

# ZH\_OBERGERICHT LF140075 vom 3. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF140075](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF140075)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF140075 du 3 mars 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LF140075 del 3 marzo 2015

## Erwägungen

### E. 1

Bei der Beklagten bzw. Berufungsbeklagten [fortan Berufungsbeklagte] handelt es sich um eine Bank mit Sitz in Zürich, die sich in der Kategorie 2 des amerikanischen Programms zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika ("Program for Non-Prosecution Agreement or Non-Target Letters for Swiss Banks" [fortan US-Programm]) eingeteilt hat. Die Klägerin bzw. Berufungsklägerin [fortan Berufungsklägerin] war vom tt.mm.2000 bis tt.mm.2010 in verschiedenen Positionen, zuletzt im Rang einer Senior Private Bankerin in der Abteilung "Private Banking, Team Eastern/Central Europe" bei der Berufungsbeklagten tätig.

### E. 2

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten, mit welcher der Berufungskläger erläutert, weshalb er das erstinstanzliche Urteil bezüglich der angefochtenen Punkte für unrichtig hält bzw. worauf er die gestellten Berufungsanträge stützt (BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, § 11 N 893; BGE 138 III 374, 375 E. 4.3.1).

#### E. 2.1

Die Berufungsklägerin rügt diesbezüglich zunächst, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei bzw. als unbestritten angenommen habe, dass die Berufungsklägerin auch für drei Kunden mit US-Bezug tätig gewesen sei. Die-

- 13 - se Feststellung werde bestritten, denn die Berufungsklägerin sei von der Berufungsbeklagten nie darüber informiert worden, dass entweder der Kontoinhaber oder der "Beneficial Owner" der drei genannten Konti US-Bürger sei. Zudem sei ihr auch das Dokument [die Berufungsklägerin verweist auf act. 10/11/11] nicht zur Verfügung gestellt worden, sondern es sei ihr lediglich mit Email vom 17. Juni 2014 eine Liste der Konti mit angeblichem US-Bezug zugestellt worden, wobei der US-Bezug darin nicht spezifiziert worden sei. Dass sich der US-Bezug aus der US-Staatsbürgerschaft der Kontoinhaber bzw. "Beneficial Owner" ergebe, sei für die Berufungsklägerin dementsprechend eine neue Tatsache (act. 2 S. 7 f., N 8). Auch habe die Berufungsbeklagte nie klare Belege geliefert, dass es sich bei den Kontoinhabern oder den "Beneficial Ownern" tatsächlich um "US-Persons" gehandelt habe, weshalb dieses Sachverhaltselement nicht als erstellt angesehen werden dürfe (act. 2 S. 7 f., N 8 f.).

#### E. 2.2

Im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO ist sowohl das Bestehen der Anspruchsgrundlagen wie auch deren Nichtbestehen (nur) glaubhaft zu machen (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 5), wovon trotz Verwendung des prozessual

etwas missverständlichen Ausdrucks des "erstellten Sach- verhaltes" auch die Vorinstanz ausgegangen ist (vgl. act. 3 E. A.II.3.2). Soweit die Berufungsklägerin mit dem vorstehend wiedergegebenen Vorbringen zunächst rügt, dass die Vorinstanz zu Unrecht als unbestritten angesehen habe, dass die Berufungsklägerin auch Kunden mit US-Bezug betreut habe, erscheint zunächst nicht ersichtlich, woraus die Berufungsklägerin dies ableitet, zumal die Vorinstanz nichts bezüglich der Bestreitung dieses Sachverhaltselementes festgehalten hat (vgl. act. 3 E. A.II.3.1). Ferner entstände der Berufungsklägerin alleine aus einer derartigen Feststellung kein relevanter Nachteil, zumal der im Rahmen des einst- weiligen Rechtsschutzes festgestellte Sachverhalt von Vornherein keine präjudizi- elle Wirkung für einen allfälligen nachfolgenden Zivilprozess entfaltet; vielmehr trifft das ordentliche Zivilgericht das endgültige Urteil ohne jegliche Bindung an den Massnahmeentscheid (vgl. BGer 4P.201/2004 E. 4.2). Soweit die Berufungs- klägerin mit diesem Vorbringen sodann sinngemäss weiter bemängelt, dass die Vorinstanz unrichtigerweise als glaubhaft angenommen habe, dass die Beru- fungsklägerin auch Kunden mit US-Bezug betreut habe, ist darauf hinzuweisen,

- 14 - dass im Rahmen des Verfahrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen eben ge- rade nicht – wie von der Berufungsklägerin im Weiteren gefordert (vgl. act. 2 S. 8, N 9) – "klare Belege" zu liefern sind. Vielmehr sind die einzelnen Sachverhalts- elemente – wie vorstehend bereits ausgeführt – nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen. Vorliegend hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin mit Email vom 17. Juni 2014 drei Konten genannt, bei welchen ein US-Bezug bestehe (act. 10/3/10). Aus einer weiteren, im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Liste geht sodann hervor, dass bei diesen drei Konten jeweils entweder der "Ac- count Owner" und/oder der "Beneficial Owner" "US-Person" gewesen ist, wobei sich die Identität der drei Konten mit den der Berufungsklägerin mit Email vom 17. Juni 2014 bekannt gegebenen aus den jeweiligen Eröffnungs- bzw. Saldie- rungsdaten sowie aus den jeweiligen Kontoständen ergibt (vgl. act. 10/11/11). Da die Berufungsklägerin für diese drei Konten jeweils als Private Banker aufgeführt ist (vgl. act. 10/11/11), ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass glaubhaft erscheint, dass die Berufungsklägerin auch Kunden mit US-Bezug be- treut hat. Dementsprechend erweisen sich die von der Berufungsklägerin bezüg- lich diesem Sachverhaltselement erhobenen Rügen allesamt als unbegründet.

