

ZH_OBERGERICHT LA160038 vom 31. Januar 2017

ZH Obergericht, 2017-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA160038

FR: ZH_OBERGERICHT LA160038 du 31 janvier 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LA160038 del 31 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

www.admin.ch/gov/en/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50049.html oder www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf

- 5 -

E. 1.1

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft, ist in ... domiziliert, wo sie auch im Handelsregister eingetragen ist, und unterhält in Zürich eine Zweigniederlassung. Ihr Aktienkapital beträgt Fr. 1,061 Mia. Sie ist die Tochtergesellschaft einer der grössten ... Geschäftsbanken [des Staates C._____] und firmierte zunächst mit "A1.____ (Suisse) SA", ab März 2015 mit "A2.____ (Suisse) SA" und schliesslich seit Ende 2015 mit "A.____ (Switzerland) SA" (Urk. 46 und 47; Urk. 1 Rz 10; Urk. 11 Rz 133; Urk. 25 Rz 3).

E. 1.2

Der Kläger war seit dem 1. März 1997 gemäss dem "Contrat d'Engagement" vom 10. Januar 1997 (Urk. 5/6) bei der "D.____ (Suisse) SA" in Zürich tätig. Zufolge Fusion ging das Arbeitsverhältnis im Jahre 2001 auf die Beklagte über. Per Ende Februar 2010 liess sich der Kläger vorzeitig pensionieren (Urk. 1 Rz 11 f.; Urk. 11 Rz 133 f.). Gemäss dem Arbeitszeugnis der Beklagten vom 18. März 2010 (Urk. 5/8) "betreute und beriet" der Kläger in der Zweigniederlassung Zürich der Beklagten die "Privatkunden für den Marktbereich Eastern Europe" (Urk. 5/8; Urk. 1 Rz 12; Urk. 11 Rz 134).

E. 1.3

Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuerstreit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und verschiedenen schweizerischen Banken, zu denen auch die Beklagte gehört. In dieser Hinsicht sei Folgendes festgehalten:

E. 1.3.1

Um den Steuerstreit beizulegen, unterzeichneten das Eidgenössische Finanzdepartement einerseits und das Department of Justice der Vereinigten Staaten von Amerika (im Folgenden "DoJ") andererseits am 29. August 2013 ein "Joint

- 4 - Statement" (vgl. Urk. 1 Rz 14; Urk. 11 Rz 21; Urk. 5/10 und 14/101). Mit diesem "Joint Statement" wurde der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Banken mit den US-Behörden festgelegt. Hinzuwiesen wird im "Joint Statement" namentlich auf das unilaterale "Program" des DoJ für Schweizer Banken (vgl. unten E. 1.3.2.), das diesen Klarheit über ihren Status hinsichtlich der Ermittlungen des DoJ bezüglich hinterzogener Steuern geben und ihnen auch den Weg zeigen soll, wie das DoJ zu unterstützen ist. Gemäss dem "Joint Statement" sollen in diesem

Zusammenhang Personendaten 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. 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. 5/11 und 14/12; im Folgenden: "US-Programm"). Die Beklagte gehört zu den "Category 2 Banks", welche ein "non-prosecution agreement" gemäss dem US- Programm beantragten. Im Hinblick auf ein solches "agreement" wird gemäss Ziff. II/D des US-Programms von der betreffenden Bank die uneingeschränkte Kooperation verlangt. Namentlich hat die Bank sämtliche Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug für den Zeitraum ab 1. August 2008 offenzulegen. 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 Statements 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 französischsprachiger Verfügung vom 8. 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. 5/13 und 14/2). 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 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 in deutscher Übersetzung 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 abgewiesen wurde." Mit Verfügung des EFD vom 26. Januar 2015 wurde die am 8. Januar 2014 erteilte Bewilligung erstmals bis zum 30. Juni 2016 und alsdann mit weiterer Verfügung vom 22. Dezember 2015 bis zum 31. Dezember 2019 verlängert (Urk. 14/18; Urk. 38/3).

