhalte (Urk. 51).

E. 2.2.2

In der Folge erstattete der Kläger am 5. September 2016 die Berufungsantwort (Urk. 53). Nachdem im Sinne von Art. 316 Abs. 2 ZPO ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden war (Urk. 55), erstattete die Beklagte am 19. Oktober 2016 die Berufungsreplik (Urk. 56) und der Kläger am 25. November 2016 die Berufungsduplik (Urk. 60). Mit Verfügung vom 29. November 2016 wurde der Beklagten die Berufungsduplik zugestellt, und den Parteien wurde angezeigt, dass die Phase der Urteilsberatung begonnen habe (Urk. 63). Weitere Stellungnahmen erfolgten nicht mehr.

E. 3

Februar 2016, E. 3.2.).

E. 3.1

Die Beklagte hat vor Vorinstanz bereits mit der Klageantwort geltend gemacht, nicht das Arbeitsgericht, sondern das Bezirksgericht sei für die Beurteilung der gegen sie gerichteten Klage zuständig (Urk. 16 Rz 3). In der Folge hat die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil ihre sachliche Zuständigkeit bejaht (Urk. 36 S. 6 f.). Vor Obergericht hält die Beklagte an ihrer Unzuständigkeitseinrede fest. Sie verlangt daher, dass auf die Klage nicht einzutreten sei (Urk. 35 Rz 18 ff.).

E. 3.2

Die sachliche Zuständigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Erlässt nämlich ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann. Die obere kantonale Instanz hat die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz mithin von Amtes wegen zu prüfen, d.h. ungeachtet darum, ob die Unzuständigkeitseinrede überhaupt erhoben wurde oder nicht (BGer

- 10 - 4A_100/2016 vom 13. Juli 2016, E. 2.1.1; BGer 4A_291/2015 vom

E. 3.3

Der Streit der Parteien geht darum, ob die Beklagte den Kläger betreffende Daten einer ausländischen Behörde zur Verfügung stellen darf. Das ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Streitigkeit nichtvermögensrechtlicher Art (BGE 142 III 145 E. 6.3). Und das führt wiederum dazu, dass erstinstanzlich nicht das Einzelgericht, sondern das Kollegialgericht für die Beurteilung der Klage zuständig war, wobei in dieser Hinsicht keine Rolle spielt, ob das Arbeitsgericht oder Bezirksgericht als das sachlich zuständige Gericht anzusehen ist (§§ 19 und 20 GOG sowie §§ 24 lit. a und 25 e contrario GOG).

E. 3.4

In ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht immer wieder fest, dass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts der Parteidisposition entzogen ist, weil dort, wo ein Kanton ein Handelsgericht einrichtet, Art. 6 ZPO die Zuständigkeit des Handelsgerichts abschliessend umschreibt (BGE 142 III 515 E. 2.2.2; BGE 140 III 355 E. 2.2 und 2.4; BGE 140 III 155 E. 4; BGE 138 III 471 E. 3.1). In diesem Sinne ist zu unterscheiden zwischen der Handelsgerichtsbarkeit einerseits und der ordentlichen Gerichtsbarkeit andererseits (so die Terminologie in BGE 138 III 471).

E. 3.4.1

Gemäss Art. 3 ZPO ist die Organisation der Gerichte Sache der Kantone. Die Kantone sind allerdings nicht autonom. Ihnen steht lediglich eine nachträglich derogierende Rechtsetzungskompetenz insoweit zu, als sie legisferieren können, soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht (BGE 140 III 155 E. 4.3). In diesem Sinne hat der Kanton Zürich mit § 20 lit. a GOG bestimmt, dass für den erstinstanzlichen Entscheid über "Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden" das Arbeitsgericht zuständig sei; mit § 21 GOG wurde ferner für mietrechtliche Streitigkeiten bestimmt, dass das Mietgericht erstinstanzlich entscheide. Damit kennt der Kanton Zürich neben dem Handelsgericht, dessen Zuständigkeitsbereich vom Bundesrecht abschliessend geregelt wird, zwei weitere Fachgerichte, die im Bereiche der ordentlichen Gerichtsbarkeit anzusiedeln sind, nämlich das Arbeitsge-

- 11 - richt und das Mietgericht. Ihre Zuständigkeit richtet sich nach zürcherischem Recht.