### **E. 2.3**

Insoweit die Berufungsklägerin weiter rügt, die Vorinstanz halte zu Unrecht fest, dass glaubhaft erscheine, die Berufungsklägerin werde von Ziffer II.D.2.v. des US-Programmes erfasst (act. 2 S. 9, N 12), ist darauf hinzuweisen, dass im Verfahren nach Art. 261 ff. ZPO auch das Rechtliche vom Glaubhaftmachen er- fasst wird (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 6), weshalb es die Vorinstanz unabhängig davon, ob es sich um eine Rechts- oder – wie die Berufungsklägerin im Weiteren sinngemäss vorbringt (act. 2 S. 9, N 12) – um eine Tatfrage handelt, bei einer summarischen Prüfung bewenden lassen konnte. Gemäss Ziffer II.D.2.(b).v sind den US-Behörden Namen und Funktion von Relationship Managern, Kundenbera- tern, Vermögensverwaltern oder -beratern, Trustees, Treuhändern, Bevollmäch- tigten, Anwälten, Buchhaltern oder anderen Personen oder Gesellschaften, die einen Bezug zu Konten mit US-Bezug haben ("the name and the function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fi- duciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similiar capacity known by the Bank [...] vgl. act. 10/3/8 zweiter Teil, S. 4) zu

- 15 - melden. Dass die Vorinstanz nach summarischer Prüfung davon ausgegangen ist, dass darunter auch die Berufungsklägerin falle, da – entgegen der von der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren gemachten Einwendung (vgl. act. 3 E. A.II.1.10) – aufgrund der dort aufgeführten Funktionen fraglich erscheine, dass darunter nur bankexterne Mitarbeiter fallen würden, könnten diese Aufgaben doch auch durch bankinterne Mitarbeiter erfüllt werden (act. 3 E. A.II.3.2), ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Da die Berufungsklägerin diesbezüglich sodann insbesondere verlangt, dass diese Feststellung der Vorinstanz keine präjudizielle Wirkung entfalten könne, ist nochmals anzumerken, dass der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes festgestellte Sachverhalt von vornherein keine präjudizielle Wirkung für einen allfälligen nachfolgenden Zivilprozess entfaltet (vgl. vorstehend Ziff. III.2.2).

#### **E. 2.4**

Nicht einzugehen ist sodann auf die Rüge der Berufungsklägerin, wonach die Vorinstanz im Rahmen der Erwägungen zu Unrecht festgestellt habe, dass im zwischen der Schweiz und den USA geschlossene Joint Statement die Rechtsordnung der Schweiz respektiert werde (act. 2 S. 8 f. N 10 f. mit Verweis auf act. 3 E. B.I.2.1), zumal die Vorinstanz aus dieser Erwägung keine weiteren Schlüsse gezogen hat, die entsprechende Erwägung somit nicht entscheidrelevant war und im Übrigen – wie bereits (vorstehend Ziff. III.2.2) ausgeführt – die diesbezügliche Feststellung der Vorinstanz für einen allfälligen nachfolgenden Zivilprozess ohnehin keinerlei präjudizielle Wirkung hätte, weshalb die Berufungsklägerin dadurch von vornherein nicht beschwert ist. 3. Hinsichtlich des von der Berufungsklägerin gestützt auf diesen Sachverhalt geltend gemachten Hauptsachenanspruchs kann grundsätzlich zunächst auf die korrekten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach es sich bei der Bearbeitung der Personalien der Berufungsklägerin (als ehemalige Arbeitnehmerin der Berufungsbeklagten) um Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG ("Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen") handle, weshalb das Übermitteln oder Zugänglichmachen dieser Daten eine Bearbeitung nach Art. 3 lit. f i.V.m. lit. e DSG darstelle (act. 3 E. B.II.2.1.1).

- 16 -

#### **E. 3**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand 20. Oktober 2013, Art. 310 N 10). Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

#### **E. 3.1**

Wer Personendaten im vorgenannten Sinne bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Namentlich dürfen Personendaten gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich

vorgesehen ist. Die Missachtung der Zweckbindung hat grundsätzlich eine Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSGVO vorliegt (DAVID ROSENTHAL, in: DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum DSGVO, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 4 N 2 f., N 48). Art. 6 Abs. 1 DSGVO bestimmt für die grenzüberschreitende Bekanntgabe weiter, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Ist Letzteres der Fall, dann ist eine Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtswidrig. Art. 6 Abs. 2 DSGVO enthält jedoch eine Liste von Bedingungen, unter welchen die Bekanntgabe von persönlichen Daten ins Ausland erlaubt ist, auch wenn die Anforderungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind (BSK DSGVO-URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, 3. Auflage, Art. 6 N 22c). Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSGVO eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSGVO (Art. 13 Abs. 1 DSGVO), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSGVO) zu rechtfertigen vermag.