- 6 -

E. 1.3.4

Unterm 8. Dezember 2015 kam ein "Non-Prosecution Agreement" (im Folgenden "NPA"; Urk. 22/22) zwischen dem DoJ und der Beklagten zustande. Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte angesichts ihres im Agreement beschriebenen Verhaltens und im Sinne des US-Programms zur Bezahlung einer Summe von USD 99'211'000 an das DoJ, und zwar "as a penalty" (Urk. 22/2 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 17. Juni 2014 einen Brief an den Kläger und nahm auf das US-Programm Bezug (Urk. 5/14). Sie beabsichtige in diesem Zusammenhang, dem DoJ im Zusammenhang mit konkreten Bankbeziehungen auch den Namen und die seinerzeitige Funktion des Klägers zu übermitteln ("In this regard, the Bank hereby informs you of its intent to transfer a list of II.D.2 Data which contains your name and your function ... to the US DoJ"). Die Beklagte lud den Kläger sodann ein, Einsicht in die zu übermittelnden Dokumente zu nehmen. Sollte der Kläger sich der Übermittlung seiner Daten nicht binnen 20 Tagen schriftlich widersetzen, werde sie die Daten übermitteln.

E. 1.4.2

Mit dem Antwortschreiben seines Anwaltes vom 2. Juli 2014 widersetzte sich der Kläger der Datenlieferung und verlangte unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 5 DSG "die Zustellung von Kopien sämtlicher Dokumente, die Personendaten über unseren Klienten enthalten" (Urk. 5/15). Die Beklagte antwortete einstweilen nicht, so dass der Kläger sie mit Schreiben vom 21. August 2014 an die Pendenza ernerte (Urk. 5/16).

E. 1.4.3

Am 1. September 2014 teilte die Beklagte dem Kläger brieflich mit, dass sie davon Kenntnis genommen habe, dass er sich der Datenlieferung widersetze. Kopien der Unterlagen würden dem Kläger nicht geliefert, weil die betreffenden Dokumente vertraulich seien; und vom Angebot der Beklagten, die Dokumente einzusehen, habe der Kläger keinen Gebrauch gemacht. Wenn der Kläger nicht

E. 2

Prozessverlauf

E. 2.1

Auf Antrag des Klägers verbot das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich am 16. September 2014 der Beklagten im Sinne einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung eine Datenbekanntgabe an das DoJ. In der Folge wies das Einzelgericht indessen mit Verfügung vom 12. Januar 2015 das Massnahmengesuch ab (Urk. 5/19). Mit der gleichen Verfügung vom 12. Januar 2015 schrieb das Einzelgericht das Verfahren hinsichtlich des klägerischen Begehrens auf Vorlegung der zu übermittelnden Akten ab. Das Einzelgericht führte dazu aus (Urk. 5/19 S. 7 f.), die Parteien gingen übereinstimmend von der Gegenstandslosigkeit aus: Die Beklagte habe mit ihrer Gesuchsantwort die sog. II.D.2.-Liste eingereicht, worauf der Kläger mit seiner Eingabe vom 3. Dezember 2014 ausgeführt habe, dass er zwischenzeitlich die Möglichkeit erhalten habe, die fraglichen Dokumente ohne Abdeckung einzusehen.

E. 2.2

Am 23. Januar 2015 richtete der Kläger ein Schlichtungsgesuch an das zuständige Friedensrichteramt. In der Folge reichte er gestützt auf die Klagebewilligung vom 26. März 2015 (Urk. 3) am 8. Juli 2015 bei der Vorinstanz die Klageschrift ein (Urk. 1). Im Übrigen sei für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 36 S. 5). Das Urteil der Vorinstanz vom 30. September 2016 (Urk. 36), mit dem die Klage im Wesentlichen gutgeheissen wurde, wurde den Parteien am 6. Oktober 2016 zugestellt (Urk. 34/1-2).

