

# ZH\_OBERGERICHT LA170035 vom 31. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA170035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA170035)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA170035 du 31 janvier 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LA170035 del 31 gennaio 2018

## Erwägungen

### E. 1

[www.admin.ch/gov/en/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50049.html](http://www.admin.ch/gov/en/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50049.html) oder [www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf](http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf)

- 5 - Das Programm findet Anwendung auf die Banken der Kategorien 2, 3 und 4, nicht aber auf die Banken der Kategorie 1 (Urk. 5/8; Program Ziff. I/A, II/A, III/A, IV/A).

### E. 1.1

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und einem Aktienkapital von 65 Mio. Franken. Seit dem 1.1.1975 ist sie im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie ist auf das Private Banking spezialisiert und betreut eine internationale Kundschaft (Urk. 1 Rz 13, Urk. 12 Rz 4 und 12 f.). Ihre Muttergesellschaft ist die Bank A1.\_\_\_\_\_ mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ [ausländischer Staat] (Urk. 1 Rz 13, Urk. 12 Rz 4 und 12 f.).

- 4 -

### E. 1.2

Der Kläger (B.\_\_\_\_\_) ist portugiesischer Staatsangehöriger und lebt seit dem Jahre 1987 in der Schweiz. Seit Dezember 2001 steht er in den Diensten der Beklagten. Im Jahre ... wurde ihm die Handlungsvollmacht erteilt und im Jahre ... die Prokura. Von Dezember 2001 bis Mai 2005 war er als Assistent im Bereich "Private Banking Administration" tätig und anschliessend bis Mai 2008 als Junior Relationship Manager. Seit Juni 2008 ist er bei der Beklagten als Relationship Manager tätig. Er war stets im South America Desk, Abteilung Private Banking, eingesetzt. Diese Abteilung betreut die lateinamerikanische Kundschaft (Urk. 1 Rz 11 f., Urk. 12 Rz 12 f.).

### 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 Statement" (vgl. Urk. 5/11 1). Es soll dort der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Banken mit den US-Behörden festgelegt werden. Hingewiesen wird im "Joint Statement" namentlich auf das unilaterale "Program" vom gleichen Tage des DoJ für Schweizer Banken (vgl. Urk. 5/8 und 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 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"). Eine Kooperation im Sinne des Programms ist Voraussetzung dafür, dass mit den US-amerikanischen Behörden ein sog. "Non-Prosecution-Agreement" (NPA) geschlossen werden kann.

### **E. 1.3.2**

Die Beklagte gehört zu den Banken der Kategorie 1 (Urk. 1 Rz 14, Urk. 36 Rz 4). Zu dieser Kategorie zählen jene Banken, gegen die am Tag der Bekanntgabe des "Program", d.h. am 29. August 2013, bereits eine Strafuntersuchung eröffnet war ("the Tax Division has authorized a formal criminal investigation concerning its operations") ("Joint Statement" Ziff. 1). Im Rahmen dieser Strafuntersuchung steht es den Banken der Kategorie 1 aber offen, mit den US-Behörden zusammenzuarbeiten, um so zu einem "Deferred Prosecution Agreement" (DPA), d.h. zum Aufschub des Strafverfahrens, zu gelangen. Gerichtsnotorisch ist, dass die US-Behörden von der Beklagten als "Kategorie 1-Bank" im Hinblick auf ein DPA umfassendere und detailliertere Angaben verlangen als dies bei den Banken der Kategorie 2 der Fall ist, stehen sie doch bereits in einem Strafverfahren.

### **E. 1.3.3**

Unbestritten ist, dass im Falle der Beklagten eine Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartementes ergangen ist, die der bei den Akten liegenden Musterverfügung (Urk. 5/12) im Wesentlichen entspricht (vgl. dazu Urk. 1 Rz 21 f., Urk. 12 Rz 9f). Freilich wurden dem Gericht von der Beklagten aber weder diese Verfügung noch ihre allfälligen Verlängerungen vorgelegt. Die Parteien gehen aber übereinstimmend davon aus, dass der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Art. 271 StGB erlaubt wurde, mit den US-Behörden zusammenzuarbeiten (Urk. 1 Rz 21 f., Urk. 12 Rz 9f). Auszugehen ist davon, dass im Sinne der bei den Akten liegenden Musterverfügung die Lieferung von Daten, die gegenwärtige oder frühere Mitarbeitende betreffen, nur unter den folgenden Bedingungen bewilligt wurde (Urk. 5/12 S. 4 f.): "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.

