

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss vom 7. November 2016

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder
Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 9. Mai 2016 (AN150058-L)**

Rechtsbegehren der Klägerin:

(Urk. 4/1 S. 2; Urk. 4/40 S. 2)

1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe und geschäftsführenden Personen wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB für den Zuwiderhandlungsfall zu verbieten, Personendaten der Klägerin dem US Department of Justice ("DoJ") oder anderen US-Behörden bekannt zu geben bzw. zu übermitteln;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt) zulasten der Beklagten.

ursprüngliches Rechtsbegehren der Beklagten:

(Urk. 4/13 S. 2)

Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, einschliesslich einer Entschädigung für das Schlichtungsverfahren.

modifiziertes Rechtsbegehren der Beklagten:

(Urk. 4/34 S. 2)

Es sei das Verfahren mit Bezug auf die streitgegenständliche Übermittlung von Personendaten der Klägerin im Rahmen der sog. II.D.2-Tabelle an das Department of Justice (DoJ) als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Im Übrigen sei auf die Klage nicht einzutreten bzw. sei die Klage abzuweisen.

Unter Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen des Gerichts.

Zwischenentscheid des Arbeitsgerichts, 3. Abteilung, vom 9. Mai 2016:

(Urk. 4/50 = Urk. 2 S. 6)

1. Der Antrag der Beklagten auf Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit wird abgewiesen.
2. Der Prozess wird dementsprechend fortgesetzt und es werden der Beklagten die ihr mit Verfügung vom 27. November 2015 angesetzten Fristen (Disp. Ziff. 2 und 3) neu eröffnet.
Die neu eröffneten Fristen beginnen mit der Zustellung des vorliegenden Entscheides zu laufen. Sie sind nur noch einmal um höchstens 10 Tage erstreckbar.
3. [Schriftliche Mitteilung.]
4. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage.]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2; Urk. 6 S. 2):

1. Es sei der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 9. Mai 2016 (AN150058-L), Dispositiv Ziff. 1 und 2, aufzuheben.
2. Es sei das Verfahren mit Bezug auf die streitgegenständliche Übermittlung von Personendaten der Klägerin im Rahmen der sog. II.D.2-Tabelle an das Departement of Justice (DoJ) als gegenstandslos geworden abzuschreiben.
3. Im Übrigen sei auf die Klage nicht einzutreten bzw. sei die Klage abzuweisen.

Unter Verteilung der Prozesskosten für das erstinstanzliche Verfahren nach Ermessen des Gerichts, und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für dieses Rechtsmittelverfahren zulasten der Klägerin.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 9):

Es sei die Berufung abzuweisen und es sei der Beschluss des Arbeitsgerichts vom 9. Mai 2016 (AN150058-L) zu bestätigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Am 25. Mai 2015 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) beim Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung (fortan: Vorinstanz), die Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren ein (Urk. 4/1 S. 2). Am 18. September 2015 erstattete die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) die Klageantwort mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klage, soweit auf die Klage einzutreten sei (Urk. 4/13 S. 2). In der Folge verfügte die Vorinstanz – nach diversen Stellungnahmen der Parteien zu prozessualen Anträgen – mit Präsidialverfügung vom 27. November 2015 über von beiden Parteien beantragte Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 156 ZPO (Urk. 4/30). Demnach wurde der Beklagten Frist angesetzt, um der Vorinstanz in einem verschlossenen Kuvert die

Klageantwortbeilagen 3 - 5 (Urk. 4/15/3-5) in ungeschwärzter Form einzureichen (Urk. 4/30 S. 6). Nach mehrfach erstreckter Frist zum Einreichen der verlangten Urkunden änderte die Beklagte mit Eingabe vom 11. Januar 2016 ihr ursprüngliches Rechtsbegehren und verlangte neu, es sei das Verfahren mit Bezug auf die streitgegenständliche Übermittlung von Personendaten der Klägerin im Rahmen der II.D.2-Tabelle an das Departement of Justice als gegenstandslos abzuschreiben. Im Weiteren sei auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 4/34 S. 2). Nach Einholen einer Stellungnahme seitens der Klägerin erliess die Vorinstanz am 9. Mai 2016 den eingangs genannten Beschluss (Urk. 2 S. 6).

2. Dagegen erhob die Beklagte mit Blick auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz innert 10-tägiger Frist Berufung, eventualiter Beschwerde mit den eingangs genannten Anträgen. Ausserdem stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, es sei dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2016 nahm die erkennende Kammer die Eingabe der Beklagten als Berufung entgegen und trat entsprechend auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ein (Urk. 5). Mit Eingabe vom 3. Juni 2016 ergänzte die Beklagte ihre Berufungsschrift innert noch laufender, 30-tägiger Berufungsfrist (Urk. 6). Nach Ablauf der Berufungsfrist (Urk. 4/51/1) wurde der Klägerin am 15. Juni 2015 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 7). Die Berufungsantwort datiert vom 17. August 2016 (Urk. 9; der Beklagten am 19. August 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 12). Nach mehreren Stellungnahmen der Parteien, die der Gegenpartei jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 15 ff.), kündigte die erkennende Kammer den Parteien am 11. Oktober 2016 an, dass das Verfahren spruchreif und in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist (Urk. 19).