E. 2.3

Mit Eingabe vom 7. November 2016 erhob die Beklagte rechtzeitig die Berufung (Urk. 35), welche vom Kläger mit Rechtschrift vom 16. Januar 2017 beantwortet wurde (Urk. 42). Mit Verfügung vom 17. Januar 2017 wurde die Berufungsantwort der Beklagten zugestellt und den Parteien eröffnet, dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 48).

- 8 -

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Mit der Berufungsantwort macht der Kläger geltend, dass die "Berufungsklägerin nicht beschwerdelegitimiert" sei (vgl. Urk. 42 S. 4 f.). Dennoch stellt er einen materiellen Berufungsantrag und nicht etwa einen Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung. Ob einem Rechtsmittelkläger die Beschwer abgeht oder nicht, hat die Rechtsmittelinstanz indessen ohnehin von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

E. 3.2

Der Kläger zweifelt die Rechtsmittellegitimation der Beklagten deshalb an, weil diese am 8. Dezember 2015 mit dem DoJ ein "Non-Prosecution Agreement" (NPA) abgeschlossen hat (Urk. 22/23). Nach der Rechtsprechung macht der Abschluss eines NPA den Streit indessen 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). Auf die Berufung ist daher

einzutreten.

E. 4

Materielles: Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung

E. 4.1

Der Kläger knüpft die Klage an die Ankündigung der Beklagten an, gemäss ihrem Brief vom 17. Juni 2014 (Urk. 5/14) dem DoJ eine Liste von sog. "II. D.2- Daten" (d.h. im Sinne von Ziff. II Bst. D Nr. 2 des US-Programms) zu übermitteln, wo der Name und die frühere Funktion des Klägers bei der Beklagten zu finden sein soll (Urk. 1 Rz 24 ff.; Urk. 11 Rz 138). Er weist in diesem Zusammenhang auf die Darlegungen der Beklagten im Massnahmeverfahren hin, gemäss welchen dem DoJ neun Kundenbeziehungen mit einem verwalteten Vermögen von insgesamt USD 7,5 Mio. offengelegt werden sollen (Urk. 1 Rz 32). Das wird von der Beklagten nicht in Frage gestellt (Urk. 11 Rz 145), sondern im Gegenteil bestätigt, indem ausgeführt wird, dass der Kläger im Rahmen des "due diligence"- Prozesses bezüglich dieser Kundenbeziehungen als "relationship manager" identifiziert worden sei (Urk. 11 Rz 12, 72, 104 mit Hinweis auf Urk. 14/37). Gemäss Ziff. II Bst. D Nr. 2 lit. v des US-Programms muss dem DoJ in der Tat "the name and function of any relationship manager" gemeldet werden. Damit ist an und für sich klar, was die Beklagte zu tun beabsichtigt.

E. 4.2

Der Kläger bestritt allerdings im weiteren Prozessverlauf – und auch noch vor Obergericht (Urk. 42 Rz 13) – dass "überhaupt ein genügender US-Bezug" für die fraglichen Kontobeziehungen vorliege und dass er als "relationship manager" anzusprechen sei. In der vorinstanzlichen Replik führte er dazu aus, er könne sich nicht daran erinnern, dass er nach dem 1. August 2008 neun Kundenbeziehungen betreut habe, die als "US Related Accounts" angesehen werden könnten. Bei "vier oder fünf Kundenbeziehungen" sei es zwar möglich, dass ein US-Bezug vorgelegen habe. Der Kläger glaube aber, dass diese Kundenbeziehungen bereits vor dem 1. August 2008 (d.h. vor Beginn der "Applicable Period") geschlossen worden und daher für das US-Programm nicht mehr relevant seien (Urk. 20 Rz 26). Solche Mutmassungen genügen als Bestreitungen kaum. Auf Grund der Abschreibungsverfügung des Einzelgerichts vom 12. Januar 2015 steht nämlich fest, dass der Kläger in sämtliche Dokumente Einsicht erhalten hat, die er einsehen wollen (vgl. Urk. 5/19: Rechtsbegehren auf S. 2, E. 3.1. auf S. 7 f., Dispositiv-Ziff. 2 auf S. 10). Unter diesen Umständen hätten die Behauptungen bzw. Bestreitungen des Klägers wesentlich konkreter sein müssen.

