

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA160028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Urteil vom 22. Dezember 2016

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ Zürich AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom  
18. August 2016 (AN150022-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Beklagten zu verbieten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort und dergleichen betreffend den Kläger an Dritte, insbesondere dem Department of Justice der USA direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Im Rahmen der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren:**

(Urk. 29 S. 1)

- " 1. Es sei der Beklagten zu verbieten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort und dergleichen betreffend den Kläger an Dritte, insbesondere dem Department of Justice der USA direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Die Kosten des Audienzverfahrens vor Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr. ET140031-L) seien der Beklagten aufzuerlegen und der Kläger sei für das Audienzverfahren zulasten der Beklagten angemessen zu entschädigen (zuzüglich 8 %) Mehrwertsteuer.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 18. August 2016:**

(Urk. 38 S. 26)

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagten verboten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort betreffend den Kläger den US-Behörden, insbesondere dem Departement of Justice der USA, direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.  
Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Dem Kläger wird der von ihm geleistete Prozesskostenvorschuss aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 7'560.– (CHF 7'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittel].

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 2):

"Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 18. August 2016 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MWST zu Lasten des Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 42 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen und es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 18. August 2016 (AN 150022-L) vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin zuzüglich gesetzliche MWSt."

### **Inhaltsverzeichnis:**

1. Sachverhalt .....	3
2. Prozessverlauf .....	7
3. Prozessuales .....	8
4. Rechtsschutzinteresse trotz Abschluss eines NPA .....	8
5. Materielle Beurteilung: Art. 328 und Art. 328b OR .....	9
6. Materielle Beurteilung: Datenschutzgesetz .....	11
7. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	24

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt

1.1. Die Beklagte ist in Zürich domiziliert, seit dem 30. Dezember 1988 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, betreibt das Bankgeschäft und weist ein Aktienkapital von Fr. 50 Mio. auf. Sie beschäftigt ca. 90 Mitarbeitende (Urk. 5/9; Urk. 1 S. 6 und Urk. 20 S. 3).

1.2. Der im Jahre 1978 geborene Kläger arbeitete vom 1. September 2008 bis zum 29. Februar 2012 als "Private Banker" im Range eines Vizedirektors bei der Beklagten. Er betreute für die Beklagte Kundschaft mit Wohnsitz in Deutschland und in der Schweiz. Während ca. eines Jahres betreute er für die Beklagte überdies auch einen einzigen Kunden mit US-Bezug. Dieser Kunde unterhielt mit der Beklagten zwischen Mai 2008 bis Anfang Oktober 2009 geschäftliche Kontakte. Es handelt sich bei ihm um einen Doppelbürger, der sowohl über die kolumbianische als auch über die US-amerikanische Staatsbürgerschaft verfügt. Der Kunde hatte zunächst Wohnsitz in Deutschland und alsdann in Grossbritannien (Urk. 1 S. 3). Dieser Kunde widersetzte sich der Aufforderung der Beklagten, seine Vermögenswerte den US-amerikanischen Steuerbehörden offenzulegen. Aus diesem Grunde beendete die Beklagte die geschäftlichen Beziehungen zu diesem Kunden. Über die Höhe der in Frage stehenden Vermögenswerte dieses Kunden äussern sich die Parteien nicht.

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:

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" (Urk. 5/15<sup>1</sup>). 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 "Program" des DoJ für Schweizer Banken (vgl. unten E. 1.3.2.), das diesen Klarheit über ihren Status hinsichtlich der Ermittlungen des DoJ bezüglich hinterzogener Steuern geben und ihnen auch den Weg zeigen soll, wie das DoJ zu unterstützen ist.