II.

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft

sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass die Beklagte – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz aufzeigt, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhebt und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGE 142 III 271 E. 2.2; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2; BGer 4A_382/2015 vom 04. Januar 2016, E. 11.3.1). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften oder die blosser Wiederholung von bereits vor Vorinstanz Vorgetragenem sind namentlich dann unzulässig bzw. nicht genügend, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Beklagten auseinandergesetzt hat. Wenn die Beklagte eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts rügt, muss sie aufzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, muss die Beklagte in der Berufungsbegründung explizit darauf hinweisen, dass die entsprechenden Umstände bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 34 ff.). Was für die Begründung der Berufung gilt, gilt auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGE 142 III 271 E. 2.2).

III.

1.1. Die Klägerin war vom 7. August 1995 bis 31. Januar 2013 bei der Beklagten angestellt. Sie war im Unternehmensbereich Private Clients Schweiz, Region Mittelland, als Relationship Manager im Rang eines Assistant Vice President tätig (Urk. 4/5/4). Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im Steuer-

streit zwischen den USA und verschiedenen Schweizer Banken, zu denen auch die Beklagte gehört. Um den Steuerstreit beizulegen, unterzeichneten das Eidgenössische Finanzdepartement einerseits und das Department of Justice der Vereinigten Staaten von Amerika (fortan: DoJ) andererseits am 29. August 2013 ein "Joint Statement". Darin sollte der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Banken mit den US-Behörden festgelegt werden (Urk. 4/15/25). Bei den Akten liegt weiter das sogenannte US-"Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks" vom 29. August 2013 (fortan: US-Programm), welches Vorgaben enthält, unter welchen Bedingungen die zur Zeit der Veröffentlichung des US-Programms nicht in US-Steuer- und/oder Strafverfahren verwickelte Schweizer Banken ihre Situation im Rahmen einer Vereinbarung direkt und ohne Anklageerhebung mit dem DoJ regeln können (Urk. 4/15/26).

1.2. Das DoJ eröffnete bereits im Juli 2011 eine Untersuchung gegen die Beklagte wegen ihres Geschäfts zur Betreuung ausländischer Kunden (sog. Crossbordergeschäft; Urk. 4/13 S. 9, Urk. 4/15/9). Da das US-Programm wie gesagt nur für diejenigen Banken den Rahmen zum Abschluss von Vergleichen vorgibt, die im Zeitpunkt der Veröffentlichung des US-Programms noch nicht in eine Untersuchung in den USA verwickelt waren (Urk. 4/15/26), ist es auf die Beklagte nicht direkt anwendbar. Trotzdem ist das US-Programm für die Beklagte insofern massgebend, als diese mit dem DoJ am 19. Mai 2014 zur Beendigung der strafrechtlichen Auseinandersetzung und Verhinderung einer Anklageerhebung in den USA ein "Plea Agreement" schloss, welches auf das US-Programm verweist (Urk. 4/13 S. 21 f.; Urk. 4/15/29). Insbesondere verpflichtete sich die Beklagte im genannten "Plea Agreement", sämtliche in den Abschnitten II.D.1 und II.D.2 des US-Programms geforderten Angaben und Nachweise zu erbringen (Urk. 4/15/29 S. 5). Damit hat die Beklagte sämtliche Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug für den Zeitraum ab 1. August 2008 offenzulegen, wozu auch die Namen und Funktion aller Bankangestellten, welche solche Konten betreut haben, gehören (Ziffer II/D/2/b/v US-Programm, Urk. 4/15/26 S. 4).

1.3. Mit Verfügung vom 16. Juli 2013 erteilte das Eidgenössische Finanzdepartement der Beklagten die Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat durch Datenlieferungen. Am 6. Juli 2015 wurde die Bewilligung um weitere drei Jahre verlängert (Urk. 4/15/23-24). Die Beklagte entschloss sich in der ersten Jahreshälfte 2014 dazu, im Rahmen des abgeschlossenen "Plea Agreements" dem DoJ unter anderem Daten zu liefern, welche auch die Klägerin betreffen. Die Beklagte richtete am 7. Juli 2014 ein entsprechendes Schreiben an die Klägerin und teilte ihr mit, dass sie beabsichtige, dem DoJ im Sinne des US-Programms die Namen aller Mitarbeitenden zu melden, welche mit Konten mit US-Bezug zu tun gehabt hätten. Auf der dem DoJ zu übermittelnden "Flow-of-Funds"-Übersicht erscheine mit Bezug auf den Kunden mit der Relationship-ID ... auch ihr Name (Urk. 4/5/5). Die Klägerin widersetzte sich diesem Vorhaben und erhob Klage (Urk. 4/5/6-7, Urk. 4/1 und Urk. 4/3).