- 6 - 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."

### **E. 1.4**

Am 18. März 2016 wandte sich die Beklagte durch ihren Anwalt in englischer Sprache an den Kläger (Urk. 5/9). Sie wies ihn darauf hin, dass sie von den schweizerischen Behörden die Bewilligung zur Datenweiterleitung an die US-Behörden erhalten habe, wenn sie den von den Datenweiterleitung betroffenen Angestellten die Gelegenheit gebe, ihre Rechte gemäss Art. 15 DSG zu wahren. Sie plane eine solche Weiterleitung von den Kläger betreffenden Daten an die US-Behörden. Betreffend den Inhalt der weiterzuleitenden Informationen wurde auf die Beilagen verwiesen. Weiter wies die Bank den Kläger im erwähnten Brief auf sein Klagerecht gemäss Art. 15 DSG hin. Sollte der Kläger von der Klagemöglichkeit binnen zehn Tagen keinen Gebrauch machen, so würden die Informationen den US-Behörden geliefert.

#### **E. 1.4.1**

Mit Schreiben seines Anwaltes vom 29. März 2016 widersetzte sich der Kläger der vorgesehenen Datenlieferung (Urk. 5/13). Ferner ersuchte er um weitere Auskünfte. Diese Haltung bestätigte er am 5. April 2016 mit einem zweiten Brief (Urk. 5/14). Dort ersuchte er um Erstreckung der Klagefrist.

#### **E. 1.4.2**

Am 6. April 2016 bestätigte die Beklagte, dass sie mit einer angemessenen Erstreckung der Klagefrist einverstanden sei (Urk. 5/15).

#### **E. 1.4.3**

Am 27. Mai 2016 liess die Beklagte dem Anwalt des Klägers eine E-Mail zukommen. Aus deren Anhang ergibt sich, dass – soweit verständlich – die folgenden Informationen über den Kläger an die US-Behörden weitergeleitet werden sollten (Urk. 5/16): - Der in den Unterlagen der Bank für den Kläger verwendete Code ("1") sowie auch ein weiterer für ihn verwendeter anonymisierter Code ("2") werden offengelegt. - Der Kläger betreute "US Indicia Customers" zwischen 2005 bis 2014. - Der Kläger betreute ... "US Indicia Customers" und ... "US Resident Costumers".

- 7 - - Per 31. Dezember 2008 werden für "US Indicia Accounts" Beträge von "3'775'400" bzw. "2'622'665" und für "US Resident Accounts" ein Betrag von "1'871'420" erwähnt. - Per 31. Dezember 2010 wird für "US Resident Accounts" ein Betrag von "1'646'819" angegeben. - Es folgen entsprechende Angaben für Konten, die nach dem 1. Januar 2002 eröffnet wurden, sowie Angaben für Konten, die vor dem 31. Dezember 2008 geschlossen wurden.

#### **E. 1.4.4**

Am 1. Juni 2016 liess die Beklagte den Kläger wissen, dass sie zur geplanten Datenlieferung schreiten werde, wenn der Kläger sich nicht dagegen auf dem Rechtsweg wehre (Urk. 5/17). Und am gleichen 1. Juni 2016 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er sich der Datenlieferung nach wie vor widersetze (Urk. 5/18).

#### **E. 1.5**

Mit Schreiben seines Anwaltes liess der Kläger die Beklagte am 6. Juni 2016 wissen, dass er bei der zuständigen Schlichtungsbehörde den Prozess gegen die Beklagte eingeleitet habe. Die Beklagte möge bestätigen, dass einstweilen auf die Datenlieferung verzichtet werde (Urk. 5/19). Durch Brief vom 7. Juni 2016 teilte die Beklagte dem Anwalt des Klägers mit, dass sie davon absehen werde, "nach Begründung der Rechtshängigkeit der

Klage Ihres Mandanten betreffend Datenschutz bis zum rechtskräftigen Prozessabschluss dessen Personendaten (wie Name, Vorname etc.) an US-amerikanische Behörden zu liefern" (Urk. 5/20).