E. 3.4.2

Das zürcherische Recht sieht in den §§ 20 Abs. 2, 21 Abs. 2 und 126 GOG Konfliktregeln vor, die greifen sollten, wenn mehrere verschiedene Gerichte zuständig sein könnten. Diese Zuständigkeitsregeln kommen allerdings dann – weil insoweit bundesrechtswidrig – nicht zum Zuge, wenn die Zuständigkeit des Handelsgerichts zur Diskussion steht (BGE 140 III 155). Dieser Fall trifft hier allerdings nicht zu. Mit den §§ 20 Abs. 2 und 21 Abs. 2 GOG wird der Fall geregelt, dass die Parteien die sachliche Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts vereinbart haben; auch dieser Fall interessiert hier nicht, weil die Parteien vorliegend keine solche Vereinbarung getroffen haben. Hinzuweisen ist sodann auf § 126 GOG, dessen Randtitel lautet: "Sachliche Zuständigkeit mehrerer Gerichte". Gemäss dem Text von § 126 Abs. 1 GOG kann dies aber nur Fälle betreffen, in denen "sowohl das Arbeitsgericht, das Mietgericht als auch das Handelsgericht sachlich zuständig" sind. Diese Konfliktordnung betrifft mithin lediglich das Verhältnis verschiedener Fachgerichte untereinander, nicht aber das hier interessierende Verhältnis zwischen Bezirksgericht einerseits und Arbeitsgericht andererseits.

E. 3.4.3

Der Umstand, dass der Kanton Zürich im Bereiche der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die Einführung von zwei verschiedenen Fachgerichten besonders qualifizierte Justizorgane zur Verfügung stellt, darf nicht dazu führen, dass die Stellung eines Rechtsuchenden erschwert wird, hat doch das Zivilprozessrecht dienende Funktion, weshalb es darauf ausgerichtet sein muss, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3.). Es liegt auf der Hand, dass es immer wieder Grenzfälle gibt, in denen die Frage, ob das Fachgericht zuständig ist oder nicht, nicht leicht zu beantworten ist. Die Rechtsprechung kommt dem Rechtsuchenden dadurch entgegen,

dass bezüglich der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszu- gehen ist, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche sowohl für die Zuständigkeit des ange- rufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog.

- 12 - doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung der Zuständigkeit des angerufe- nen Gerichts zunächst als wahr zu unterstellen. Es kommt daher für die Zustän- digkeitsfrage einzig darauf an, ob die klägerischen Tatsachenbehauptungen, wenn sie sich in einem allfälligen Beweisverfahren denn als richtig herausstellen sollten, auf einen arbeitsrechtlichen Anspruch schliessen lassen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fa- denscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig wider- legt werden. Nur wenn in diesem Sinne die vom Kläger behauptete rechtliche Qualifikation seines Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage man- gels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 114/2015 Nr. 36 und ZR 111/2012 Nr. 6 Erw. 6.1 und 6.2 mit Hinweisen und sich abstützend namentlich auf BGE 137 III 32). Das ist hier klarerweise nicht der Fall. Ist aber auf die Klage einzutreten, dann hat das angerufene Gericht die Klage unter allen Gesichtspunkten zu beurteilen, die sich nach Bundesrecht stellen können.

E. 3.4.4

Die Kammer hat in ihrem Urteil vom 8. Februar 2016 (publiziert in ZR 115/2016 Nr. 21 E. 3) darauf hingewiesen, dass sie Klagen betreffend Datenliefe- rungen ins Ausland zu beurteilen hat, die erstinstanzlich teils vom Bezirksgericht und teils vom Arbeitsgericht beurteilt wurden. Die Kammer stützte sich dabei auf die oben erwähnte Rechtsprechung betreffend doppelrelevante Tatsachen, die nicht nur dann gelte, wenn das Fachgericht angerufen, sondern auch dann, wenn statt des Fachgerichts das Bezirksgericht angerufen werde. Werden mithin vor Bezirksgericht vom Kläger Tatsachenbehauptungen aufgestellt, aus denen sich (wenn sie wahr wären) die Zuständigkeit des Bezirksgerichts ergibt, dann muss die Klage vom Bezirksgericht umfassend beurteilt werden. Im erwähnten Urteil führte die Kammer aus, dass eine auf Art. 15 DSG abgestützte Klage den Schutz der Persönlichkeit bezwecke. Damit reiche eine solche Klage weit über das blos- se Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hinaus und betreffe daher die ganze Persönlichkeit des Klägers, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Bezirksge- richts ohne Weiteres gegeben sei. Eine solche Klage könne aber auch anknüp- fend an Art. 328 und 328b OR durchaus unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunk-