2. Zum bisherigen Verlauf des erstinstanzlichen Prozesses kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (E. I.1.). Mit Eingabe vom 11. Januar 2016 änderte die Beklagte ihr ursprüngliches Rechtsbegehren und machte geltend, sie habe sich darum bemüht, eine für alle Beteiligten befriedigende Lösung zu finden. Sie habe nun erreicht, dass im Rahmen der II.D.2-Tabelle gemäss US-Programm mit Bezug auf bestimmte, anonym gebliebene Kundenbeziehungen keine Namen von Relationship Managern an das DoJ geliefert werden müssten. Darüber hinaus ändere sich an den Verpflichtungen der Beklagten aus dem "Plea Agreement" aber nichts. Unter den Kundenbeziehungen, für welche das DoJ im Rahmen der II.D.2-Tabelle des US-Programms auf Namen von Relationship Managern verzichtet habe, befinde sich auch die in Frage stehende Kundenbeziehung ID Als Beweis für den Verzicht des DoJ offerierte die Beklagte die Einnahme von Rechtsanwalt C._____ als Zeugen (Urk. 4/34 S. 3). Gleichentags sandte sie ein Schreiben an die Klägerin und teilte ihr mit, dass sie die an die Klägerin gerichtete Ankündigung vom 7. Juli 2014 betreffend die Übermittlung ihrer Personendaten im Zusammenhang mit der Tabelle gemäss Ziffer II.D.2. des US-Programms zurückziehe, weshalb die Klägerin das Schreiben vom 7. Juli 2014 als gegenstandslos betrachten könne (Urk. 4/36/2).

3.1. Nach dem vorinstanzlichen Prozessstandpunkt der Beklagten entfällt mit dem Rückzug der Notifikation vom 7. Juli 2014 der Grund für die Klage und das Rechtsschutzinteresse der Klägerin. Der Prozess sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Soweit die Klägerin über die Übermittlung von Personendaten im Rahmen der II.D.2-Tabelle hinausgehend der Beklagten ganz generell verbieten wolle, sie betreffende Personendaten an das DoJ oder andere US-Behörden bekannt zu geben, sei das klägerische Rechtsbegehren unzulässig weit gefasst. Für dieses weitgefaste Rechtsbegehren bestehe kein Rechtsschutzinteresse. Die Beklagte habe gegenüber zahlreichen Behörden im In- und Ausland Informationspflichten. Sie habe ausserdem im Rahmen des mit dem DoJ geschlossenen "Plea Agreements" Kooperationspflichten, die über die Lieferung der II.D.2-Tabelle hinausgehen würden. Ob die Beklagte zur Erfüllung solcher Informationspflichten in der Zukunft je Personendaten der Klägerin bekanntgeben oder übermitteln müsse, und falls ja in welchem Zusammenhang, lasse sich heute nicht sagen. Dies könne auf jeden Fall nicht von vornherein und allgemein ausgeschlossen werden. Die Klägerin könne der Beklagten nicht auf Vorrat jedwede zukünftige Bearbeitung von Personendaten verbieten lassen. Vielmehr wäre dannzumal eine Einzelfallprüfung im Sinne einer datenschutzrechtlichen Interessenabwägung vorzunehmen. Die Beklagte hätte die Klägerin entsprechend erneut zu notifizieren und die Klägerin könnte sich dagegen zur Wehr setzen (Urk. 4/34 S.4 f.).

Die Beklagte machte sodann geltend, die Klägerin habe mit der Klageschrift aufzeigen wollen, dass die vorgesehene Übermittlung ihrer Daten im Rahmen der II.D.2-Tablelle rechtswidrig sei, da sie die fragliche Kundenbeziehung nie betreut habe und die Beklagte im Übrigen an der Übermittlung dieses *einen* Datensatzes keine Interesse habe. Genau auf die Übermittlung dieses *einen* Datensatzes verzichte die Beklagte nun. Weshalb das Verfahren dennoch weitergeführt werden solle, sei unerfindlich. Die drohende Verletzung sei vielmehr durch den Rückzug der Notifikation vom 7. Juli 2014 entfallen und damit auch das Rechtsschutzinteresse (Urk. 4/46 S. 4 f.).

3.2. Die Klägerin stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, der Unterlassungsanspruch gemäss Art. 15 Abs.1 DSG beinhalte sowohl die gegenwärtige

nach wie vor drohende als auch jede erneute künftige Verletzung ihrer Persönlichkeit durch die widerrechtliche Bekanntgabe ihrer Personendaten in die USA (Urk. 4/40 S. 3). Die Klägerin bestreite, dass das DoJ im Rahmen der II.D.2-Tabelle mit Bezug auf bestimmte, anonym gebliebene Kundenbeziehungen auf die Bekanntgabe von Daten verzichtet habe. Der Rückzug der Beklagten sei viel mehr vor dem Hintergrund der Präsidialverfügung vom 27. November 2015 zu verstehen, in welcher die Beklagte verpflichtet worden sei, die Klageantwortbeilagen 3-5 vollständig in ungeschwärzter Form dem Gericht einzureichen. Mit den Unterlagen hätte bewiesen werden können, dass die Klägerin nichts mit dem fraglichen US-Kunden zu tun gehabt habe und die Beklagte den Namen der Klägerin rechtswidrig ans DoJ habe liefern wollen (Urk. 4/40 S. 4). Dabei spreche das Verhalten der Beklagten, die Frist zur Einreichung der ungeschwärzten Klageantwortbeilagen mehrfach zu verschieben, Bände. Die Vorbereitung und Einreichung von drei bereits existierenden Beilagen in ungeschwärzter Form bedürfe keines Aufwandes. Dem könnten weder hohe Arbeitsbelastung noch irgendwelche Ferienabwesenheiten entgegengestanden haben. Fakt sei, dass die Beklagte die Fristerstreckungen dazu habe nutzen wollen, um eine neue Eingabe vorzubereiten, in welcher sie neu behaupte, die Einreichung der verlangten Klagebeilagen würde sich mangels Rechtsschutzinteresses der Klägerin am Unterlassungsanspruch erübrigen. Die Beklagte versuche mit rechtsmissbräuchlichen Mitteln, ein Obsiegen der Klägerin vor Gericht zu verhindern (Urk. 4/40 S. 4 f.).