1.3.2. Der Inhalt des US "*Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks*" vom 29. August 2013 (im Folgenden: "US-Programm") ist

---

<sup>1</sup> vgl. [www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf](http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf)

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

1.3.3. Mit Verfügung vom 8. Januar 2014 erteilte das *Eidgenössische Finanzdepartement* (EFD) der Beklagten unter Hinweis auf deren Teilnahme am US-Programm die Bewilligung, im Sinne von Art. 271 StGB durch Datenlieferungen Handlungen für einen fremden Staat vorzunehmen (Urk. 5/8). In Erwägung II/7 der Verfügung wird darauf hingewiesen, dass es darum gehe, eine Anklage seitens des DoJ zu vermeiden, weil eine solche Anklage dazu führen könnte, dass die Beklagte keine Transaktionen mehr in US-Dollars abwickeln könnte, was für sie existenzbedrohend wäre. Und in Erwägung II/8 wird präzisiert, dass die zu erteilende Bewilligung einzig die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB ausschliesse, *die Beklagte aber namentlich nicht davon befreie, die Vorschriften über den Schutz der Daten und ihre Verpflichtungen als Arbeitgeberin zu beachten*. Gemäss Dispositiv-Ziff. 1.1 der Verfügung des EFD betrifft die Bewilligung im Sinne von

Art. 271 StGB Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebaren sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person haben. Dispositiv-Ziff. 1.4 der Verfügung des EFD umschreibt die Bedingungen hinsichtlich zu schützender Personendaten und lautet wie folgt:

"Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten:

- a. Es dürfen nur Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden herausgegeben werden, die innerhalb der Bank Geschäftsbeziehungen nach Ziffer 1.1 organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie von Dritten, die für solche Geschäftsbeziehungen in ähnlicher Weise tätig waren.
- b. Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden und Dritten dürfen nur herausgegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe an die US-Behörden über Umfang und Art der Daten sowie über den Zeitraum, aus dem die Daten stammen, informiert werden.
- c. Sollen Daten entgegen dem Willen einer betroffenen Person herausgegeben werden, weist die Gesuchstellerin [= Beklagte] die Person auf ihr Klagerecht nach Artikel 15 Datenschutzgesetz hin. Sie übermittelt Personendaten, welche diese Person betreffen, frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht wird, oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde."

1.3.4. Am 19./24. November 2015 unterzeichneten das DoJ einerseits und die Beklagte andererseits ein "Non-Prosecution Agreement" (im Folgenden "NPA"<sup>2</sup>; vgl. Urk. 34/1). Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte angesichts ihres im Agreement beschriebenen Verhaltens und im Sinne des US-Programms zur Bezahlung einer Summe von US\$ 7'453'000.00 an das DoJ, und zwar "as a penalty" (Urk. 34/1 S. 2).

1.4. Die Beklagte entschloss sich im ersten Halbjahr 2014 dazu, im Rahmen des US-Programms dem DoJ zu melden, dass der Kläger der "Relationship Manager" jener US-Person war, die mit der Beklagten zwischen dem 9. Mai 2008 bis zum 5. Oktober 2009 Kontobeziehungen unterhalten hatte (vgl. Urk. 5/6). Mit Schreiben vom 20. Juni 2014 (Urk. 5/7) wies die Beklagte den Kläger darauf hin, dass sie in Betracht ziehe, dem DoJ seine "Personendaten" in diesem Zusammenhang offenzulegen. Ferner bestätigte sie, dass ihr zwar der "Einspruch" des Klägers "gegen die Offenlegung von sämtlichen oder von einem Teil Ihrer Arbeitnehmerinformationen" zugegangen sei. Sie habe in der Folge aber die entgegen-

---

<sup>2</sup> [www.justice.gov/...](http://www.justice.gov/)

stehenden Interessen abgewogen und sei zum Schlusse gekommen, dass sie "ein überwiegendes Interesse an der Zusammenarbeit mit den US-Behörden geltend machen" könne. Sie werde daher "Ihre Arbeitnehmerinformationen trotz Ihres Einspruchs dem DoJ" offenlegen. Der Kläger habe Gelegenheit, gegen diese geplante Offenlegung rechtliche Schritte einzuleiten.

## 2. Prozessverlauf

2.1. Mit Eingabe vom 3. Juli 2014 gelangte der Kläger an das zuständige Einzelgericht und verlangte, dass gegenüber der Beklagten im Sinne von Art. 263 ZPO vorsorgliche Massnahmen vor der Rechtshängigkeit angeordnet würden. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme verbot das Einzelgericht der Beklagten noch am 3. Juli 2014, dem DoJ Daten zu liefern, welche den Kläger betreffen (Urk. 5/4; Proz.-Nr. ET140031). Mit Verfügung vom 5. November 2014 wies das Einzelgericht das Massnahmebegehren des Klägers allerdings ab (Urk. 5/3). Begründet wurde dieser Entscheid im Wesentlichen damit, dass "der Schutz durch Einleitung eines ordentlichen Verfahrens über den Friedensrichter ... objektiv wirksamer" erscheine "als jener durch eine vorsorgliche Massnahme" (Urk. 5/3 S. 5). Die Verfügung des Einzelgerichts vom 5. November 2014 wurde rechtskräftig.