### **E. 3.2**

Entgegen dem (unbegründet vorgebrachten) Standpunkt der Berufungsklagen (vgl. act. 12 N 27) ist die Vorinstanz richtigerweise davon ausgegangen, dass die USA als Land zu gelten hätten, in welchem es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO an einer Gesetzgebung fehle, die einen angemessenen Schutz von Personendaten gewährleiste, weshalb grundsätzlich Art. 6 DSGVO der allgemeinen Bestimmung von Art. 12 DSGVO als *lex specialis* vorgehe (act. 3 E. B.II.2.1). Wie schon die Vorinstanz festgehalten hat, wird die USA auf der Liste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (fortan EDÖB) als Staat geführt, welcher grundsätzlich keinen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 - 17 - Abs. 1 DSGVO bietet (vgl. die Staatenliste des EDÖB, act. 10/3/23, aktuellste Version abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>), letztmals besucht am 3. März 2015). Zwar handelt es sich bei dieser Liste nicht um eine verbindliche Feststellung der Angemessenheit des Schutzniveaus einer ausländischen Gesetzgebung, doch stellt sie immerhin eine widerlegbare Vermutung auf, dass ein angemessener Schutz gegeben (oder eben nicht gegeben) ist (ROSENTHAL, a.a.O. Art. 6 N 30). Im Falle des US-Programms sind so- dann auch der gemeinsamen Erklärung (Joint Statement) des Eidgenössischen Finanzdepartementes und des US-Justizministeriums keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die USA den Datenschutz gewährleisten werden. Vielmehr behalten sich die USA explizit das Recht vor, dass die im Rahmen des US-Programmes zur Verfügung gestellten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwendet werden können (vgl. TOBIAS F. ROHNER/MICHAEL PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits mit den USA, in: Schweizer Treuhänder, 2013/10, S. 732 ff., S. 737). Damit ist nicht davon auszugehen, dass das US-Programm biete entgegen dem allgemeinen Datenschutzstandard der USA ausnahmsweise einen angemessenen Schutz für die in dessen Rahmen übermittelten Personendaten.

### **E. 3.3**

Dementsprechend ist die Übermittlung der Daten der Berufungsklägerin an die US-Behörden durch die Berufungsbeklagte grundsätzlich nach Art. 6 DSGVO zu beurteilen, wobei unter Verweis auf die diesbezüglich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz anzumerken ist, dass vorliegend von den in Art. 6 Abs. 2 DSGVO – abschliessend (vgl. MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 22c) – aufgeführten Rechtfertigungsgründen einzig derjenige des Vorliegens eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO in Frage kommt (vgl. act. 3 E. B.II.2.2.2). Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Begriff des öffentlichen Interesses wird entgegen dem dahingehenden Vorbringen der Berufungsklägerin (act. 2 S. 15, N 28) nicht durch Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO – wo als öffentliche Interessen namentlich die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft genannt werden – konkretisiert. Vielmehr sind die möglichen öffentlichen Interessen gemäss Art. 6 DSGVO nicht beschränkt, sondern es muss – wovon auch die Vorinstanz ausgegangen ist (vgl.

- 18 - act. 3 E. B.II.2.2.3) – irgendein öffentliches Interesse bejaht werden können (vgl. ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT, in: Eva Maria BELSER/ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Bern 2011, § 10 N 23). Ob ein allenfalls bestehendes öffentliches Interesse überwiegt, muss dabei unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt werden, wozu eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist (EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 N 23). Die Vorinstanz hat zur Klärung der Frage, ob ein die Herausgabe der Daten rechtfertigendes überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO gegeben sei, zunächst die jeweiligen Interessen an der Herausgabe bzw. Nichtherausgabe der fraglichen Personendaten gewürdigt (act. 3 E.B.II.2.5-7) und schliesslich unter dem Titel "Gesamtwürdigung" eine Abwägung zwischen den so aufgezeigten Interessen vorgenommen (act. 3 E. B.II.2.8). Bei dieser Interessenabwägung ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Interessen der Berufungsklägerin nach dem Gesagten etwas weniger stark zu gewichten seien, vor allem, weil sie nur in kleinem Ausmass mit US-Kunden und US-Konti zu tun gehabt habe. Die Interessen der Berufungsbeklagten würden daher diejenigen der Berufungsklägerin leicht überwiegen (act. 3 E. B.II.2.8.2).