Die Klägerin brachte ausserdem vor, die Behauptungen der Beklagten, wonach das DoJ plötzlich auf die Herausgabe von Informationen zur Kontobeziehung mit der Relationship-ID ... verzichtet haben soll, seien unglaubhaft. Es sei auch wenig überraschend, könne die Beklagte kein Beweismittel des DoJ einreichen. Stattdessen biete sie als Beweis die Aussage von Rechtsanwalt C. _____ an, der offensichtlich als US-Rechtsanwalt der Beklagten agiere und dessen Kanzlei in einem Auftragsverhältnis zur Beklagten stehe. Bei seiner Aussage würde es sich also um eine gewöhnliche Parteiaussage handeln, von der nichts weiter zu erwarten sei als die Wiedergabe der Instruktion seiner Auftraggeberin, der Beklagten. Es könne daher im Sinne einer ökonomischen Prozessführung von vornherein darauf verzichtet werden (Urk. 4/40 S. 5 f.). Ausserdem behaupte die Be-

klagte lediglich, das DoJ verzichte auf eine Preisgabe der Personendaten der Klägerin im Rahmen der II.D.2-Tabelle. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin könne sich aber nicht auf ein bestimmtes Format beschränken, sondern die Klägerin habe gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO einen Anspruch auf generelle Unterlassung der Herausgabe ihrer Personendaten. In diesem Sinne schiesse das Rechtsbegehren der Klägerin auch nicht über sein Ziel hinaus, versuche die Klägerin doch damit sowohl eine direkte als auch indirekte Herausgabe über andere US-Behörden an das DoJ zu verhindern (Urk. 4/40 S. 7). Selbst die Beklagte könne eine Wiederholung nicht ausschliessen und verpflichte sich gegenüber der Klägerin zu nichts. Sie habe lediglich ihre Notifikation zurückgezogen. Eine Erklärung der Unterlassung künftigen rechtswidrigen Verhaltens gebe sie nicht ab. Aufgrund der kryptischen Ausführungen der Beklagten, wonach sie ausschliesslich im Rahmen der II.D.2-Tabelle auf eine Preisgabe der Personendaten der Klägerin verzichte, im Widerspruch dazu aber festhalte, dass sie gemäss "Plea Agreement" Kooperationspflichten eingegangen sei, die über die Lieferung einer II.D.2-Tabelle hinausgehen würden, sei die Wiederholungsgefahr akut. Unerheblich sei, dass die Klägerin nach erneuter Notifikation wiederum eine Klagemöglichkeit hätte. Es sei ihr mit Blick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zuzumuten, die Klärung der sich aktuell stellenden Fragen auf einen späteren Zeitpunkt hinauszuschieben und die bereits getätigten, äusserst hohen Aufwendungen erneut zu tätigen (Urk. 4/40 S. 8 f.),

4. Die Vorinstanz erwog, ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 15 DSGVO bestehe nur, wenn eine Verletzung unmittelbar drohe bzw. wenn das Verhalten der Beklagten die Verletzung ernsthaft befürchten lasse. Mit der Beklagten sei davon auszugehen, dass ihre Ankündigung, mit der Flow-of-Funds-Übersicht gemäss Ziffer II.D.2 des US-Programms dem DoJ auch Personendaten der Klägerin zu übermitteln, Auslöser der vorliegenden Klage gewesen sei. Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für die Unterlassungsklage sei daher im Zeitpunkt der Klageeinreichung offensichtlich gewesen. Sollte das DoJ tatsächlich auf die Übermittlung der Personendaten der Klägerin für die fragliche, der Klägerin von der Beklagten zugeordnete Kundenbeziehung im Rahmen der II.D.2-Tabelle

verzichtet haben, liesse sich mit dem die Klage auslösenden Ereignis ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin nicht mehr begründen (Urk. 2 E. 4 und E. 4.1.).