## **E. 2**

Prozessverlauf

### **E. 2.1**

Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 37 S. 5).

### **E. 2.2**

Das angefochtene Urteil wurde der Beklagten am 4. Oktober 2017 zugestellt (Urk. 35/2). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (Urk. 36). Der Kläger beantwortete die Berufung in der Folge mit Schriftsatz vom 29. Dezember 2017 (Urk. 42). Mit Verfügung vom 4. Januar 2018 wurde den Parteien eröffnet, dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe und dass die Berufung frühestens am 18. Januar 2018 beurteilt werde (Urk. 43). Es folgten keine weiteren Eingaben.

- 8 -

## **E. 3**

Prozessuales

### **E. 3.1**

Name des Klägers. Die Beklagte bezeichnet den Kläger als "B'.\_\_\_\_\_". So wird der Kläger denn auch in den Unterlagen der Bank aufgeführt. Aus der bei den Akten liegenden Kopie der Niederlassungsbewilligung C des Klägers ergibt sich aber, dass sein Geschlechtsname "... B.\_\_\_\_\_" lautet, wogegen seine Vornamen "B.\_\_\_\_\_ ..." lauten (Urk. 5/4). Bei den Akten liegt auch die Kopie des Schweizerpasses der Ehefrau des Klägers (Urk. 5/5). Gemäss dem Pass lautet ihr Geschlechtsname "... ... B.\_\_\_\_\_". Eine Abklärung des Gerichts bei der Gemeinde D.\_\_\_\_\_, dem Wohnort des Klägers, hat ergeben, dass der Geschlechtsname des Klägers "... B.\_\_\_\_\_" lautet (Urk. 44). In diesem Sinne ist das Rubrum des Prozesses zu korrigieren; die bisherige Bezeichnung des Geschlechtsnamens des Klägers "B'.\_\_\_\_\_ " ist falsch. Ebenso sind beide Vornamen im Rubrum aufzunehmen.

### **E. 3.2**

Allgemeines zum Berufungsverfahren. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden und wo er die massgeblichen Beweisanträge gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften

der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten

- 9 - darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch an die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort ergangenen BGE 141 III 115 E. 2).

### **E. 3.3**

Verweisungen. Die Beklagte verweist mit ihrer Berufung an einer Stelle auf ihre Rechtsschriften des erstinstanzlichen Verfahrens (vgl. Urk. 36 Rz 16 lit. b). Das ist unzulässig und damit unbeachtlich.

### **E. 4**

Materielles: Die Beklagte ist eine Bank der Kategorie 1

#### **E. 4.1**

Praktisch alle bisher von der Kammer bzw. vom Bundesgericht entschiedenen Fälle betreffend Datenlieferungen an das DoJ bezogen sich auf Banken der Kategorie 2 (ZR 115/2016 Nr. 21 = Urteil LB150052 vom 8. Februar 2016; BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016; Urteil LA160009 vom 22. Dezember 2016 bzw. BGer 4A\_73/2017 vom 26. Juli 2017; Urteil LA160028 vom 22. Dezember 2016; Urteil LA160038 vom 31. Januar 2017). Gegen die Banken der Kategorie 2 wurde in den USA zwar noch kein Strafverfahren eröffnet; diese Banken gehen aber davon aus, dass sie gegen die US-Gesetzgebung verstossen haben. Durch die vom Bundesrat bzw. vom Eidgenössischen Finanzdepartement im Sin-

- 10 - ne von Art. 271 StGB bewilligte Zusammenarbeit mit den US-Behörden versuchen sie, mit den US-Behörden ein sog. "Non-Prosecution-Agreement" (NPA) abzuschliessen, das sie von einer Strafverfolgung verschonen soll. Im Rahmen der Zusammenarbeit mit den US-Behörden haben die Banken der Kategorie 2 den US-Behörden auch Personendaten von gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeitenden herauszugeben. In dieser Hinsicht wurde in der gemäss Art. 271 StGB ergangenen Bewilligung der Vorbehalt gemacht, dass die Daten nicht ohne Zustimmung der betroffenen gegenwärtigen oder ehemaligen Mitarbeitenden ins Ausland geliefert werden dürfen. Widersetzen sich diese Mitarbeitenden

der Datenlieferung, so muss ihnen Gelegenheit gegeben werden, zivilrechtliche Klage zu erheben. Wird eine solche Klage erhoben, darf die Datenlieferung nur erfolgen, wenn die Klage rechtskräftig abgewiesen wird.