### **E. 3.4**

Die Berufungsklägerin rügt nunmehr, dass die Vorinstanz einerseits die jeweiligen im Raum stehenden Interessen falsch gewürdigt habe (act. 2 S. 9 ff. N 13 ff. und S. 22 ff., N 47 ff.) und diese andererseits im Rahmen der Gesamtwürdigung falsch gegeneinander abgewogen habe (act. 2 S. 28 ff.; N 62 ff.). Da eine Interessenabwägung nur vorzunehmen ist, wenn überhaupt öffentliche Interessen glaubhaft gemacht wurden, ist nachstehend zunächst auf die von der Vorinstanz vorgenommene Ermittlung und Würdigung der öffentlichen Interessen einzugehen:

### **E. 3.5**

Bei der Ermittlung der (öffentlichen) Interessen hat die Vorinstanz zunächst ausgeführt, dass als Interessen der Berufungsbeklagten die Bereinigung der bis anhin nicht versteuerten US-Guthaben und, damit zusammenhängend, der Abschluss eines Non-Prosecution-Agreements [fortan NPA], das letztlich der Vermeidung einer Strafklage in den USA diene, zu nennen seien. Weiter zu nennen seien als Interessen der Berufungsbeklagten die Vermeidung eines möglichen

- 19 - Reputationsschadens und die Abwendung eines finanziellen Schadens (act. 3 E. B.2.5.1). Bezüglich all dieser Interessen hielt die Vorinstanz in der Folge jedoch fest, dass diese in erster Linie als private Interessen der Berufungsbeklagten zu qualifizieren seien; solange sich die Berufungsbeklagte im Bereich von Art. 6 Abs. 2 DSG auf eigene (existenzielle) Interessen berufe, würden diese keine öffentlichen Interessen darstellen (act. 3 E. B.II.2.5.1).

### **E. 3.5.1**

Die Berufungsklägerin stimmt der Vorinstanz grundsätzlich insoweit zu, als dass diese die vorgenannten Interessen als private Interessen der Berufungsbeklagten bezeichnet hat. Weiter hält sie diesbezüglich fest, dass die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz damit grundsätzlich irrelevant und unbeachtlich seien, da nur öffentliche Interessen als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG in Frage kommen könnten (act. 2 S. 9 f., N 13 f.). Jedoch habe die Vorinstanz bei den als privat qualifizierten Interessen der Berufungsbeklagten teilweise Mutmassungen aufgestellt, auf welche sie bei den Erwägungen zu den öffentlichen Interessen teils direkt teils implizit Bezug genommen und damit letztlich die Erwägungen zu den privaten Interessen in unzulässiger Weise in die Interessenabwägung habe einfließen lassen (act. 2 S. 10, N 16). Namentlich habe die Vorinstanz an dieser Stelle die Mutmassung aufgestellt, dass das DoJ – falls die Daten der Berufungsklägerin nicht geliefert würden – allenfalls mit der Berufungsbeklagten kein NPA abschliessen werde und Letztere darum ihren Teil zur Klärung des Steuerstreits mit den USA nicht werde beitragen können bzw., dass deswegen das US-Programm sogar gesamthaft beendet werden könnte (act. 2 S.10 ff., N 17 f.). Ausserdem habe die Vorinstanz die Mutmassung aufgestellt, dass nur durch den Abschluss eines NPA eine Strafklage verhindert werden könne und dass eine solche – unabhängig vom Einzelfall der Bank – in jedem Fall existenziell sein werde (act. 2 S. 12 ff., N 19 ff.). Diese Mutmassungen seien falsch und könnten so nicht als erstellt gelten (act. 2 S. 10 ff, N 17 ff.).

### **E. 3.5.2**

Mit diesem Vorbringen rügt die Berufungsklägerin im Wesentlichen, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die aus der Nichtlieferung der Daten der Berufungsklägerin gezogenen Schlüsse glaubhaft seien. Da die Berufungsklägerin diese Rüge bei den von der Vorinstanz ermittelten öffentlichen Inte-

- 20 - ressen wiederholt und weiter konkretisiert, ist auf diese Rüge gesamthaft nachstehend (Ziff. III.3.5.7) einzugehen.

### **E. 3.5.3**

Bezüglich des Vorliegens eigentlicher öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG wurde im vorinstanzlichen Entscheid festgehalten, dass bei der Berufungsbeklagten durchaus auch öffentliche Interessen an der Herausgabe der Personendaten auszumachen seien. Diese würden zum einen darin liegen, dass eine Strafklage in den USA im Falle einer Existenzbedrohung auch Arbeitsplätze hier in der Schweiz kosten könnte. Die Berufungsbeklagte sei hingegen nicht als systemrelevante Bank einzustufen, so dass auch nicht gesagt werden könne, ihre Existenz sei für den Bankenplatz Schweiz essentiell. Als eine von vielen in den Steuerstreit involvierten Schweizer Banken, sei zum andern eine Bereinigung des Steuerstreits zwischen der Berufungsbeklagten und den USA im Interesse der Schweiz. Letztlich sei für die – im öffentlichen Interesse liegende – Bereinigung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA von Bedeutung, dass möglichst viele am

US-Programm teilnehmende Banken ihre Situation mit den USA bereinigen (könnten). Daher könne als wichtiges öffentliches Interesse auch die Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den US-Behörden genannt werden. Dies liege im Interesse des Schweizer Finanzplatzes und damit auch der Schweiz. Nicht zuletzt könne ein Zusammenbruch der Berufungsbeklagten, wenn auch als vergleichsweise kleineres Bankinstitut, den Ruf des Schweizer Bankenplatzes schmälern. Weitere öffentliche Interessen seien vorliegend bei der Berufungsbeklagten nicht auszumachen. Zusammenfassend könne gesagt werden, dass in der Herausgabe der Personendaten der Gesuchstellerin an die US-Behörden und damit in der Vermeidung einer Klage in den USA resp. in der Bereinigung des Steuerstreits öffentliche Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO zu sehen seien (act. 3 E. B.II.2.5.2).