Die Klägerin habe ihr Rechtsbegehren indessen weitergefasst und wolle generell verboten haben, dass ihre Personendaten an das DoJ und/oder andere Dritte übermittelt würden. Die Beklagte habe selbst eingeräumt, dass sie gemäss "Plea Agreement" Kooperationspflichten habe, die über die Lieferung einer II.D.2-Tabelle hinausgehen würden. Ob sie zur Erfüllung derartiger Informationspflichten in Zukunft je Personendaten der Klägerin bekanntgeben oder übermitteln müsse, lasse sich heute nicht sagen. Dies könne auf jeden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen werden (Urk. 2 E. 4.2.). Daraus ergebe sich zum einen, dass sich das Rechtsschutzinteresse der Klägerin nicht nur auf die Lieferung ihrer Personendaten in Form der II.D.2-Tabelle, sondern mindestens auf die Übermittlung ihrer Personendaten an das DoJ gestützt auf das "Plea Agreement" beschränke. Zum anderen lasse sich das Verfahren allein gestützt auf die Zusicherung der Beklagten, die Personendaten nicht in Form der II.D.2-Tabelle dem DoJ zu übermitteln, nicht als gegenstandslos erledigt abschreiben. Daran ändere nichts, dass derzeit keine weiteren Übermittlungen von Personendaten geplant seien. Entscheidend sei, dass eine solche nach den eigenen Worten der Beklagten nicht ausgeschlossen werden könne. Sollte sich die in Zukunft liegende Gefahr realisieren, wäre die Klägerin genötigt, das Verfahrensprozedere neu zu initiieren. Die Klägerin könne jedoch beanspruchen, dass im vorliegenden Verfahren abschliessend geklärt werde, ob ihre Personendaten gestützt auf das "Plea Agreement" und die massgebende Sach- und Rechtslage an das DoJ übermittelt werden dürften (Urk. 2 E. 4.3.).

Die Vorinstanz fügte ausserdem an, dass für den Verzicht des DoJ auf eine Übermittlung der Personendaten der Klägerin nur die eigene Erklärung der Beklagten vorliege. Der von der Beklagten angerufene Zeuge C._____ sei unbestrittenermassen der eigene Anwalt der Beklagten in den USA. Aufgrund dieser offensichtlichen Interessenbindung lasse sich mit der Anhörung des Zeugen der Verzicht des DoJ nicht erstellen (Urk. 2 E. 5).

5.1. Die Beklagte beanstandet in der Berufung, die Vorinstanz habe es als nicht erstellt erachtet, dass das DoJ auf die Übermittlung der fraglichen Personendaten verzichtet habe. Diese Auffassung sei rechtsfehlerhaft. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei eine Datenbearbeitung durch die Beklagte. Es gehe darum, ob ihr verboten werden soll, bestimmte Daten ans DoJ weiterzuleiten. Die Beklagte lasse sich auf ihrer eigenen Erklärung behaften, sie verzichte auf die Datenbearbeitung im Rahmen der II.D.2-Tabelle mit Bezug auf die Relationship-ID Entsprechend habe sie am 11. Januar 2016 die Notifikation der Klägerin zurückgezogen. Warum dann beweismässig erstellt werden müsse, ob das DoJ auf die Lieferung der Daten verzichtet habe, sei unerfindlich. Sollte die Beklagte dennoch den Verzicht des DoJ beweisen müssen, hätte die Vorinstanz nicht auf die Einvernahme des angebotenen Zeugen C._____ verzichten dürfen. Diese antizipierte Beweiswürdigung sei nicht gerechtfertigt. Der Zeuge C._____ nehme regelmässig alleine oder in Begleitung von Kanzleikollegen an persönlichen oder telefonischen Gesprächen mit Vertretern des DoJ teil. In diesem Rahmen sei der in Frage stehende Verzicht abgegeben worden. Eine schriftliche Bestätigung des DoJ könne nicht beigebracht werden, weil es eine solche nicht gebe (Urk. 1 S. 9 f.; Urk. 13 S. 5).

5.2. Die Klägerin hält dem entgegen, das DoJ sei eine derjenigen US-Behörden, welche durch ihr bisheriges Verhalten gezeigt habe, dass sie im Steuerstreit harte Bandagen trage und jeden verfolge, der dabei helfen könne, direkt oder indirekt an Bankkundendaten zu gelangen. Wenn die Beklagte schildere, dass just das DoJ Auslöser für den Rückzug der Notifikation sein soll, dann sei dies unglaublich. Ausserdem suche man vergeblich nach einem rechtsgültigen, klaren und definitiven Verzicht der Beklagten. Die Behaftung auf Äusserungen der Beklagten nütze der Klägerin nichts (Urk. 9 S. 11; Urk. 15 S. 3). Auf die in der Berufungsbeurteilung seitens der Beklagten erneut angebotene Zeugenbefragung des Rechtsanwalts C._____ könne, wie die Vorinstanz zurecht erkannt habe, verzichtet werden. Dieser sei gemäss amerikanischem Anwaltsrecht verpflichtet, so zu handeln, wie er seitens der Beklagten instruiert werde. Ausserdem bleibe auch völlig im Dunkeln, worüber der Zeuge befragt werden solle. Die Beklagte sei nicht im Stande, den Zeitpunkt des angeblichen Gesprächs mit den Vertretern des DoJ

zu schildern, geschweige denn die Namen der Vertreter des DoJ anzugeben, damit eine Überprüfung der Angaben der Beklagten durch die Einvernahme von C._____ überhaupt möglich wäre (Urk. 9 S. 12).