#### **E. 4.2**

Demgegenüber gehört die Beklagte zu den Banken der Kategorie 1, d.h. zu denjenigen Banken, gegen die am 29. August 2013 bereits ein US-amerikanisches Strafverfahren eröffnet war. Durch die Zusammenarbeit mit den US-Behörden soll ein "Deferred Prosecution Agreement" (DPA) erlangt werden, eine aussergerichtliche Einigung, durch die die Strafverfolgung einstweilen ausgesetzt wird, wobei von den US-Behörden das weitere "Wohlverhalten" weiterhin beobachtet wird. Die Banken der Kategorie 1 haben den US-Behörden individuell verlangte Informationen zu liefern und im Rahmen des DPA auch eine Busse zu bezahlen<sup>2</sup>. Ein förmliches Schuldeingeständnis ("guilty plea") muss nicht abgegeben werden. Die Beklagte irrt sich allerdings, wenn sie in den Raum stellt, dass in ihrem Fall auch ein sog. "Non-Prosecution-Agreement" (NPA) zur Diskussion stehe (so aber in Urk. 36 Rz 4, 5, 6). Da gegen sie ein US-amerikanisches Strafverfahren läuft, kann sie einzig auf ein "Deferred Prosecution Agreement" (DPA) hoffen. Auch dafür verlangen die US-Behörden selbstverständlich, wie erwähnt, eine sehr weitgehende Zusammenarbeit.

#### **E. 4.3**

Auch die Banken der Kategorie 1 benötigen für die Zusammenarbeit mit den US-Behörden eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB. Der Kläger stellt 2 vgl. Merkblatt des Eidgenössischen Finanzdepartementes "Rohstoff" vom 5. Mai 2014 ([www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Internationale-Steuerpolitik/US-Steuerstreit/Rohstoff-USA-d.pdf](http://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Internationale-Steuerpolitik/US-Steuerstreit/Rohstoff-USA-d.pdf)).

- 11 - nicht in Abrede, dass der Beklagten diese Bewilligung im Sinne der Musterverfügung erteilt wurde. Auch bei Bewilligungen, die Banken der Kategorie 1 betreffen, wird von den Bundesbehörden vorbehalten, dass die Daten von gegenwärtigen oder ehemaligen Mitarbeitenden nicht ohne deren Zustimmung ins Ausland geliefert werden dürfen. Ebenso wird – gleich wie bei den Banken der Kategorie 2 – festgelegt, dass den betroffenen Mitarbeitenden vor einer Datenlieferung Gelegenheit gegeben werden muss, zivilrechtliche Klage zu erheben, wobei bei einer Klageerhebung die Datenlieferung nur erfolgen darf, wenn die Klage rechtskräftig abgewiesen wird.

#### **E. 4.4**

In dem hier interessierenden Zusammenhang unterscheidet sich die Stellung der Banken der Kategorien 1 und 2 nicht: Die Banken beider Kategorien haben ein vitales Interesse daran, mit den US-amerikanischen Behörden zusammenzuarbeiten, um entweder ein Strafverfahren zu vermeiden (Banken der Kategorie 2) oder aber das hängige Strafverfahren zu einem glimpflichen Ende zu bringen (Banken der Kategorie 1). In seiner Botschaft zu dem (vom Parlament verworfenen) dringlichen "Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten" (sog. Lex USA) hielt der Bundesrat denn auch fest, dass dann, wenn die Banken aus Gründen des Datenschutzes ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht erfüllen könnten, sie mit den US-amerikanischen Behörden "möglicherweise kein "Non Prosecution Agreement" oder "Deferred Prosecution Agreement" abschliessen und damit ihre Vergangenheit" daher nicht "im Rahmen des vom DoJ offerierten Lösungsansatzes" regeln könnten (BBl 2013 3951). Auch der Bundesrat machte daher in der erwähnten Botschaft keinen Unterschied, zwischen jenen Banken,

welche die Einigung über ein "Non Prosecution Agreement" und jenen Banken, die, wie die Beklagte, die Einigung über ein "Deferred Prosecution Agreement" suchen müssen.