#### **E. 3.5.4**

Wie die Vorinstanz richtigerweise festgestellt hat (vgl. act. 3 E. B.II.2.2), stellt ein bloss überwiegendes privates Interesse keinen genügenden Grund dar, um die grenzüberschreitende Datenbekanntgabe zu rechtfertigen (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N 37). Die Berufungsklägerin rügt nunmehr diesbezüglich zunächst, dass die Vorinstanz dem privaten Interessen der Berufungsbeklagten an der

- 21 - Vermeidung einer Strafklage in den USA durch die Hintertür Gehör verschafft habe, indem ein vermeintliches öffentliches Interesse – Rettung von Arbeitsplätzen – vorgeschoben werde. Begründet wird dies damit, dass die Gefährdung von Arbeitsplätzen in der Schweiz einzig auf die Gefahr einer allfälligen existenzbedrohenden Strafklage in den USA zurückzuführen sei. Bei letzterem handle es sich um ein privates Interesse der Berufungsbeklagten, weshalb die Vorinstanz hier private und angebliche öffentliche Interessen vermische (act. 2 S. 17 f., N 33 f.).

#### **E. 3.5.5**

Dass überwiegende private Interessen keine nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO unzulässigen Datenherausgabe rechtfertigen könnten, bedeutet jedoch entgegen der von der Berufungsklägerin vorgebrachten Rüge nicht, dass sobald ein privates Interesse der Berufungsbeklagten vorhanden ist, kein öffentliches Interesse mehr bestehen kann. Vielmehr fliessen private und öffentliche Interessen zuweilen zwangsläufig ineinander und es ist durchaus vorstellbar, dass insbesondere die kumulierten privaten Interessen mehrerer Banken auch öffentliche Interessen darstellen können. Dementsprechend kann namentlich nicht – wie die Berufungsklägerin dies vorbringt (act. 2 S. 17 f., N 22) – von vornherein gesagt werden, dass die Rettung von Arbeitsplätzen in der Schweiz als öffentliches Interesse bereits darum keinen Eingang in die Gesamtwürdigung finden dürfe, weil der Verlust von Arbeitsplätzen Folge einer existenzbedrohenden Strafklage und damit eines privaten Interesses der Bank sein könnte. Vielmehr ist gerade die Erhaltung von Arbeitsplätzen durchaus ein vorstellbares öffentliches Interesse. Der Vorwurf der Berufungsklägerin, wonach die Vorinstanz private in öffentliche Interessen umdeute (act. 2 S. 16, N 30), erweist sich dementsprechend als unbegründet.

#### **E. 3.5.6**

Weiter rügt die Berufungsklägerin im Wesentlichen, dass die Vorinstanz ohne jegliche Begründung festhalte, die Bereinigung des Steuerstreites zwischen der Berufungsbeklagten und den USA liege im Interesse der Schweiz (act. 2 S. 18, N 35), und es sei für die Beilegung des Steuerstreits von Bedeutung, dass möglichst viele Banken ihre Situation mit

den USA bereinigen (könnten) (act. 2 S. 18 f., N 37). Es sei unglaublich, dass die Übermittlung des Namens der Berufungsklägerin eine tatsächliche Relevanz für die Beilegung des Steuerstreits habe und es sei schlicht abwegig, dass die amerikanischen Behörden das US-

- 22 - Programm beenden oder schon nur der Berufungsbeklagten den Abschluss eines NPA gestützt auf das Fehlen des einzelnen Namens der Berufungsklägerin verweigern könnten (act. 2 S. 18 f., N 36 und 38). Insbesondere verunmögliche ein Verbot bezüglich der Übermittlung der fraglichen Daten der Berufungsklägerin nicht die Übermittlung sämtlicher übrigen, von den USA verlangten Daten (act. 2 S. 19, N 38). Weiter gehe die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Verhinderung einer Schmälerung des Rufes des Bankenplatzes Schweiz infolge eines Zusammenbruchs der Berufungsbeklagten als öffentliches Interesse von der falschen Annahme aus, die Berufungsbeklagte müsse bei Nichtübermittlung der persönlichen Daten der Berufungsklägerin mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer existenziellen Strafklage in den USA rechnen; nur diese falsche Annahme führe zu einer Schmälerung des Rufes des Schweizer Bankenplatzes (act. 2 S. 20 f., N 43).