Gemäss eigener Behauptung der Beklagten, so die Klägerin weiter, widerspreche ein Verzicht auf Datenlieferung dem mit dem DoJ geschlossenen "Plea Agreement", weshalb für einen Verzicht die Zustimmung des DoJ erforderlich sei. Die Zustimmung des DoJ stelle eine Modifikation des bestehenden "Plea Agreements" dar. Gemäss Ziffer 15 des "Plea Agreements" enthalte dieses jedoch einen Schriftlichkeitsvorbehalt aller Parteien, die das Agreement ursprünglich unterzeichnet hätten. Ein mündlicher Verzicht sei demzufolge ungültig. Gemäss den Ausführungen der Beklagten gebe es eine schriftliche Bestätigung des DoJ nicht. Jede nur mündliche Bestätigung des DoJ sei folglich ungültig und könne das nach wie vor gegebene Rechtsschutzinteresse der Klägerin nicht tangieren (Urk. 9 S. 13).

5.3. Die Beklagte führte in der Klageantwort aus, dass die Verletzung ihrer Kooperationspflichten im Rahmen des "Plea Agreements" zum Dahinfallen des Agreements und damit zur existenzbedrohenden Anklage der Beklagten in den USA führen würde, weshalb sie die verlangten Daten liefern *müsse* (Urk. 4/13 S. 23 f.). Sie stellt sich auch weiterhin auf den Standpunkt, dass sie im Rahmen des mit dem DoJ geschlossenen "Plea Agreements" Kooperationspflichten habe, die über die Lieferung der II.D.2-Tabelle hinausgehen würden, weshalb sich nicht sagen lasse, ob die Beklagte zur Erfüllung solcher Informationspflichten in der Zukunft Personendaten der Klägerin bekanntgeben oder übermitteln müsse (Urk. 4/34 S. 4). Vor diesem Hintergrund kann mit Blick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ein blosses Versprechen der Beklagten jedoch nicht genügen, um einen Verzicht des DoJ auf die Bekanntgabe der Personendaten der Klägerin anzunehmen. Im Gegenteil ist der Klägerin zuzustimmen, dass eine Modifikation des "Plea Agreements" schriftlich erfolgen müsste. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem von der Beklagten vor Vorinstanz ins Recht gereichten Vertragsdokument (Urk. 4/15/29 S. 12 f.). Während die Beklagte vor Vorinstanz noch behauptete, sie habe mit Bezug *auf bestimmte, anonym gebliebene Kundenbeziehungen* auf die

Bekanntgabe gegenüber dem DoJ verzichten können (Urk. 4/34 S. 3; Urk. 1 S. 14), bringt sie im Widerspruch dazu in ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 2. September 2016 neu vor, sie habe nachträglich und *im Einzelfall* betreffend die Klägerin *ausnahmsweise* auf die Übermittlung der Personendaten verzichten können, weshalb dazu mitnichten eine schriftliche Modifikation des Plea Agreements nötig gewesen wäre (Urk. 13 S. 6). Sollte jedoch der Verzicht des DoJ gemäss ursprünglicher Behauptung der Beklagten mehrere, nach gewissen Auswahlkriterien bestimmte Kundenbeziehungen betreffen, wäre darin klarerweise eine Änderung des vereinbarten "Plea Agreements" zu sehen, welche gemäss Ziffer 15 des Agreements zwingend schriftlich zu erfolgen hätte (Urk. 4/15/29 S. 13). Im Übrigen erhellt nicht, inwiefern nicht auch ein auf den Einzelfall der Klägerin beschränkter Verzicht schriftlich erfolgen müsste. Dafür kann auch die Beklagte keine schlüssige Begründung liefern. Fest steht jedenfalls, dass die Beklagte einen schriftlichen Nachtrag zum "Plea Agreement", wie sie selber einräumt (Urk. 1 S. 10), nicht vorlegen kann. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Einvernahme des von der Beklagten offerierten Zeugen C._____. Es ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern es der Beklagten nicht möglich gewesen sein soll, über ihren US-Anwalt C._____ eine schriftliche Bestätigung des DoJ erhältlich zu machen bzw. sich wenigstens um eine entsprechende Bestätigung zu bemühen. Sodann geht die Beklagte mit dem Einwand fehl, dass es an der Klägerin liege, die Gefahr einer drohenden Persönlichkeitsverletzung nachzuweisen, weshalb es nicht an der Beklagten liegen könne, den Verzicht des DoJ nachzuweisen (Urk. 1 S. 10). Fest steht, dass das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Klage ohne Verzicht des DoJ in jedem Fall zweifelsfrei gegeben war und ist. Wenn die Beklagte Umstände vorbringen will, die das Rechtsschutzinteresse der Klägerin nachträglich vollständig wegfallen lassen, dann hat sie deren Nachweis zu erbringen (Art. 8 ZGB). Aus den genannten Gründen ist der von der Beklagten behauptete Verzicht des DoJ nicht erstellt.