#### **E. 4.5**

Die Beklagte wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vor, sie habe mit ihrem Urteil Art. 150 ZPO verletzt, weil sie nicht auf ihre Tatsachenbehauptungen, die vom Kläger unbestritten geblieben seien, abgestellt habe. Die Beklagte weist in diesem Zusammenhang auf ihre Darlegungen hin, dass der Druck der

- 12 - US-amerikanischen Behörden mit fortschreitender Zeit immer stärker werde und sich mehrheitlich auf die Vollständigkeit der zu liefernden Daten beziehe. Dies sei seitens des Klägers unbestritten geblieben (Urk. 36 Rz 6 mit Hinweis auf Urk. 27 Ziff. 11). Die Frage stellt sich gar nicht, denn es ist eine offenkundige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO, dass die Existenz einer Bank, die im Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit nicht mit den US-Behörden zusammenarbeitet, gefährdet sein kann. Das hält denn auch der Bundesrat in der bei den Akten liegenden Musterverfügung ausdrücklich fest (Urk. 5/12 S. 2 f.). Auch die Kammer führte in früheren Urteilen aus, es sei notorisch, "dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiert, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen muss und damit vom Untergang bedroht ist, wie das im Jahre 2012 am Beispiel der Bank Wegelin vorexerziert wurde (vgl. dazu BGE 137 II 431 Erw. 4.3.1)" (ZR115/2016 Nr. 21 S. 124, E. 4.4.1.1). In seiner Botschaft vom 29. Mai 2013 "zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten" hielt der Bundesrat ebenfalls fest, dass die Existenz einer Bank, die den US-Behörden nicht alle geforderten Daten liefert, gefährdet sei, weil ohne die "vollständige Lieferung der geforderten Daten kein Deferred Prosecution Agreement abgeschlossen werden" könne (in diesem Sinne BBl 2013 S. 3951). Davon wird im weiteren auszugehen sein.

#### **E. 5**

Materielles: Die Frage der Zulässigkeit der Datenlieferung an die US-Behörden

##### **E. 5.1**

Die von der Klägerin beabsichtigte Datenlieferung steht in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis. Nach der Rechtsprechung der Kammer hat Art. 328b OR in diesem Zusammenhang keine selbständige Bedeutung. Die Frage ist vielmehr nach Massgabe des DSG zu entscheiden. Die Klägerin möchte dem DoJ die oben in E. 1.4.3. beschriebenen Informationen zukommen lassen und dabei den Namen des Klägers nennen. Das sind Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG, und der Kläger ist eine im Sinne von Art. 3 lit. b DSG betroffene Person, deren Daten von der Beklagten bearbeitet werden sollen. Gemäss Art. 3 lit. e DSG ist nämlich unter "Bearbeitung" namentlich auch das Verwenden und das Weitergeben von Personendaten zu verstehen (vgl. ZR 115/2016 Nr. 21 E. 4.2).

- 13 -

##### **E. 5.2**

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. Die schweizerischen Gerichte gehen davon aus, dass Bankangestellte durch die Datenlieferung gemäss dem US-Programm in die USA einer strafrechtlichen Gefährdung ausgesetzt