### **E. 3.5.7**

Wie schon mit dem vorstehend (Ziff. III.3.5.2) wiedergegebenen Vorbringen rügt die Berufungsklägerin auch hier im Westlichen, dass die Vorinstanz Schlüsse aus der Nichtübermittlung der Personendaten der Berufungsklägerin ziehe, welche Mutmassungen darstellen bzw. – anders ausgedrückt – nicht glaubhaft erscheinen würden. a) Die Last des Glaubhaftmachens entspricht grundsätzlich der Beweislast im ordentlichen Prozess (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 5), weshalb die von der Datenbearbeitung betroffene Person im Massnahmeverfahren grundsätzlich die Persönlichkeitsverletzung und der Datenbearbeiter das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes glaubhaft zu machen hat (vgl. RAMPINI, a.a.O., Art. 15 N 3; ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N 37). Damit war es vorliegend an der Berufungsbeklagten als Datenbearbeiterin, glaubhaft darzulegen, welche Konsequenzen eine Nichtübermittlung der Personendaten der Berufungsklägerin haben würde und welche (überwiegenden) öffentlichen Interessen sich daraus ergeben würden. b) Zu den möglichen Konsequenzen einer Nichtübermittlung der Daten der Berufungsklägerin hat die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren namentlich vorgebracht (vgl. act. 10/10 N 49-55), dass es – um ein NPA abzuschlies-

- 23 - sen zu können – einer rechtzeitigen und vollständigen Übermittlung der von den US-Behörden verlangten Informationen bedürfe. Sollte die Übermittlung scheitern, sei das Zustandekommen des NPA in Gefahr (act. 3 E. B.II.2.3.1). Ausserdem sei die Vollständigkeit der Datenlieferung nicht nur vorliegend, sondern ganz generell von grosser Bedeutung, hätten sich die US-Behörden gemäss US-Programm (Ziff. V.C. des US-Programms) doch das Recht vorbehalten das US-Programm zu beenden, sollten die Datenübermittlungen der Schweizer Banken nicht vollständig sein (act. 3 E. B.II.2.3.1). Hierbei hat die Berufungsbeklagte insbesondere auf das Joint-Statement (act. 10/3/8 erster Teil) sowie das US-Programm (act. 10/3/8 zweiter Teil) verwiesen (vgl. act. 10/10 N 53 und 54). c) Grundsätzlich ist der Berufungsbeklagten dahingehend zuzustimmen, dass im US-Programm vorgeschrieben wird, dass jede Schweizer Bank, welche ein NPA beantrage, vollständig kooperieren müsse (vgl. act. 10/3/8 zweiter Teil, S. 3 Ziff. II.D). Allerdings bleibt das US-Programm bei den Konsequenzen einer unvollständigen Kooperation eher vage, zumal – wie die Berufungsbeklagte selbst anerkennt (act. 12 N 37) – es ins alleinige Ermessen des DoJ ("in its sole discretion"; vgl. Art. 103/8 zweiter Teil, S. 11 Ziff. II.J.)

gestellt wird, vom Abschluss eines NPA abzusehen, sofern sich die gelieferten Daten als unvollständig erweisen sollten. Abgesehen von der sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergebenden Möglichkeit der Verweigerung des Abschlusses eines NPA bei unvollständiger Datenlieferung hat die Berufungsbeklagte indes keinerlei objektiven Anhaltspunkte vorgebracht, die glaubhaft erscheinen lassen würden, dass das DoJ jeder Bank, welche der ihr obliegenden Pflicht zur Lieferung von Mitarbeiterdaten nicht vollständig nachgekommen ist, den Abschluss eines NPA verweigern wird (vgl. act. 12 N 35 ff., N 37). Zwar muss der Richter zur Glaubhaftmachung nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung überzeugt werden; indes sind zumindest objektive Anhaltspunkte darzulegen, die den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit vermitteln (THOMAS ROHNER/MATTHIAS WIGET, in: MIRIAM A. GEHRI/MICHAEL KRAMER, Kommentar zur ZPO, Zürich 2010, Art. 261 N 10; BGE 88 I 11 E. 5a). Zum heutigen Zeitpunkt liegen jedoch eben gerade keine objekti-

- 24 - ven Anhaltspunkte vor, die glaubhaft erscheinen lassen würden, dass das DoJ der Berufungsbeklagten den Abschluss eines NPA verweigern wird, sofern sie die Daten der Berufungsklägerin nicht liefert. Vielmehr erscheint zur Zeit völlig offen, wie das DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen reagieren wird. Deshalb wäre diesbezüglich im Massnahmeverfahren richtigerweise von Beweislosigkeit auszugehen gewesen. Die Vorinstanz ist damit zu Unrecht davon ausgegangen, es erscheine glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte im Falle der Nichtlieferung der Daten kein NPA werde abschliessen können; da sie dies (sowie das Drohen einer existenziellen Strafklage) als Grundlage der von ihr ermittelten öffentlichen Interessen (Verlust von Arbeitsplätzen in der Schweiz, Schädigung des Rufes des Finanzplatzes Schweiz, etc.) vorausgesetzt hat, erweisen sich die von der Vorinstanz ermittelten öffentlichen Interessen insgesamt als nicht glaubhaft. d) Zu ergänzen ist Folgendes: Selbst wenn die von der Vorinstanz vorgenommene Würdigung der Interessen der Berufungsklägerin (vgl. act. 3 E. B.II.2.7) sowie der öffentlichen Interessen (vgl. act. 3 E. B.II.2.5.2 f.) als richtig angesehen würde, wäre in der Folge eine Interessenabwägung im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Die Vorinstanz ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Interessen der Berufungsklägerin etwas weniger stark zu gewichten seien, vor allem weil sie nur in kleinem Ausmass mit US-Kunden und US-Konti zu tun gehabt habe. Die Interessen der Berufungsbeklagten würden daher diejenigen der Berufungsklägerin leicht überwiegen (act. 3 E. B.II.2.8.2). Diese Würdigung wird von der Berufungsklägerin zu Recht als unrichtig gerügt (vgl. act. 2 S. 28 ff, N 62 ff.). Bezogen auf den Einzelfall wäre viel mehr zu beachten gewesen, dass die Daten der Berufungsklägerin nur einen sehr kleinen Teil der gesamthaft durch die Berufungsbeklagte zu liefernden Daten ausmachen und deshalb das Interesse der Berufungsbeklagten an der Lieferung dieser kleinen Menge an Daten angesichts der gesamthaft von ihr zu liefernden Datenmenge eher als gering einzuschätzen ist. Dies umso mehr, als die Vorinstanz selbst davon ausgegangen ist, dass darüber, wie die US-Behörden die erhaltenen Personendaten letztlich verwerten und was sie damit anfangen würden, Ungewissheit herrsche (act. 3 E. B.II.2.7.3), sie es aber im konkreten Falle der Berufungsklägerin doch zumindest für möglich hielt,