6.1. Die Beklagte moniert, dass die Vorinstanz zu Unrecht ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin mit Bezug auf weitere Datenlieferungen an das DoJ oder andere US-Behörden bejaht habe. Es liege kein Fall der Drohung einer künftigen Verletzung vor. Der Bundesrat habe der Beklagten die Bewilligung im Sinne von

Art. 271 StGB unter Einschränkungen erteilt. So dürften Personendaten von Mitarbeitern und Dritten nur herausgegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vorher über den Umfang der geplanten Herausgabe informiert würden. Müsste die Beklagte also je in Betracht ziehen, weitere Daten der Klägerin an das DoJ oder andere US-Behörden zu übermitteln, was weder geplant sei, noch gemäss Kenntnis der Beklagten im Raum stehe, so müsste die Beklagte dies der Klägerin vorgängig ankündigen und ihr die Möglichkeit einräumen, sich zu wehren. Damit fehle es an einem virtuellen Rechtsschutzinteresse der Klägerin, welches nur vorliege, wenn sich die gerügte Rechtsverletzung jederzeit wiederholen könne und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich sei (Urk. 1 S. 11 f.). Sollte sich die Klägerin in einem solchen hypothetischen Fall gegen eine Bearbeitung der Personendaten zur Wehr setzen, wären im Sinne einer Einzelfallbetrachtung die dannzumal in Frage stehenden Daten zu würdigen, die dannzumaligen konkreten Rahmenbedingungen, unter denen die Lieferung erfolgen soll, und die dannzumalige Gewichtigkeit eines allfälligen öffentlichen Interesses zu beurteilen. Wie diese Interessenabwägung ausfallen würde, lasse sich heute nicht sagen (Urk. 1 S. 13). Die Beurteilung einer abstrakten und für die Zukunft nicht spezifizierten Datenbearbeitung verletze datenschutzrechtliche Grundsätze, namentlich den Grundsatz, dass bei der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Datenbearbeitung im Lichte von Art. 6, 12 und/oder 13 DSG der Einzelfall zu betrachten sei. Die Vorinstanz vereitle damit den Anspruch der Beklagten, im konkreten Einzelfall gegebenenfalls relevante Rechtfertigungsgründe aufzuzeigen (Urk. 1 S. 14 f.).

6.2. Die Klägerin hält dem entgegen, dass zur Beurteilung des Rechtsschutzinteresses nicht nur das Rechtsbegehren der Klage massgeblich sei, sondern auch die Klagebegründung und der Verfahrensstand im Prozess. Gemäss Ziffer 1.4. lit. a der Verfügung des Bundesrates vom 16. Juli 2013, auf welche sich die Beklagte zur Lieferung der Personendaten der Klägerin berufe, sei für die Lieferung der Daten an das DoJ zwingende Voraussetzung, dass die Klägerin die in Frage stehende US-Kundenbeziehung mit der Relationship-ID ... organisiert, betreut oder überwacht habe. Dies sei aber gerade bestritten. Die Klägerin habe während ihrer Anstellung bei der Beklagten nie irgendwelche US-Kundenbeziehungen or-

ganisiert, betreut oder überwacht, schon gar nicht die in Frage stehende. Die Beklagte habe zur Untermauerung ihrer Behauptung, wonach die Klägerin etwas mit dem in Frage stehenden US-Kunden zu tun gehabt haben soll, an entscheidenden Stellen geschwärzte E-Mails als Klagebeilagen 3-5 ins Recht gereicht. Bei Aufdeckung dieser Schwärzungen könne die Klägerin beweisen, dass sie nichts mit dem fraglichen US-Kunden zu tun gehabt habe. Im Gegenteil könne sie belegen, dass der Kunde viel mehr durch drei andere Mitarbeiter der Beklagten betreut worden sei, die heute alle noch bei der Beklagten arbeiten würden (Urk. 9 S. 4 f.). Die Klägerin sei daher der Auffassung, dass jede Bearbeitung ihrer Personendaten im Zusammenhang mit der Kundenbeziehung mit der Relationship-ID ... durch die Beklagte per se widerrechtlich sei. Daraus folge, dass jegliche Bearbeitung der Personendaten der Klägerin im Zusammenhang mit dem fraglichen US-Kunden sowohl gegenwärtig als auch künftig unzulässig sei (Urk. 9 S. 6 und 8; Urk. 15 S. 2 f.). Zu Recht sei die Beklagte mit vorinstanzlicher Verfügung vom 27. November 2015 dazu aufgefordert worden, die Klageantwortbeilagen 3-5 ungeschwärzt einzureichen. Stattdessen reiche die Beklagte nach zweimaliger Fristerstreckung plötzlich eine völlig andere Stellungnahme ein und mache geltend, das Rechtsschutzinteresse der Klägerin sei nachträglich dahin gefallen. Diese plötzliche Behauptung sei unglaublich und widersprüchlich (Urk. 9 S. 6).