2.2. Am 11. November 2014 gelangte der Kläger an die zuständige Schlichtungsbehörde, das Friedensrichteramt der Kreise 1 und 2 der Stadt Zürich. Die Schlichtungsverhandlung fand am 15. Januar 2015 statt, worauf die Klagebewilligung am 20. Januar 2015 ausgestellt wurde (Urk. 3).

2.3. Hinsichtlich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 38 S. 5).

2.4. Gegen das ihr am 22. August 2016 zugestellte Urteil der Vorinstanz vom 18. August 2016 (vgl. Urk. 36/2) erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 21. September 2016 (Urk. 37) rechtzeitig Berufung. Der Kläger erstattete unterm 16. November 2016 seine Berufungsantwort (Urk. 42). Mit Verfügung vom 17. November 2016 wurde diese der Beklagten mit dem Bemerken zugestellt, dass der Prozess

damit in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 43). Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

### 3. Prozessuales

3.1. Die Berufungsinstanz ist gehalten, die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz von Amtes wegen zu prüfen (BGer 4A\_100/2016 vom 13.7.2016, E. 2.1.1).

3.2. Prozesse von Bankmitarbeitern gegen die Bank betreffend die Lieferung von Daten an das DoJ werden von den Klägern teils beim Bezirksgericht bzw. beim Handelsgericht und teils beim Arbeitsgericht anhängig gemacht. Gemäss der Praxis der Kammer sind beide Wege möglich (ZR 115/2016 Nr. 21 E. 3). Die Klage ist daher unter diesem Gesichtspunkt ohne weiteres zulässig.

3.3. Nach der Rechtsprechung sind Klagen von Bankmitarbeitern gegen die Bank betreffend Datenlieferung ins Ausland als Klagen nichtvermögensrechtlicher Art anzusehen (BGE 142 III 145 E. 6). Der Kläger hat die Klage daher zu Recht dem Arbeitsgericht als Kollegialgericht vorgelegt (vgl. Urk. 1 S. 2 mit Hinweis auf § 20 lit. a GOG), und die Vorinstanz hat die Sache folglich zu Recht im ordentlichen Verfahren behandelt. Dennoch ist das Verfahren gemäss dem nicht amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts BGer 4A\_332/2015 vom 10.2.2016, E. 6 kostenlos, wie das die Vorinstanz denn auch richtig gesehen hat.

### 4. Rechtsschutzinteresse trotz Abschluss eines NPA

Die Beklagte hat am 19./24. November 2015 mit dem DoJ ein "Non-Prosecution Agreement" (NPA) abgeschlossen (Urk. 34/1<sup>3</sup>). Nach der Rechtsprechung macht der Abschluss eines NPA den Streit nicht gegenstandslos, weil die Beklagte nach wie vor zur Lieferung aller relevanten Informationen gemäss US-Programm verpflichtet ist. Das Rechtsschutzinteresse des Klägers ist daher auch nach dem Abschluss eines NPA gegeben (BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016; ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.5).

---

<sup>3</sup> vgl. [www.justice.gov/...](http://www.justice.gov/)

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

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

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

5.3. Nach Art. 328b OR kommt eine Datenbearbeitung in zwei Fällen in Frage. Einerseits ist sie nach dieser Gesetzesvorschrift denkbar, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dieser Aspekt kann hier von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie "für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich" ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung auch aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Eine Datenbearbeitung sei zur Durchführung des Arbeitsvertrages nur dann erforderlich, wenn eine administrative Notwendigkeit bestehe, z.B. "zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den

(schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen". Das treffe hier nicht zu (Urk. 38 S. 10-13). Die Vorinstanz beruft sich auf Lehrmeinungen, die Art. 328b OR als Verbotsnorm auffassen, welche Datenverarbeitungen durch den Arbeitgeber grundsätzlich verbiete (Urk. 38 S. 11 mit Hinweis u.a. auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Art. 328b OR N 3). Diese vorinstanzliche Rechtsauffassung wird mit der Berufung beanstandet. Die Beklagte argumentiert im Wesentlichen damit, dass Art. 328b OR keine Verbotsnorm sei und dass es einzig darauf ankomme, ob die Datenlieferung gemäss DSG zulässig sei (Urk. 37 S. 3). Der Kläger unterstützt mit der Berufungsantwort die vorinstanzliche Sichtweise (Urk. 42 Rz 5).