werden könnten und dass die damit verbundene Unsicherheit bei Reisen in die USA und auch in andere Staaten die Bewegungsfreiheit einschränkt. Das gilt nach der Rechtsprechung selbst bei der Lieferung von Daten von geringer Sensitivität. Nicht auszuschliessen ist nämlich, dass die US-Behörden sich durch die zu machende Meldung veranlasst sehen könnten, den Spuren zu den vom betreffenden Bankangestellten betreuten US- Personen nachzugehen, was zu grösseren und in ihrer Auswirkung nicht absehbaren Unannehmlichkeiten für den betreffenden Bankangestellten persönlich führen könnte, wenn er z.B. ins Ausland reisen möchte. Das allein schon stellt eine schwerwiegende Gefährdung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO dar. Eine solche liegt nach ständiger Rechtsprechung aber auch deshalb vor, weil die USA über keine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Schutz der Personendaten erlaubt (ZR115/2016 Nr. 21 E. 4.3.2; BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1.; BGer 4A\_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 4.2.; OGer ZH, Urteil LA160009 vom 22. Dezember 2016, E. 8.4.). Sinngemäss bestreitet die Beklagte die schwerwiegende Gefährdung des Klägers einzig mit dem Argument, "kleine Fische", wie der Kläger, würden von den US-Behörden ausnahmslos in Ruhe gelassen (Urk. 36 Rz 14). Das widerspricht einerseits dem soeben Ausgeführten. Und andererseits wurde die Theorie der "kleinen Fische" im Zusammenhang mit Datenlieferungen an das DoJ von der Rechtsprechung schon längst zurückgewiesen (ZR 115/2016 Nr. 21 E. 4.3.4).

## **E. 6**

Die Frage eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO

### **E. 6.1**

Art. 6 Abs. 2 DSGVO sieht eine Reihe von Rechtfertigungsgründen für eine grenzüberschreitende Datenbearbeitung trotz einer schwerwiegenden Gefährdung der Persönlichkeit der betroffenen Person vor.

- 14 -

### **E. 6.2**

Mit ihrer Berufung beanstandet die Beklagte einzig die falsche Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO durch die Vorinstanz. Nach dieser Vorschrift können Personendaten ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn "die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist". Dass sie die Daten liefern müsse, um ihre Rechtsansprüche vor Gericht durchzusetzen, macht die Beklagte mit der Berufung zu Recht nicht geltend, denn nach der Rechtsprechung kann dieser Rechtfertigungsgrund hier von vornherein nicht zum Zuge kommen: Das DoJ gilt nämlich einerseits nicht als Gericht im Sinne der erwähnten Vorschrift und erhebt andererseits die Daten erst noch zu verfahrensfremden Zwecken (ZR 115/2016 Nr. 21 E. 4.4.2).

### **E. 6.3**

Zu prüfen ist mithin einzig, ob die Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. d DSGVO "für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses ... unerlässlich ist". Dieses öffentliche Interesse muss das private Interesse der betroffenen Person, d.h. des Klägers, überwiegen.

#### **E. 6.3.1**

Wenn das Gesetz in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG an das öffentliche Interesse anknüpft, dann ist die Frage, ob ein solches vorliegt, einzig aus schweizerischer Sicht zu prüfen (ZR 115/2016 Nr. 21 E. 4.4.1; EPINEY/FASNACHT, in: Bes- ler/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Bern 2011, S. 575; ROSENTHAL, in: Handkommentar DSG, Art. 6 DSG N 60; PASSADELIS, in: Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 6.59). Ausländische öffentliche Interessen können daher keine Rolle spielen.

### **E. 6.3.2**

Auszugehen davon ist, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht ko- operiert, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen muss und daher in ihrer Existenz gefährdet sein kann (vgl. dazu BGE 137 II 431 E. 4.3.1). Für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank im Sinne des Gesagten dem schweizerischen öffentlichen Interesse zuwiderläuft, rechtfertigt es sich, da- rauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Auch das Bundesgericht hat in seinem am 15. Juli 2011 ergangenen Leit- entscheid BGE 137 II 431 über die Lieferung von Bankkundendaten an die US-

- 15 - Behörden an die Systemrelevanz der betreffenden Bank angeknüpft (vgl. BGE 137 II 431 E. 4.1, 4.2, 4.4). Dass im interessierenden Zusammenhang die Sys- temrelevanz das unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses entschei- dende Kriterium ist, ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem BankG: Per 1. März 2012 wurden dem BankG die Art. 7 bis 10a als "Fünfter Abschnitt: Systemrelevan- te Banken" eingefügt, wo vom Gesetzgeber die entscheidenden Wertungen vor- genommen wurden. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG gelten solche Banken als sys- temrelevant, "deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde". Banken, welche diese Voraussetzun- gen nicht erfüllen, gelten nicht als systemrelevant; es kann daher auch nicht an- genommen werden, dass ihr Ausfall "die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde". Oder mit andern Wor- ten: Fällt eine nicht systemrelevante Bank aus, ist das schweizerische öffentliche Interesse nicht tangiert.