E. 4.3

Dennoch hat die Beklagte mit ihrer vorinstanzlichen Duplik die in Frage stehenden Konten sehr detailliert beschrieben und unter Hinweis auf Ausdrücke aus ihrem Computersystem dargetan, dass die betreffenden Konten einen US-Bezug haben. Ferner wurde mit solchen Ausdrücken dargetan, dass der Kläger in den Ausdrücken bezüglich der erwähnten Konten mit seinen Initialen "B'._____" (Urk. 25 Rz 8) bzw. "résponsable de compte" im Computersystem der Beklagten erscheint (Urk. 25 Rz 12, 15, 18, 21, 24, 27, 30, 33 mit Hinweisen auf Urk. 27/41- 49). Die Ausdrücke aus dem Computer-System belegen, dass der Kläger in der kritischen Zeit mit US-Amerikanern wegen der Kontobeziehung Kontakt

hatte und manche Kunden darüber orientierte, dass die Beklagte sich dazu entschlossen habe, die Kontobeziehungen mit US-Amerikanern zu beenden (Urk. 25 Rz 21, 24).

- 10 - Der Kläger bestritt in der Folge auch diese Vorbringen der Beklagten (Urk. 30 Rz 4-6), machte es sich aber wiederum zu einfach: So trug er namentlich vor, dass die internen Aufzeichnungen im Informatiksystem der Beklagten blosse Parteibehauptungen darstellten und keinen Beweiswert hätten. Der Kläger, der mit dem Informatiksystem der Beklagten und mit der Art und Weise, wie bei der Beklagten die Kunden betreut wurden, wegen seiner langjährigen früheren beruflichen Tätigkeit bei der Beklagten bestens vertraut ist, hätte hier nicht derart kurzschlüssig plädieren dürfen, wie er das getan hat. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang namentlich das Konto 1: Zu diesem Konto weist die Beklagte darauf hin, dass aus ihrem System ersichtlich sei, dass der Kläger den betreffenden US-Kunden am 8. August 2008 in ... getroffen habe (Urk. 25 Rz 33 mit Hinweis auf Urk. 27/49 S. 10). Auch dazu schweigt der Kläger und anerkennt damit den geschilderten Vorgang. Haltlos ist es sodann, wenn der Kläger meint, die von der Beklagten eingereichten Ausdrucke hätten keinen Beweiswert. Gemäss Art. 177 ZPO sind Beweisurkunden im Sinne des Gesetzes namentlich auch "elektronische Dateien und dergleichen" und damit auch Ausdrucke solcher Dateien. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Beklagte die als Beweismittel eingereichten Ausdrucke manipuliert haben sollte. Selbst der Kläger behauptet nichts derartiges. Unter diesen Umständen ist beweiswürdig festzustellen, dass die von der Beklagten in der Duplik beschriebenen Konten (Konten 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 1) einen US-Bezug haben und dass der Kläger nach dem 1. August 2008 zumindest zeitweise deren "relationship manager" war. Allerdings könnte man diese Frage auch offen lassen, weil die Berufung, wie noch zu zeigen ist, so oder anders abzuweisen ist.

E. 5

Materielles: Art. 328 und Art. 328b OR

E. 5.1

Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten 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.

- 11 - Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die von der Beklagten ins Auge gefasste Datenlieferung sei bereits aus diesem Grunde unzulässig (Urk. 36 S. 12-15). Das wird mit der Berufung beanstandet (Urk. 35 Rz 38 ff.). Der Kläger unterstützt dagegen mit seiner Berufungsantwort die Sichtweise der Vorinstanz (Urk. 42 Rz 14 ff.).