- 13 - ten von Belang sein. Die gleiche Klage könnte mithin unter Anrufung entspre- chender doppelrelevanter Tatsachen sowohl beim Arbeitsverhältnis als auch beim Persönlichkeitsschutz angeknüpft werden, was nach dem erwähnten Urteil dazu führt, dass für die Beurteilung einer solchen Klage sowohl das Bezirksgericht als auch das Arbeitsgericht zuständig wäre. Ergänzend sei erwähnt, dass das Bun- desgericht sich in einem (nicht zur Publikation vorgesehenen) Urteil vom 10. Feb- ruar 2016 (BGer 4A_332/2015) auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Daten- lieferungsfrage arbeitsrechtlichen Ursprungs sein könne und dass daher die Ge- richtskosten – auch wenn es um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit gehe – dem Sozialschutzgedanken Rechnung tragend in einem solchen Fall im Sinne von Art. 114 lit. c ZPO entfallen

müssten. Die Anknüpfung an den Arbeitsvertrag ist jedenfalls sehr wohl möglich und damit nicht falsch.

E. 3.5

Im vorliegenden Fall beruft sich der Kläger auf den Umstand, dass die Parteien bis Ende 2010 durch einen Arbeitsvertrag verbunden waren (Urk. 1 Rz 3), und auf die sich aus diesem Verhältnis ergebende nachvertragliche Fürsorgepflicht der Beklagten, die sich aus Art. 328 und Art. 328b OR ergibt (Urk. 1 Rz 27). Das genügt, um die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts anzunehmen. Dem hält die Beklagte denn auch einzig entgegen, dass keine nachvertragliche Fürsorgepflicht bestehe (Urk. 35 Rz 20). Sie anerkennt aber ausdrücklich, dass der Kläger bis Ende 2010 in ihrem Unternehmen die Funktion eines Leiters "Private Banking International" ausübte (Urk. 35 Rz 13). Die von der Beklagten in Abrede gestellte nachvertragliche Fürsorgepflicht ist indessen eine materiellrechtlicher Art und daher nicht erheblich für die Zuständigkeitsfrage.

E. 3.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz für die Beurteilung der Klage zuständig war. Dem Antrag der Beklagten auf Nichteintreten auf die Klage ist daher keine Folge zu geben.

E. 4

Weitere prozessuale Fragen

E. 4.1

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen nur zu berücksichtigen, wenn sie einerseits ohne Verzug vorgebracht wurden und andererseits trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster

- 14 - Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO ist analog anwendbar: Mit der neuen Tatsachenbehauptung ist gegebenenfalls ein Beweisantrag zu verknüpfen, widrigenfalls darüber kein Beweisverfahren stattfinden kann. Wer sich im Berufungsverfahren auf neue Tatsachen beruft, hat die prozessualen Voraussetzungen darzutun.

E. 4.2

Die Beklagte weist mit der Berufungsschrift auf das von ihr mit den US-amerikanischen Behörden am 24./31. Dezember 2015 abgeschlossene NPA hin, welches vier Jahre gelten soll (Urk. 35 Rz 10 mit Hinweis auf Urk. 39/4). Der Kläger stellt dies mit der Berufungsantwort nicht in Frage, sondern geht auch von diesem Umstand aus (vgl. Urk. 53 Rz 51, 56 f., 61). Es liegt ein im Sinne von Art. 317 ZPO zulässiges Novum vor. Das vorinstanzliche Verfahren befand sich seit der Hauptverhandlung vom 23. September 2015 in der Phase der Urteilsberatung (analog zu BGE 142 III 413 E. 2.2.5). Das Novum konnte daher nicht mehr in das vorinstanzliche Verfahren eingebracht werden. Das mit der Berufung vorgebrachte Novum ist daher rechtzeitig.