5.4. Es stellt sich die Frage, was unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist. Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der – entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 38 S. 11 f.) – durchaus der Auslegung zugänglich ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSG in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung "eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots" des heutigen Art. 4 Abs. 2 "des allgemeinen Datenschutzgesetzes" (= DSG) darstelle (BBI 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag gebunden haben (BK OR I-PORTMANN/STÖCKLI, Art. 328b N 6), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" ist alles zu

verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem Gerichtsverfahren, das mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, Personendaten des Arbeitnehmers verwendet werden dürfen (ZK OR-STAEHELIN, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages Kontobeziehungen eines US-Bürgers bearbeitet hat und die Beklagte von einer in- oder ausländischen Behörde aus diesem Grunde gezwungen wird, die Daten des Klägers als des zuständigen "relationship manager" offenzulegen, gehört ein solcher Vorgang durchaus im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSG verweist, hat einen verhältnismässig engen eigenständigen Regelungsbereich (GEISER, a.a.O., S. 240). Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSG; eine Verbotsnorm ist sie aber nicht (WILDHABER/HÄNSENBERGER, a.a.O.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, N 5 zu Art. 328b OR). In diesem Sinne ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die ins Auge gefasste Datenlieferung auf das DSG stützen kann.

## 6. Materielle Beurteilung: Datenschutzgesetz

6.1. ZR 115/2016 Nr. 21. Die Kammer hat sich in ihrem Urteil vom 8. Februar 2016 einlässlich mit der Thematik dieses Prozesses befasst. Das Urteil wurde im Mai 2016 publiziert (ZR 115/2016 Nr. 21). Die Kammer lehnt sich an dieses Urteil an, soweit nicht das in der Zwischenzeit ergangene (allerdings nicht zur Publikation bestimmte) Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (BGer 4A\_83/2016) Anlass zu einer abweichenden Beurteilung gibt.

6.2. Lex USA. Mit Botschaft vom 29. Mai 2013 schlug der Bundesrat dem Parlament ein dringliches "Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten" (sog. Lex USA) vor (BBl 2013 3947; Geschäfts-Nr. 13.046). Mit diesem Gesetz hätten die Banken ermächtigt werden sollen "*allen Verpflichtungen nachzukommen, die sich aus der Zusammenarbeit der Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Bereinigung des Steuerstreits ergeben*" (Art. 1 Abs. 1 Gesetzesentwurf). Vom Gesetz hätten alle Geschäftsbeziehungen zwischen schweize-

rischen Banken und einer US-Person erfasst werden sollen. In diesem Zusammenhang hätten die Banken namentlich ermächtigt werden sollen, *Informationen weiterzuleiten zu Namen und Funktion "von Personen, die innerhalb der Bank solche Geschäftsbeziehungen organisiert, betreut oder überwacht haben"* (Art. 1 Abs. 2 Gesetzesentwurf).

6.2.1. Der Bundesrat hielt in der Botschaft zu dem von ihm vorgeschlagenen Bundesgesetz Folgendes fest (BBI 2013 3948):

"Die Lieferung von Kundendaten ist ausgeschlossen. Übermittelt werden müssten dagegen Angaben über Personen, welche innerhalb der Bank die Kundengeschäfte organisiert, betreut und überwacht haben."

Und weiter (BBI 2013 3948 f.):

"Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird die Verantwortung gegenüber dem Finanzplatz, den Banken, den Bankkunden und den Bankmitarbeitenden wahrgenommen. *Würde umgekehrt keine gesetzliche Grundlage zur Zusammenarbeit mit den US-Behörden geschaffen, könnten die Banken nicht in hinreichendem Umfang kooperieren und es wäre innert kurzer Zeit mit weiteren Anklagen auch gegen grössere Bankinstitute zu rechnen.* Zudem wäre mit der raschen Eröffnung einer grösseren Zahl von weiteren Strafverfahren gegen bisher nicht unmittelbar betroffene Schweizer Bankinstitute zu rechnen. Damit würde die Unsicherheit für den Finanzplatz fortbestehen."