6.3. Wie jedes Rechtsbegehren muss auch ein Unterlassungsantrag grundsätzlich so präzise formuliert sein, dass er im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Entsprechend kann eine Unterlassungsklage nur in dem Umfang geschützt werden, in welchem sie auf das Verbot eines genügend bestimmten Verhaltens gerichtet ist. Die Vollstreckung des verlangten Verbots muss möglich sein, ohne dass der dafür zuständige Richter nochmals eine materielle Beurteilung des fraglichen Verhaltens vorzunehmen hat. Trotzdem ist zu bedenken, dass ein Rechtsbegehren auch nach Treu und Glauben im Lichte der dazu gegebenen Begründung auszulegen ist. So ist die Unterlassungsklage ihrer Natur nach auf Verhaltensweisen gerichtet, die in der Zukunft liegen. Der Kläger muss das erwartete rechtswidrige Verhalten letztlich derart umschreiben, dass kein Zweifel besteht, worin die befürchtete Persönlichkeitsverletzung besteht (BGer 5A_6587/2014 vom 6. Mai 2015, E. 3.3.). Das Vorliegen einer künftigen

Verletzungsgefahr kann stets nur eine Vermutung darstellen und eine Unterlassungspflicht nur indirekt vollstreckt werden, weshalb an den Nachweis des Rechtsschutzinteresses wiederum nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden sollen (BGer 5A_228/2009 vom 8. Juli 2009 E. 4.1. m.H.a. BGE 97 II 97 E. 5b).

Entgegen der Behauptungen der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 2. September 2016 (Urk. 13 S.8) bestreitet die Klägerin seit Prozessbeginn, die fragliche Kundenbeziehung mit der Relationship-ID ... organisiert, betreut oder überwacht zu haben. Insoweit hatte die Klägerin von Beginn an ein persönliches Interesse an der Klärung der Frage, ob sie in Zusammenhang mit dem fraglichen Bankkunden gebracht werden kann und sie daher mit Bezug auf die Kundenbeziehung ID ... je eine Datenherausgabe ihrer Personendaten an das DoJ oder andere US-Behörden zu befürchten haben wird. Ganz allgemein kann die Datenherausgabe der Personendaten der Klägerin gestützt auf das "Plea Agreement" auch nicht von einem bestimmten Format abhängen. Soweit sich die Beklagte explizit vorbehält, Daten der Klägerin gestützt auf das "Plea Agreement" auch künftig herauszugeben, sollte dies notwendig sein, besteht eine genügende Wahrscheinlichkeit, dass die Beklagte die zu unterlassende Handlung in naher Zukunft jederzeit vornehmen könnte (vgl. auch BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016 E. 1.3.). Dass sie die Klägerin dazu erneut notifizieren müsste, kann nicht von Relevanz sein, ist es der Klägerin nicht zumutbar, bei einer erneuten Notifikation den gleichen Prozess nochmals zu führen, zumal sich eine Interessenabwägung gestützt auf das geltende "Plea Agreement" vom 19. Mai 2014 (Urk. 4/15/29) dannzumal kaum anders präsentieren würde als heute. Insoweit ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Klägerin zumindest Anspruch darauf hat, dass abschliessend geklärt wird, ob ihre Daten mit Bezug auf die fragliche Kundenbeziehung ID ... gestützt auf das "Plea Agreement" an das DoJ herausgegeben werden dürfen (Urk. 2 S. 5).

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Verzicht des DoJ auf die Datenherausgabe nicht erstellt und ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Beurteilung der Klage nach wie vor gegeben ist. Entsprechend ist Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Beschlusses vom 9. Mai 2016 zu bestätigen und das

Verfahren vor Vorinstanz fortzuführen. Ob und, falls ja, inwiefern das Rechtsbegehren der Klägerin zu weit gefasst ist, wird die Vorinstanz im Rahmen der Beurteilung der Klage zu entscheiden haben. Diesbezüglich ist der Klägerin zuzustimmen, dass vor Vorinstanz erst ein Schriftenwechsel stattgefunden hat, weshalb eine Beschränkung der Klage durch die Klägerin vor Aktenschluss noch möglich und zulässig wäre (Art. 227 Abs. 3 ZPO; Urk. 9 S. 7 f.). Entsprechend gehen die Akten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück. Diese wird der Beklagten erneut Frist anzusetzen haben, um die Klageantwortbeilagen 3-5 (Urk. 4/15/3-5) im Sinne der Verfügung vom 27. November 2015 (Urk. 4/30) ins Recht zu reichen.

IV.

1. Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO; BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 Erw. 6).

2. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren, welche die im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Beklagte zu bezahlen hat (Art. 106 Abs. 1 ZPO), ist auf Fr. 2'000.– zu bemessen (§§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 1 lit. a, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 AnwGebVO). Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen (inkl. 8 % MwSt., Urk. 9 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 9. Mai 2016 wird bestätigt.
2. Das erstinstanzliche Verfahren wird fortgesetzt und es wird die Vorinstanz der Beklagten erneut Frist anzusetzen haben, um dem Gericht in einem verschlossenen Kuvert die Klageantwortbeilagen 3-5 in vollständig ungeschwärzter Form einzureichen.
3. Das zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche, arbeitsrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. H.A. Müller

lic. iur. N. Gerber

versandt am:

mc