E. 4.3

Die Beklagte trägt mit der Berufungsreplik vor, der Kläger plane eine Weiterbildung in den USA oder habe sie bereits absolviert. Damit stehe fest, dass der Kläger selber nicht davon ausgehe, dass er eine ernsthafte Gefahr laufe, in den USA verfolgt zu werden (Urk. 56 Rz 27 f.). Richtig ist, dass der Kläger gemäss dem angefochtenen Urteil mit der Replik

eine Weiterbildung in den USA thematisiert hatte, indessen in dem Sinne, dass eine Datenlieferung eine derartige Ausbildung gerade verunmöglichen würde (Urk. 36 S. 19 E. 3.1.2.). Die Vermutung der Beklagten, der Kläger habe diese Ausbildung "unterdessen absolviert", ist eine haltlose Spekulation, auf die nicht näher einzugehen ist.

E. 4.4

Mit der Berufungsreplik trägt die Beklagte weiter vor, dass im Falle einer Anklageerhebung gegen die Beklagte 150 Arbeitsplätze in Gefahr wären (Urk. 56 Rz 30). Aus dem vorinstanzlichen Urteil ergibt sich nicht, dass diese Zahl von den Parteien je diskutiert wurde. Es liegt daher eine neue und damit unzulässige Behauptung vor. Dazu kommt, dass die Gefährdung von 150 Arbeitsplätzen das öffentliche Interesse nicht tangiert.

- 15 -

E. 5

Rechtsschutzinteresse trotz Abschluss eines NPA Die Beklagte hat am 24./31. Dezember 2015 mit dem DoJ ein "Non-Prosecution Agreement" (NPA) abgeschlossen (Urk. 39/44). Nach der Rechtsprechung macht der Abschluss eines NPA den Streit nicht gegenstandslos, weil die Beklagte nach wie vor zur Lieferung aller relevanten Informationen gemäss US-Programm verpflichtet ist; das Rechtsschutzinteresse des Klägers ist daher auch nach dem Abschluss eines NPA gegeben (BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016; ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.5).

E. 6

Materielle Beurteilung: Bereits erfolgte Publikation im Internet

E. 6.1

Auch vor Obergericht trägt die Beklagte vor, dass die Angaben zum Namen des Klägers ("B.____") sowie seine ehemalige Funktion als Leiter des Bereichs "Private Banking International" nicht geheim seien. Sie fänden sich in den veröffentlichten Geschäftsberichten 2008 (Urk. 18/3) und 2009 (Urk. 18/4) der Beklagten, welche im Internet auf der Website der Beklagten abrufbar seien. Damit beabsichtige die Beklagte dem DoJ etwas mitzuteilen, was jedermann auf der ganzen Welt auf simple Art und Weise durch eine Internetabfrage ohne weiteres erhältlich machen könne (Urk. 35 Rz 15 und 24 ff.).

E. 6.2

Der Einwand der Beklagten ist aktenwidrig. Fest steht, dass die Beklagte nicht bloss Name und Funktion des Klägers den US-amerikanischen Behörden bekanntgeben will sondern darüber hinaus auch seine Verstrickung in konkrete Kontobeziehungen (vgl. oben E. 1.4.). Das lässt sich im Internet nicht nachlesen. Dazu kommt, dass einer Lieferung von bereits bekannten Daten durch die Beklagte einer Bekräftigung dieser Daten gleichkäme. Offensichtlich ist, dass die Beklagte die Bekanntgabe von Daten im Sinne von Art. 3 lit. f DSGVO plant. Wenn sie das vor Obergericht in Abrede stellt (Urk. 35 Rz 24 ff.), ist das haltlos.

E. 7

Materielle Beurteilung: Art. 328 und Art. 328b OR

E. 7.1

Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Da- 4 vgl. <https://www.justice.gov...>

- 16 - ten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, "soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind". Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift "im übrigen" die Bestimmungen des DSG. Art. 328b OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Datenschutzgesetzgebung. In zeitlicher Hinsicht erfasst Art. 328b OR sowohl den Zeitraum der Dauer als auch jenen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 131 V 298 E. 6.1; BK OR I-PORTMANN, Art. 328b N 1).