- 25 - dass diese bei der Einreise in die USA zwecks Befragung an- bzw. festgehalten werden könnte (act. 3 E. B.II.2.7.2; B.II.2.7.9). Bereits deshalb wäre dem grundrechtlich geschützten Interesse der Berufungsklägerin an der informationellen Selbstbestimmung bzw. an der Verhinderung der Zweckentfremdung ihrer Daten und des Verlustes der

Kontrolle über die Datenverarbeitung durch Übermittlung ihrer Personendaten in ein Land ohne angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO einstweilen der Vorzug gegenüber dem Interesse der Berufungsbeklagten an der Lieferung der Daten zu geben und die definitive Interessenabwägung dem ordentlichen Gericht vorzubehalten gewesen. Die Vorinstanz würdigt bei der von ihr vorgenommenen Interessenabwägung unrichtigerweise sodann nicht den konkreten Einzelfall, geht sie doch bei der von ihr vorgenommenen Interessenabwägung implizit davon aus, dass der gesamte Steuerstreit, d.h. bezüglich aller Schweizer Banken, nur dann bereinigt werden könne, wenn alle Daten und damit auch die Daten der Berufungsklägerin geliefert würden. Daraus ergäbe sich als Konsequenz, dass immer – unabhängig vom konkreten Einzelfall – die Interessen der Bank als überwiegend anzusehen wären. Anzuführen ist hierzu, dass insgesamt nicht glaubhaft erscheint und wovon die Vorinstanz entsprechend unrichtigerweise ausgegangen ist, dass das DoJ das gesamte US-Programm, d.h. hinsichtlich aller teilnehmenden Schweizer Banken, aufgrund der unvollständigen Datenlieferung einer oder einzelner Banken beenden könnte. Die Berufungsbeklagte beruft sich in diesem Zusammenhang auf Ziffer V.C. des US-Programmes (vgl. act. 10/3/8 zweiter Teil, S. 11). In dieser wird zwar tatsächlich eine allfällige Beendigung nach Ermessen des DoJ vorbehalten ("may be terminated by the Departement"). Indessen bezieht sich diese Klausel auf eine von der Schweiz in Ziffer 2 des Joint Statement abgegebene Erklärung, wonach diese beabsichtige, die Schweizer Banken auf die Programmbedingungen aufmerksam zu machen, und diese ermutige, ihre Teilnahme daran zu erwägen ("to draw the attention of the Swiss Banks to the terms of the Program and encourages them to consider participating therein" vgl. act. 10/3/8 erster Teil). Ziffer V.C. des US-Programmes stellt nunmehr die Beendigung des gesamten US-Programmes in das Ermessen des DoJ, sofern es der Schweiz nicht gelingen sollte, gemäss der von ihr abgegebenen Erklärung die Schweizer Banken dazu zu

- 26 - bringen, eine Teilnahme am US-Programm in Erwägung zu ziehen ("Should Switzerland fail to provide or act to withdraw such encouragement, [...] this Program may be terminated by the Departement") bzw. wenn rechtliche Hindernisse eine effektive Teilnahme der Schweizer Banken am US-Programm verhindern sollten ("[...] or should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program [...]"). Diese Klausel betrifft damit nicht die Teilnahme der Banken an sich, sondern die Unterstützung des US-Programmes durch die Schweizer Regierung. Da es ferner jedem Finanzinstitut freigestellt ist, ob und in welchem Umfang es am US-Programm teilnehmen will, und zwar unabhängig davon, ob andere Bankinstitute am Programm teilnehmen oder den Vorgaben des Programmes nachkommen können, erscheint ein Abbruch des US-Programmes aufgrund der Nichtlieferung der Daten der Berufungsklägerin nicht glaubhaft. e) Zusammenfassend erweist sich damit die Rüge der Berufungsklägerin, wonach die Vorinstanz die von der Berufungsbeklagten vorgebrachten Konsequenzen einer Nichtlieferung der Personendaten der Berufungsklägerin zu Unrecht als glaubhaft angesehen habe und daraus zu Unrecht geschlossen habe, dass (überwiegende) öffentliche Interessen vorliegen würden, als begründet. Die Vorinstanz ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich unzulässige Bekanntgabe der Daten der Berufungsklägerin durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt werden könne. Die Berufung ist damit grundsätzlich gutzuheissen.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz hat aufgrund der zu Ungunsten der Berufungsklägerin ausgefallenen Hauptsachenprognose keine Beurteilung des der Berufungsklägerin drohenden nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils im Sinne Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO vorgenommen (act. 3 E. B.II.2.9.2). Da eine solche nunmehr trotzdem vorzunehmen ist, stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Rückweisung an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz entweder einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Diese Gesetzesvorschrift stellt ihrem Wortlaut nach eine Kannvorschrift dar. Anstelle einer Rückwei-