E. 5.2

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; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Rz 473). 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. f DSG jedes "Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren,

Weitergeben oder Veröffentlichlichen" 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. 5.3

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 allerdings 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 nur dann zur Durchführung des Arbeitsvertrages 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 Vorin-

- 12 - stanz beruft sich auf Lehrmeinungen, die Art. 328b OR einen eigenen Regelungsgehalt zuweisen (Urk. 36 S. 13 mit Hinweis u.a. auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Art. 328b OR N 3). In diesem Sinne führt die Vorinstanz aus, dass der Wortlaut von Art. 328b OR klar und unmissverständlich sei. Es gebe gar nichts dazu auszulegen. Der erste Satz dieser Bestimmung erlaube die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich seien. Jede andere Bearbeitung der Daten über den Arbeitnehmer sei damit verboten und rechtswidrig (Urk. 36 S. 13 f.).

E. 5.4

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 aneinander gebunden haben (Vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 431), 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, Unterstützungspflichten, 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

- 13 - Zusammenhang steht, Personendaten des Arbeitnehmers verwendet werden dürfen (ZK OR-STAEHELIN, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien 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). Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die ins Auge gefasste Datenlieferung auf das DSG stützen kann.

E. 6

Materielle Beurteilung: Datenschutzgesetz

E. 6.1

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. 6.2

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

- 14 - weiterzuleiten zu Namen und Funktion "von Personen, die innerhalb der Bank solche Geschäftsbeziehungen organisiert, betreut oder überwacht haben" (Art. 1 Abs. 2 Gesetzesentwurf).

E. 6.2.1

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 öffentlichem 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 Vergan- genheit 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

- 15 - Rechtsgrundlage" geschaffen werden. In diesem Sinne sollten die Banken ermächtigt 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. 6.2.2

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. 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 Datenschutzgesetzes 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. 6.2.3

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.

- 16 - 2. Der [Ständerat bzw. 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. 6.2.4

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. 6.3

Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung. Auszugehen ist davon, dass die Beklagte beabsichtigt, das DoJ über neun Kontobeziehungen, welche Vermögenswerte von USD 7,5 Mio. umfassen, mit Hinweisen auf die Funktion des Klägers als "Relationship Manager" zu orientieren (vgl. oben E. 4). Das wäre eine den Kläger betreffende grenzüberschreitende Bekanntgabe im Sinne von Art. 6 DSG. 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.

E. 6.4

Schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers durch die beabsichtigte Datenlieferung. Art. 6 DSG 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 DSG grundsätzlich verboten.

E. 6.4.1

Im vorliegenden Fall soll dem DoJ durch die Beklagte mitgeteilt werden, dass sich der Kläger als "Relationship Manager" um die Konten von neun US-

- 17 - 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.

E. 6.4.2

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 einschränkt (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 ihm betreuten US-Personen dem DoJ bekanntgegeben würde. Nicht auszuschliessen ist, dass die US-Behörden sich durch die zu machende Meldung veranlasst sehen könnten, der Spur zu den vom Kläger betreuten US-Personen nachzugehen, was zu grösseren und in ihrer Auswirkung nicht absehbaren Unannehmlichkeiten 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. Die von der Beklagten mit der Berufung vorgetragene Rüge, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil das private Interesse des Klägers übermässig gewichtet habe (vgl. Urk. 35 Rz 46 ff.), ist jedenfalls verfehlt.

E. 6.4.3

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 im Ziel-

- 18 - land, d.h. 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 Staatenliste⁴, aus der sich der weltweite Stand des Datenschutzes ablesen lässt. Die dort abrufbare und am 12. Januar 2017 zuletzt 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). Die gegenteilige Ansicht der Beklagten, wonach das US-Programm "Schranken betreffend die Verwendung von Daten der Betroffenen" aufstelle (Urk. 35 Rz 49), ist offensichtlich haltlos. 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.