E. 7.2

Wenn Art. 328b OR von der Bearbeitung der Daten spricht, lehnt sich das Gesetz an die Legaldefinition von Art. 3 lit. e DSG an, wonach unter "Bearbeiten" namentlich auch das "Bekanntgeben" von Daten zu verstehen ist. Und darunter ist wiederum gemäss Art. 3 lit. e DSG jedes "Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen" gemeint. Dass es bei der hier ins Auge gefassten Bekanntgabe der Personendaten des Klägers an eine ausländische Behörde um eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 328b OR bzw. im Sinne des DSG geht, steht ausser Frage. Auch die Vorinstanz und die Beklagte sehen das zu Recht nicht anders.

E. 7.3

Nach Art. 328b OR kommt eine Datenbearbeitung in zwei Fällen in Frage. Einerseits ist sie nach dieser Gesetzesvorschrift denkbar, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dieser Aspekt kann hier von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie "für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich" ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall, die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung auch aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Eine Datenbearbeitung sei zur Durchführung des Arbeitsvertrages nur dann erforderlich, wenn eine administrative Notwendigkeit bestehe, z.B. "zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen". Das treffe hier nicht zu (Urk. 36 S. 10-14). Die Vorinstanz beruft sich auf Lehrmeinungen, die Art. 328b OR als Verbotsnorm auffassen, wel-

- 17 - che Datenverarbeitungen durch den Arbeitgeber grundsätzlich verbiete (Urk. 36 S. 12 mit Hinweis u.a. auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Art. 328b OR N 3). Diese vorinstanzliche Rechtsauffassung wird mit der Berufung beanstandet. Die Beklagte argumentiert im Wesentlichen damit, dass Art. 328b OR keine Verbotsnorm sei und dass es einzig darauf ankomme, ob die Datenlieferung gemäss DSG zulässig sei (Urk. 35 Rz 32). Der Kläger teilt diese Rechtsanschauung nicht (Urk. 53 Rz 38).

E. 7.4

Es stellt sich die Frage, was unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist. Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSG in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen

Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung "eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots" des heutigen Art. 4 Abs. 2 "des allgemeinen Datenschutzgesetzes" (= DSG) darstelle (BBl 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag gebunden haben (BK OR I-PORTMANN/STÖCKLI, Art. 328b N 6), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungsspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" ist alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem Gerichtsverfahren, das mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, Personendaten des Arbeitnehmers verwendet werden dürfen (ZK OR-STAEHELIN, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien

- 18 - abgeschlossenen Arbeitsvertrages Kontobeziehungen eines US-Bürgers bearbeitet hat und die Beklagte von einer in- oder ausländischen Behörde aus diesem Grunde gezwungen wird, die Daten des Klägers als des zuständigen "relationship manager" offenzulegen, gehört ein solcher Vorgang durchaus im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSG verweist, hat einen verhältnismässig engen eigenständigen Regelungsbereich (GEISER, a.a.O., S. 240). Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSG; eine Verbotsnorm ist sie aber nicht (WILDHABER/HÄNSENBERGER, a.a.O.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, N 5 zu Art. 328b OR). In diesem Sinne ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die ins Auge gefasste Datenlieferung auf das DSG stützen kann.

E. 8

Materielle Beurteilung: Datenschutzgesetz

E. 8.1

ZR 115/2016 Nr. 21. Die Kammer hat sich in ihrem Urteil vom 8. Februar 2016 einlässlich mit der Thematik dieses Prozesses befasst. Das Urteil wurde im Mai 2016 publiziert (ZR 115/2016 Nr. 21). Die Kammer lehnt sich an dieses Urteil an, soweit nicht das in der Zwischenzeit ergangene (allerdings nicht zur Publikation bestimmte) Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016) Anlass zu einer abweichenden Beurteilung gibt.

E. 8.2

Lex USA. Mit Botschaft vom 29. Mai 2013 schlug der Bundesrat dem Parlament ein dringliches "Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten" (sog. Lex USA) vor (BBl 2013 3947; Geschäfts-Nr. 13.046). Mit diesem Gesetz hätten die Banken ermächtigt werden sollen "allen Verpflichtungen nachzukommen, die sich aus der Zusammenarbeit

der Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Bereinigung des Steuerstreits ergeben" (Art. 1 Abs. 1 Gesetzesentwurf). Vom Gesetz hätten alle Geschäftsbeziehungen zwischen schweizerischen Banken und einer US-Person erfasst werden sollen. In diesem Zusammenhang hätten die Banken namentlich ermächtigt werden sollen, Informationen weiterzuleiten zu Namen und Funktion "von Personen, die innerhalb der Bank

- 19 - solche Geschäftsbeziehungen organisiert, betreut oder überwacht haben" (Art. 1 Abs. 2 Gesetzesentwurf).