#### **E. 6.3.2.1**

Gemäss Art. 8 Abs. 3 BankG ist es Sache der Schweizerischen National- bank, nach Anhörung der FINMA durch Verfügung die systemrelevanten Banken zu bezeichnen. Der Kreis der systemrelevanten Banken ist daher im Sinne von Art. 151 ZPO notorisch und überdies auf der Homepage der Schweizerischen Na- tionalbank jederzeit abrufbar. Zu ihnen gehören: • Credit Suisse Group AG seit dem 16. November 2012; • UBS AG seit dem 16. November 2012; • Zürcher Kantonalbank (ZKB) seit dem 1. November 2013; • Raiffeisen Finanzgruppe seit dem 16. Juni 2014; • PostFinance AG seit dem 29. Juni 2015. Damit steht fest, dass die Beklagte nicht zu den systemrelevanten Banken gehört, so dass sich die Datenlieferung zu Lasten des Klägers im Hinblick auf die mögliche Rettung der Beklagten von vornherein nicht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG wegen eines vorhandenen überwiegenden öffentlichen Interesses rechtfertigen lässt. Die blossе Verhinderung einer Anklage ("indictment") gegen die Beklagte lässt sich jedenfalls nicht mit einem öffentlichen Interesse rechtferti- gen (BGer 4A\_ 73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.2).

- 16 -

#### **E. 6.3.2.2**

Selbst wenn das Mutterhaus der Beklagten in C.\_\_\_\_\_ als systemrelevant einzustufen wäre, würde dies keine Rolle spielen, weil, wie ausgeführt, ausländische öffentliche Interessen in diesem Zusammenhang ohne Belang sind. Dazu kommt, dass keineswegs feststeht, dass der Konflikt der in der Schweiz domizilierten Niederlassung mit den US-Steuerbehörden auch das Mutterhaus der Beklagten gefährden würde.

### **E. 6.3.3**

Im Sinne einer Eventualerwägung ist das soeben zum öffentlichen Interesse Gesagte zu ergänzen:

#### **E. 6.3.3.1**

In seinem nicht amtlich publizierten Urteil vom 22. September 2016 (BGer 4A\_83/2016) übernahm das Bundesgericht zwei von seiner Vorinstanz (dem Zürcher Handelsgericht) angenommene öffentliche Interessen mehr oder weniger diskussionslos (E. 3.3.1. in Verbindung mit E. 3.3.3 und 3.3.4.): So besteht danach ein erstes öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreites mit den USA und damit verbunden an einer Vermeidung einer weiteren Eskalation. Und ein zweites öffentliches Interesse besteht danach darin, dass im Sinne des Joint Statement das US-Programm eingehalten werde, und zwar namentlich im Hinblick auf die Reputation der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin.