- 27 - sung kann die Berufungsinstanz auch selber über einen von der Vorinstanz nicht beurteilten Punkt entscheiden. Es ist dabei nach pflichtgemäßem Ermessen eine Abwägung zwischen der Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses und der Prozessbeschleunigung zu treffen, wobei der Regelfall die neue Entscheidung des Berufungsgerichtes darstellt und die Rückweisung die Ausnahme bildet (vgl. dazu ZK ZPO-REETZ/HILBER, 2.Aufl., Art. 318 N 25 f.). Vorliegend ist zu beachten, dass nicht nur die Frage zu beantworten ist, ob die Berufungsklägerin glaubhaft gemacht hat, dass ihr aus der (erwägungsgemäss glaubhaft erscheinenden) drohenden Persönlichkeitsverletzung ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO droht und ob – bejahendenfalls – das beantragte Verbot der Herausgabe der Personendaten der Berufungsklägerin als verhältnismässig erscheint (vgl. ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 29 ff.). Vielmehr ist von der Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren über das vorliegend behandelte Begehren betreffend die Nichtherausgabe personenbezogener (nicht anonymisierter) Daten hinaus beantragt worden, es sei der Berufungsbeklagten ausserdem zu verbieten, anonymisierte ("redacted") Daten, in welchen der Name der Berufungsklägerin anonymisiert werde, an Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika, insbesondere an das DoJ, herauszugeben (act. 10/1 S. 2). Eventualiter sei der Berufungsbeklagten immerhin zu verbieten, jegliche Daten betreffend die Berufungsklägerin an Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika, insbesondere an das DoJ herauszugeben, ohne den Namen und die persönlichen Angaben der Berufungsklägerin vorgängig gemäss den Anordnungen des Gerichts zu anonymisieren, in einer Weise, die eine Identifizierung der Berufungsklägerin verunmögliche (act. 10/1 S. 2 f.). Dementsprechend ist im vorliegenden Verfahren auch noch die Frage offen, ob die Berufungsklägerin glaubhaft gemacht hat, dass auch bei der Herausgabe von anonymisierten Daten eine Verletzung ihrer Persönlichkeit zu befürchten ist oder ob – wie die Berufungsbeklagte im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat (vgl. act. 10/10 N 75) – die Berufungsklägerin durch die Herausgabe anonymisierter Daten nicht in ihrer Persönlichkeit betroffen ist und entsprechend keine Persönlichkeitsverletzung droht. Da damit ein wesentlicher Teil der Klage noch zu

- 28 - beurteilen ist, erscheint vorliegend zur Wahrung des Instanzenzuges eine Rückweisung des Verfahrens angebracht.

## **E. 5**

Vorzumerken ist, dass infolge der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vom 22. September 2014 die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 15. Juli 2014 (vgl. act. 10/4) für die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens getroffenen superprovisorischen Massnahmen weiterhin Geltung haben. Mithin ist es der Berufungsbeklagten bis zu einer neuen Entscheidung der ersten Instanz unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen

Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall weiterhin verboten, jegliche Daten betreffend die Berufungsklägerin, insbesondere auch keine Listen oder anonymisierten ("redacted") Daten, worin der Name der Berufungsklägerin genannt bzw. anonymisiert wird, an Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika, insbesondere an das US Department of Justice, herauszugeben. IV. Wird die Sache vollumfänglich an die Vorinstanz zurückgewiesen, ist lediglich über die zweitinstanzlichen Kosten zu entscheiden (SEILER, a.a.O., § 17 N 1565). Da die Berufungsklägerin vom tt.mm.2000 bis tt.mm.2010 in verschiedenen Positionen bei der Berufungsbeklagten angestellt war und sie sich vorliegend auf den Schutz ihrer Persönlichkeit stützt, um eine Datenweitergabe durch die Berufungsbeklagte zu verhindern, ist von einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit arbeitsrechtlichen Ursprungs auszugehen, weshalb das Verfahren gemäss Art. 114 lit. c ZPO kostenfrei ist, was aber die Zusprechung einer Parteientschädigung nicht ausschliesst (vgl. OGer ZH, PF140059 vom 16. Dezember 2014, E. II.1, zugänglich über [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch), Rubrik: Entscheide). Für das zweitinstanzliche Verfahren sind dementsprechend keine Kosten zu erheben. Der von der Berufungsklägerin erhobene Kostenvorschuss ist dieser – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückzuerstatten. Die Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren sind mit dem Entscheid der - 29 - Vorinstanz zu überlassen. Die Entschädigung für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen. Es wird erkannt:

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