E. 8.2.1

Der Bundesrat hielt in der Botschaft zu dem von ihm vorgeschlagenen Bundesgesetz Folgendes fest (BBl 2013 3948): "Die Lieferung von Kundendaten ist ausgeschlossen. Übermittelt werden müssten dagegen Angaben über Personen, welche innerhalb der Bank die Kundengeschäfte organisiert, betreut und überwacht haben." Und weiter (BBl 2013 3948 f.): "Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird die Verantwortung gegenüber dem Finanzplatz, den Banken, den Bankkunden und den Bankmitarbeitenden wahrgenommen. Würde umgekehrt keine gesetzliche Grundlage zur Zusammenarbeit mit den US-Behörden geschaffen, könnten die Banken nicht in hinreichendem Umfang kooperieren und es wäre innert kurzer Zeit mit weiteren Anklagen auch gegen grössere Bankinstitute zu rechnen. Zudem wäre mit der raschen Eröffnung einer grösseren Zahl von weiteren Strafverfahren gegen bisher nicht unmittelbar betroffene Schweizer Bankinstitute zu rechnen. Damit würde die Unsicherheit für den Finanzplatz fortbestehen." Und weiter (BBl 2013 3951): "Die Lieferung von Personendaten hat unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen. Die Lieferung der Daten von (aktuellen und ehemaligen) Bankmitarbeitenden sowie Dritten erfordert eine vorgängige Information der betroffenen Personen über Umfang und Art der zur übermittelnden Informationen (Art. 4 Datenschutzgesetz, DSG). Die Herausgabe von Personendaten ist ausser im Falle der Einwilligung des Betroffenen unter anderem dann nicht widerrechtlich, wenn sie durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch eine gesetzliche Regelung gerechtfertigt ist. Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichen Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen. Als Folge davon könnte sie möglicherweise kein Non-Prosecution Agreement oder Deferred Prosecution Agreement abschliessen und damit ihre Vergangenheit im Rahmen des vom DoJ offerierten Lösungsansatzes nicht regeln. Die insbesondere auch von den Banken geforderte definitive Lösung im Rahmen der Schweizer Rechtsordnung wäre damit nicht erfüllt." Der Bundesrat führte sodann in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurf aus, dass die US-Behörden auch die Lieferung von Daten über Bankmitarbeitende verlangten. Ohne Lieferung der verlangten Daten könnten die Banken keine Deferred Prosecution Agreements mit den amerikanischen Behörden abschliessen (BBl 2013 3951 unten). Mit dem Gesetzesentwurf sollte eine "allgemeine und abstrakte Rechtsgrundlage" geschaffen werden. In diesem Sinne sollten die Banken er-

- 20 - mächtigt werden, unter anderem "Angaben über Personen, welche innerhalb einer Bank das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden organisiert, betreut oder überwacht haben", zu liefern, wobei gleichzeitig "eine Regelung zum grösstmöglichen Schutz der von den Datenlieferungen betroffenen Bankmitarbeitenden" vorgesehen werde (BBl 2013 3952). Das Gesetz sollte befristet sein bis zum 30. Juni 2014 und dem

Referendum nicht unterstehen (BBl 2013 3956).