Und weiter (BBI 2013 3951):

"Die Lieferung von Personendaten hat unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen. Die Lieferung der Daten von (aktuellen und ehemaligen) Bankmitarbeitenden sowie Dritten erfordert eine vorgängige Information der betroffenen Personen über Umfang und Art der zur übermittelnden Informationen (Art. 4 Datenschutzgesetz, DSG). Die Herausgabe von Personendaten ist ausser im Falle der Einwilligung des Betroffenen unter anderem dann *nicht widerrechtlich, wenn sie durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch eine gesetzliche Regelung gerechtfertigt* ist. Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichem Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen. Als Folge davon könnte sie möglicherweise kein Non-Prosecution Agreement oder Deferred Prosecution Agreement abschliessen und damit ihre Vergangenheit im Rahmen des vom DoJ offerierten Lösungsansatzes nicht regeln. Die insbesondere auch von den Banken geforderte definitive Lösung im Rahmen der Schweizer Rechtsordnung wäre damit nicht erfüllt."

Der Bundesrat führte sodann in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurf aus, dass die US-Behörden auch die Lieferung von Daten über Bankmitarbeitende verlangten. Ohne Lieferung der verlangten Daten könnten die Banken keine Deferred

Prosecution Agreements mit den amerikanischen Behörden abschliessen (BBI 2013 3951 unten). Mit dem Gesetzesentwurf sollte eine "allgemeine und abstrakte Rechtsgrundlage" geschaffen werden. In diesem Sinne sollten die Banken *ermächtigt werden, unter anderem "Angaben über Personen, welche innerhalb einer Bank das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden organisiert, betreut oder überwacht haben", zu liefern*, wobei gleichzeitig "eine Regelung zum grösstmöglichen Schutz der von den Datenlieferungen betroffenen Bankmitarbeitenden" vorgesehen werde (BBI 2013 3952). Das Gesetz sollte befristet sein bis zum 30. Juni 2014 und dem Referendum nicht unterstehen (BBI 2013 3956).

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

6.2.3. Nach dem Scheitern der Gesetzesvorlage gaben die Eidgenössischen Räte am 19. Juni 2013 in separaten Sitzungen (Ständerat AB 2013 S 598, Geschäfts-Nr. 13.053; Nationalrat AB 2013 N 1109, Geschäfts-Nr. 13.054) die folgenden übereinstimmenden Erklärungen ab:

- "1. Der [Ständerat bzw. Nationalrat] hat die Gesetzesvorlage des Bundesrates zu den 'Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten' intensiv debat-

tiert und ist zum Schluss gelangt, dass die Banken im Steuerstreit mit den USA ihre Vergangenheit bereinigen sollen. Er anerkennt die Notwendigkeit einer raschen Lösung.

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

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

6.3. Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung. Die Beklagte beabsichtigt, dem DoJ bezüglich eines am 9. Mai 2008 eröffneten und am 5. Oktober 2009 geschlossenen Kontos einer "US-Person" zu melden, dass der Kläger der verantwortliche "Relationship Manager" bzw. Kundenberater war. Die betreffende US-Person hatte sich zuvor geweigert, ihre Vermögenswerte den amerikanischen Steuerbehörden zu deklarieren. Ihre Daten sollten anonymisiert mit Kundennummer und Personidentifikationsnummer gemeldet werden. Bezüglich des Klägers soll aber Folgendes dem DoJ gemeldet werden: "B. \_\_\_\_\_" (Urk. 1 S. 3 f. mit Hinweis auf Urk. 5/6; Urk. 20 S. 2). 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 soll. Gemäss gesetzlicher Definition ist nämlich unter "Bearbeitung" namentlich auch das Verwenden und das Weitergeben von Personendaten zu verstehen (Art. 3 lit. e DSG).

Fest steht, dass der Kläger in die Datenlieferung nicht eingewilligt hat. Die Beklagte beruft sich für die in Aussicht genommene Datenlieferung auf ein das Interesse des Klägers überwiegendes öffentliches Interesse, das die Datenlieferung rechtfertigen soll (Urk. 20, 32, 37).