#### **E. 6.3.3.2**

Im Sinne von Art. 151 ZPO offenkundig ist, dass sich die US-Behörden mit allen 78 Banken, die der Kategorie 2 angehören, zwischen dem 30. März 2015 und dem 27. Januar 2016 geeinigt haben, indem mit allen diesen Instituten ein "Non-Prosecution Agreement" abgeschlossen wurde. Zu dieser Kategorie 2 gehört die grosse Mehrheit der vom Steuerstreit betroffenen Institute. Zur Kategorie 1 gehören neben der Beklagten nur wenige Banken, darunter nur zwei systemrelevante Banken, die Zürcher Kantonalbank und die Credit Suisse. Daraus ergibt sich, dass im heutigen Zeitpunkt, d.h. im Urteilszeitpunkt, der US-Steuerstreit längst nicht mehr so virulent ist, wie das früher der Fall war. Die strittige Datenherausgabe kann jedenfalls nicht als unerlässlich zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie zur Erhaltung des guten Rufes der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin angesehen werden (vgl. dazu BGer 4A\_83/2016 vom 17. - 22. September 2016, E. 3.3.4. in fine). Die Beklagte liefert denn auch keine konkreten Hinweise, aus denen sich ergeben könnte, dass gerade die strittige Datenherausgabe unerlässlich für die Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und für die Erhaltung des guten Rufes der Schweiz ist (vgl. BGer 4A\_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.1). Die Beklagte macht ebenso wenig Ausführungen zur Bedeutung ihres US-Geschäfts bzw. zur Frage, inwieweit sie durch eine Anklageerhebung in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt wäre. Auch auf konkrete Auswirkungen einer Anklageerhebung weist die Beklagte nicht hin. Namentlich kann sich die Beklagte nicht mit der UBS vergleichen, für die in BGE 137 II 431 E. 4.3.1 eine Bedrohung angenommen wurde: Die Anklageerhebung gegen eine kleinere Bank, die erst noch lediglich als ausländische Niederlassung ihres Mutterhauses fungiert, hat nicht die gleiche Bedeutung wie die Anklageerhebung gegen eine weltweit tätige Grossbank wie die UBS. Es ist mangels konkreter Hinweise jedenfalls nicht anzunehmen, dass eine Anklageerhebung gegen die Beklagte zu einem Vertrauensverlust mit entsprechender Kettenreaktion führen würde (vgl. dazu BGer

4A\_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.2).

### **E. 6.3.3.3**

Das erwähnte zweite öffentliche Interesse besteht darin, dass im Sinne des Joint Statement das US-Programm eingehalten werde, und zwar namentlich im Hinblick auf die Reputation der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin. Das Joint Statement und das dort vorgesehene "Program" ("Program for Non-Prosecution-Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks") bezieht sich allerdings nicht auf Banken der Kategorie 1, wie die Beklagte eine ist, und gegen die bereits ein Strafverfahren eröffnet worden ist, sondern nur auf die Banken der Kategorien 2-4. Dieses öffentliche Interesse muss daher ohne weiteres entfallen.

### **E. 6.4**

Schliesslich macht die Beklagte mit der Berufung geltend, dass bei einer Bank der Kategorie 1 "das Interesse an einer Datenlieferung ... als besonders hoch einzuschätzen" sei (Urk. 36 Rz 16b). Damit will sie sagen, dass ihr privates Interesse an einer Datenlieferung bedeutend schwerer wiege, als das Interesse der betroffenen Person, d.h. des Klägers, an einer Nichtlieferung. Die Beklagte übersieht dabei aber, dass es nach Gesetz und ständiger Rechtsprechung auf ihr privates Interesse an ihrem Bestand gar nicht ankommen kann (BGer

- 18 - 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4.3. mit Hinweisen; ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.4). Im Übrigen hat die Frage, ob eine Bank zur Kategorie 1 oder zur Kategorie 2 gehört, nichts mit ihrer Bedeutung zu tun. Wie ausgeführt, entscheidet sich diese Frage einzig danach, ob im Zeitpunkt, als das "Joint Statement" erging, d.h. am 29. August 2013, gegen diese Bank bereits ein US-amerikanisches Strafverfahren pendent war oder nicht. Das ist ein zufälliger Stichtag.

### **E. 6.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung unbegründet ist. In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO ist das angefochtene Urteil daher zu bestätigen.

### **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Es geht um eine nicht vermögensrechtliche Arbeitsstreitigkeit. Auf eine solche ist gemäss BGer 4A\_332/2015 Art. 114 Abs. 1 lit. c ZPO anwendbar, weshalb auch für die zweite Instanz keine Gerichtskosten zu sprechen sind. Dagegen wird die Beklagte entschädigungspflichtig. Mit der Vorinstanz ist auch für das Berufungsverfahren von einer Grundgebühr von Fr. 7'500.00 auszugehen, die gemäss § 13 Abs. 2 AnwGebV angemessen zu reduzieren ist. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer ist die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 5'000.00 festzusetzen. Das angefochtene Urteil ist auch hinsichtlich der von der Vorinstanz gesprochenen Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ohne weiteres zu bestätigen. Es wird erkannt:

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