E. 8.2.2

In der Folge scheiterte der Gesetzesvorschlag in den Eidgenössischen Räten: Während der Ständerat am 12. und am 19. Juni 2013 dem Gesetzesentwurf zustimmte (AB 2013 S 528 und AB 2013 S 596), trat der Nationalrat am 18. Juni und am 19. Juni 2013 auf die Vorlage nicht ein (AB 2013 N 1047 und AB 2013 N 1108), was gemäss Art. 95 ParlG zur endgültigen Ablehnung der Vorlage führte. Im Parlament wurde gegen die Gesetzesvorlage namentlich vorgebracht, es brauche keine generell-abstrakte Regelung, denn der Bundesrat verfüge über die nötigen Kompetenzen, um denjenigen Banken, die am US-Programm hätten teilnehmen wollen, dies auch zu ermöglichen. Die rückwirkende Änderung des Datenschutzes werde abgelehnt (Nationalrat Noser als Sprecher der Kommissionmehrheit, AB 2013 N 1028). Weiter wurde betont, dass es um Schweizer Bürgerinnen und Bürger gehe, die nach schweizerischem Recht unschuldig seien und deren Namen an die Vereinigten Staaten ausgeliefert werden sollten (Nationalrat Heer, AB 2013 N 1045). Man wolle darauf verzichten, auf Druck eines ausländischen Staates die schweizerische Rechtsordnung ausser Kraft zu setzen (Nationalrat Blocher, AB 2013 N 1106).

E. 8.2.3

Nach dem Scheitern der Gesetzesvorlage gaben die Eidgenössischen Räte am 19. Juni 2013 in separaten Sitzungen (Ständerat AB 2013 S 598, Geschäfts-Nr. 13.053; Nationalrat AB 2013 N 1109, Geschäfts-Nr. 13.054) die folgenden übereinstimmenden Erklärungen ab: "1. Der [Ständerat bzw. Nationalrat] hat die Gesetzesvorlage des Bundesrates zu den 'Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten' intensiv debattiert und ist zum Schluss gelangt, dass die Banken im Steuerstreit mit den USA ihre Vergangenheit bereinigen sollen. Er anerkennt die Notwendigkeit einer raschen Lösung.

- 21 - 2. Der [Ständerat bzw. der Nationalrat] erwartet, dass der Bundesrat im Rahmen des geltenden Rechts alle Massnahmen ergreift, um die Banken in die Lage zu versetzen, mit dem Department of Justice zu kooperieren."

E. 8.2.4

Damit ist die vorliegende Frage auf Grund der Rechtslage zu beurteilen, wie sie schon bestand, als der Bundesrat dem Parlament den Erlass eines Sondergesetzes vorschlug. Ohne Belang sind insbesondere die übereinstimmenden Erklärungen der Eidgenössischen Räte, die dem Bundesrat für sein weiteres Vorgehen zwar einen politischen, aber keinen rechtlichen Rückhalt boten. In rechtlicher Hinsicht wird mit den Erklärungen im Gegenteil klargestellt, dass die Kooperation der Banken mit dem DoJ sich an den "Rahmen des geltenden Rechts" halten müsse. Für das vorliegende Verfahren sind daher in erster Linie die Bestimmungen des DSG massgebend.

E. 8.3

Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung. Die Beklagte beabsichtigt, das DoJ über acht Kontobeziehungen (unter Angabe des Eröffnungsdatums, des Beendigungsdatums und des Höchstbetrages in USD) mit Hinweisen auf den Kläger zu orientieren. Unbekannt ist, wie lange diese Kontobeziehungen gedauert haben und welches der höchste Kontostand dieser Konten war. Der Kläger hatte in diesen Kontobeziehungen jeweils als "Relationship

Manager" fungiert (Urk. 1 Rz 15 mit Hinweis auf Urk. 5/6; Urk. 16 Rz 25). Fest steht, dass sich der Kläger der Datenlieferung widersetzt. Als "Relationship Manager" bzw. Kundenberater war er ein sog. "D2-Mitarbeiter" gemäss Ziff. II/D/2/v des US-Programms. "D2-Mitarbeiter" haben offensichtlich einen geringeren Stellenwert als "D1-Mitarbeiter" gemäss Ziff. II/D/1/b des US-Programms. Letztere Bestimmung betrifft nämlich Personen, die das US-Cross-Border-Geschäft für "US Related Accounts" strukturierten, betrieben und beaufsichtigten. Die Beklagte stellt auch in diesem Zusammenhang in Abrede, dass die Weiterleitung von Daten an das DoJ eine grenzüberschreitende Bekanntgabe im Sinne von Art. 6 DSGVO sei (Urk. 35 Rz 34). Das ist geradezu abwegig, beabsichtigt die Beklagte doch einer ausländischen Behörde bekanntzugeben, welche Konten von US-Personen vom Kläger als "Relationship Manager" betreut wurden.