Als "Relationship Manager" bzw. Kundenberater war der Kläger ein sog. "D2-Mitarbeiter" gemäss Ziff. II/D/2/v des US-Programms. "D2-Mitarbeiter" haben offensichtlich einen geringeren Stellenwert als "D1-Mitarbeiter" gemäss Ziff. II/D/1/b des US-Programms. Letztere Bestimmung betrifft nämlich Personen, die das US-Cross-Border-Geschäft für "US Related Accounts" strukturierten, betrieben und beaufsichtigten.

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

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

6.4.2. Die schweizerischen Gerichte gehen davon aus, dass Bankangestellte durch die Datenlieferung gemäss dem US-Programm in die USA einer strafrechtlichen Verfolgung in den USA ausgesetzt sein könnten und dass die damit verbundene Unsicherheit bei Reisen in die USA und in andere Staaten die Bewegungsfreiheit einschränke (REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015, Ziff. III/1/b). Das Zürcher Handelsgericht führte in diesem Zusammenhang in ZR 114/2015 Nr. 22 S. 100 Folgendes aus:

"Es entspricht notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die US-amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen, was bis zur Verhaftung irgendwo auf der Welt und der Auslieferung reichen kann. Auch die einschlägige Literatur bzw. die Literaturbeiträge relevanter Kreise lassen keinen Zweifel offen: Die amerikanischen Behörden wollen direkt oder indirekt an Bankkundendaten gelangen, und sie verfolgen jeden, der ihnen diesbezüglich helfen kann."

Dem ist jedenfalls insoweit zu folgen, als anzunehmen ist, dass die Persönlichkeit des Klägers im Sinne des Gesetzes schwerwiegend gefährdet würde, wenn sein Name den US-Behörden im Zusammenhang mit den Kontodaten der von ihr betreuten US-Person dem DoJ bekanntgegeben würde. Nicht auszuschliessen ist, dass die US-Behörden sich durch die zu machende Meldung veranlasst sehen könnten, der Spur zu der vom Kläger betreuten US-Person nachzugehen, was zu grösseren und in ihrer Auswirkung nicht absehbaren Unannehmlichkeiten für den Kläger persönlich führen könnte, wenn er z.B. ins Ausland reisen möchte. Damit steht die schwerwiegende Gefährdung des Klägers durch eine allfällige Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG fest.

6.4.3. Bei einer allfälligen Datenlieferung in die USA ergibt sich die schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers überdies auch aus einem andern Grund: Es ist nämlich im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass in dem Zielland der auszuliefernden Daten, in den USA, eine von Art. 6 Abs. 1 DSG vorausgesetzte "Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet". Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang denn auch zu Recht auf die auf der Homepage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten abrufbare Staatenliste<sup>4</sup>, aus der sich der weltweite Stand des Datenschutzes ablesen lässt. Die dort abrufbare und am 29. Juni 2016 aktualisierte Liste vermerkt bei den Vereinigten Staaten "*ungenügenden Datenschutz*". Dieser Stand der Gesetzgebung in den USA kann denn auch als notorisch bzw. als offenkundig angesehen werden. Die schweizerischen Gerichte stufen den Datenschutz der USA nämlich ganz generell im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG als ungenügend ein (GEISER, a.a.O., S. 249 mit Hinweisen; REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015; vgl. dazu auch BGer 4A\_83/2016 vom 22.9.2016, E. 3.1). Vorliegend ist darüber hinaus von Belang, dass sogar durch das "Joint Statement" selbst bestimmt wird, dass die in die USA gelieferten Daten *für sämtliche nach US-Recht zulässigen Zwecke verwendet* werden dürfen (vgl. oben E. 1.3.2; vgl. dazu auch: PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015 S. 1362 Anm. 18; ROH-

---

<sup>4</sup> [www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=de)

NER/PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/2013 S. 737). Damit sind im Rahmen des US-amerikanischen Rechtes für die Verwendung der zu liefernden Daten keine Schranken gesetzt, womit der schweizerische Datenschutz gänzlich ausgeschaltet wird. Auch aus diesen Gründen ist die Lieferung von Personendaten in die Vereinigten Staaten gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO daher grundsätzlich verboten.