- 22 -

E. 8.4

Schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers durch die beabsichtigte Datenlieferung. Art. 6 DSGVO regelt die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten. Wenn die Datenlieferung ins Ausland "die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährden würde", ist sie gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verboten.

E. 8.4.1

Im vorliegenden Fall soll dem DoJ durch die Beklagte mitgeteilt werden, dass sich der Kläger als "Relationship Manager" um die Konten von acht US-Personen gekümmert habe. An und für sich sind das Daten von nicht allzu hoher Sensitivität. Durchaus unklar ist allerdings, welches die Folgen einer solchen Datenlieferung sein könnten. Immerhin haben die Parteien im Prozess den Wert der in Frage stehenden Vermögenswerte nicht diskutiert. Es wäre Sache der Beklagten, Angaben darüber zu liefern.

E. 8.4.2

Die schweizerischen Gerichte gehen davon aus, dass Bankangestellte durch die Datenlieferung gemäss dem US-Programm in die USA einer strafrechtlichen Verfolgung in den USA ausgesetzt sein könnten und dass die damit verbundene Unsicherheit bei Reisen in die USA und in andere Staaten die Bewegungsfreiheit einschränke (REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015, Ziff. III/1/b). Das Zürcher Handelsgericht führte in diesem Zusammenhang in ZR 114/2015 Nr. 22 S. 100 Folgendes aus: "Es entspricht notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die US-amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen, was bis zur Verhaftung irgendwo auf der Welt und der Auslieferung reichen kann. Auch die einschlägige Literatur bzw. die Literaturbeiträge relevanter Kreise lassen keinen Zweifel offen: Die amerikanischen Behörden wollen direkt oder indirekt an Bankkundendaten gelangen, und sie verfolgen jeden, der ihnen diesbezüglich helfen kann." Dem ist jedenfalls insoweit zu folgen, als anzunehmen ist, dass die Persönlichkeit des Klägers im Sinne des Gesetzes schwerwiegend gefährdet würde, wenn sein Name den US-Behörden im Zusammenhang mit den Kontodaten der von ihr betreuten US-Person dem DoJ bekanntgegeben würde. Nicht auszuschliessen ist, dass die US-Behörden sich durch die zu machende Meldung veranlasst sehen könnten, der Spur zu der vom Kläger betreuten US-Person nachzugehen, was zu grösseren und in ihrer Auswirkung nicht absehbaren Unan-

- 23 - nehmlichkeiten für den Kläger persönlich führen könnte, wenn er z.B. ins Ausland reisen möchte. Damit steht die schwerwiegende Gefährdung des Klägers durch eine allfällige Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG fest.

E. 8.4.3

Bei einer allfälligen Datenlieferung in die USA ergibt sich die schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers überdies auch aus einem andern Grund: Es ist nämlich im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass in dem Zielland der auszuliefernden Daten, in den USA, eine von Art. 6 Abs. 1 DSG vorausgesetzte "Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet". Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang denn auch zu Recht auf die auf der Homepage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten abrufbare Staatenliste⁵, aus der sich der weltweite Stand des Datenschutzes ablesen lässt. Die dort abrufbare und am 29. Juni 2016 aktualisierte Liste vermerkt bei den Vereinigten Staaten "ungenügenden Datenschutz". Dieser Stand der Gesetzgebung in den USA kann denn auch als notorisch bzw. als offenkundig angesehen werden. Die schweizerischen Gerichte stufen den Datenschutz der USA nämlich ganz generell im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG als ungenügend ein (GEISER, a.a.O., S. 249 mit Hinweisen; REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015; vgl. dazu auch BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1). Vorliegend ist darüber hinaus von Belang, dass sogar durch das "Joint Statement" selbst bestimmt wird, dass die in die USA gelieferten Daten für sämtliche nach US-Recht zulässigen Zwecke verwendet werden dürfen (vgl. oben E. 1.3.1; vgl. dazu auch: PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015 S. 1362 Anm. 18; ROHNER/PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/2013 S. 737). Damit sind im Rahmen des US-amerikanischen Rechtes für die Verwendung der zu liefernden Daten keine Schranken gesetzt, womit der schweizerische Datenschutz gänzlich ausgeschaltet wird. Auch

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