6.4.4. Auszugehen ist nach dem Gesagten davon, dass bei einer Datenlieferung in die USA die Persönlichkeit des Klägers im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO schwerwiegend gefährdet wäre. Eine Datenlieferung kann daher gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO nur in Frage kommen, wenn es ein öffentliches Interesse gibt, welches das private Interesse der betroffenen Person, hier des Klägers, überwiegt. Auf das private Interesse der datenliefernden Bank kann es nicht ankommen (BGE 137 II 431 E. 4.3.1 mit Hinweisen; ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.4).

6.5. Die Frage des öffentlichen Interesses. Erste Voraussetzung dafür, dass im Falle des Klägers eine Datenlieferung überhaupt in Frage kommen kann, ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. Ist kein solches öffentliches Interesse auszumachen, dann erweist sich die Datenlieferung ohne weiteres als unzulässig.

6.5.1. In ihrem in ZR 115/2016 Nr. 21 E. 4.4.1.1 f. publizierten Urteil vom 8. Februar 2016 führte die Kammer aus, notorisch sei, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiere, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen müsse und damit vom Untergang bedroht sein könne, wie das im Jahre 2012 am Beispiel der Bank Wegelin vorexerziert worden sei. Verwiesen wurde dafür auf 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 nach dem erwähnten Urteil der Kammer, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Auch das Bundesgericht habe – so die Kammer – in seinem am 15. Juli 2011 ergangenen Leitentscheid BGE 137 II 431 über die Lieferung von Bankkundendaten an die US-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 Systemrelevanz das unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses entscheidende Kriterium sei, ergebe sich nicht zuletzt auch aus dem BankG: Per 1. März 2012 seien dem BankG die Art. 7 bis 10a als "Fünfter Abschnitt: Systemrelevante Banken" eingefügt worden, wo vom Gesetzgeber die entscheidenden Wertungen vorgenommen worden seien. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG gälten solche Banken als systemrelevant, "deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde". Banken, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllten, gälten nicht als systemrelevant; es könne daher auch nicht angenommen werden, dass ihr Ausfall "die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde". Oder mit andern Worten: Falle eine nicht systemrelevante Bank aus, so sei das schweizerische öffentliche Interesse nicht tangiert. Dieser von der Kammer mit ihrem Urteil vom 8. Februar 2016 gezogene Schluss müsste auch auf die Beklagte übertragen werden, dann auch sie ist nicht systemrelevant im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BankG.

6.5.2. Demgegenüber hat das Bundesgericht in seinem (allerdings nicht zur Publikation vorgesehenen) Urteil vom 22. September 2016 (BGer 4A\_83/2016) das öffentliche Interesse anders definiert. Aus diesem Urteil des Bundesgerichts ist Folgendes abzuleiten:

- Das Bundesgericht anerkennt 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.),
  - nämlich *erstens* ein öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreites mit den USA und damit verbunden an einer Vermeidung einer weiteren Eskalation;
  - sowie *zweitens* ein weiteres öffentliches Interesse daran, dass das auf Grund des Joint Statement erstellte US-Programm eingehalten werde, und zwar namentlich im Hinblick auf die Reputation der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin.

- Diese beiden öffentliche Interessen überschneiden sich (E. 3.3.3.).
- Der Bundesrat hat dem DoJ mit dem Joint Statement zugesichert, dass das schweizerische Recht die "effektive Teilnahme der Schweizer Banken" erlaube, was er nur deshalb hat tun können, weil er davon ausging, dass die Datenlieferung zur "Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses" gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG *unerlässlich* ist (E. 3.3.4.).
- Auch wenn bei einer Datenlieferung gemäss US-Programm jeweils ein Einzelfall im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG zu beurteilen ist, ist dennoch zu beachten, dass "im Hinblick auf die zu wahrenen öffentlichen Interessen *in vielen Einzelfällen ein paralleles Verhalten* gefordert ist" (E. 3.3.4.).
- Die Frage, ob eine Lieferung von Daten zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist, ist nicht abstrakt, sondern konkret zu beurteilen, und zwar für den *Urteilszeitpunkt* (E. 3.3.4.). In diesem Sinne kommt es darauf an, ob gesagt werden kann, dass die verlangte Datenherausgabe *im Urteilszeitpunkt* unerlässlich ist für die Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreites (und damit der Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes) sowie für die Erhaltung des guten Rufes der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin (E. 3.3.4. in fine).

Die Kammer folgt diesen bundesgerichtlichen Überlegungen.

6.6. Gegenüberstellung der Interessen. Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG ist im Sinne des Gesagten zu entscheiden, ob trotz der schwerwiegenden Gefährdung des Klägers durch die ins Auge gefasste grenzüberschreitende Datenbekanntgabe diese Bekanntgabe dennoch erfolgen kann, weil sie *wegen eines "überwiegenden öffentlichen Interesses" "unerlässlich"* ist. Das ist auf Grund der massgeblichen Vorbringen der Parteien sowie auf Grund dessen, was im Sinne einer allgemeinen Lebenserfahrung als gesichert gelten kann, zu entscheiden. Es ist dies ein Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB (BGer 4A\_83/2016 vom 22.9.2016, E. 3.5.1.). Für jene Tatsachen, die für ein überwiegendes öffentliches

Interesse sprechen, ist gemäss Art. 8 ZGB die Beklagte behauptungs- und beweispflichtig. Allerdings ist die Frage, ob eine hypothetische Tatsache ein überwiegendes öffentliches Interesse zu belegen oder wenigstens zu indizieren vermag, eine Rechtsfrage, über welche das Gericht gemäss Art. 57 ZPO von Amtes wegen zu entscheiden hat (vgl. BGer 4A\_83/2016 vom 22.9.2016, E. 3.4.2.).

6.6.1. Die Beklagte trägt vor Obergericht vor, notorisch sei, dass alle in der Gruppe 2 verbliebenen 78 Banken inzwischen mit dem DoJ ein NPA abgeschlossen hätten. In gleicher Weise sei allgemein bekannt, dass "gegen alle diese Banken eine Vielzahl von analogen Klagen aktuell vor schweizerischen Gerichten hängig" sei (Urk. 37 S. 2). Die Vorinstanz bejahe sodann zu Recht "ein erhebliches öffentliches Interesse an der schnellstmöglichen Beilegung des Steuerstreits mit den USA". Zu Unrecht verneine sie aber, dass zur Beilegung des Steuerstreits "die vollständige Kooperation der betroffenen Banken durch Bekanntgabe aller bekannten Daten unerlässlich" sei. Die Vorinstanz verkenne namentlich, dass die Pflicht zur Kooperation alle 78 Banken der Kategorie 2 treffe. Zu Unrecht halte die Vorinstanz es sodann für unwahrscheinlich, dass eine ganze Reihe von Banken untergehe, weil gewisse Namen nicht geliefert würden. Das sei "reine Spekulation und durch nichts belegt". Zu berücksichtigen sei demgegenüber, "dass die aus sämtlichen Verfahren resultierende Nichtkooperation die raschestmögliche Beilegung des Steuerstreits gerade verhindert und damit gesamthaft dem anerkannten erheblichen Interesse an der Beilegung des Steuerstreits entgegenstehen würde". Die Herausgabe der Daten sei daher auch im Falle der Parteien "als Teil aller laufenden Verfahren für die Beilegung des Steuerstreits mit den USA unerlässlich". Damit bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Herausgabe (Urk. 37 Rz 7 S. 4 f.).

6.6.2. Die Beklagte gehört zu den Banken der Kategorie 2. Es sind jene Institute, die davon ausgehen, dass sie US-amerikanisches Recht verletzt haben könnten. Zu dieser Kategorie gehören 78 Institute. In der Tat ist es im Sinne von Art. 151 ZPO offenkundig, dass sämtliche Institute dieser Kategorie mit dem DoJ zwischen

dem 30. März 2015 und dem 27. Januar 2016 ein NPA abgeschlossen haben<sup>5</sup>. Ohne weiteres kann daher davon ausgegangen werden, dass die NPA nicht hätten abgeschlossen werden können, wenn die betroffenen Banken ihre Hauptverpflichtungen gemäss US-Programm nicht weitgehend erfüllt hätten. Ebenso ist allgemein bekannt, dass viele US-Personen, welche Kunden schweizerischer Banken sind oder waren, gegenüber dem DoJ ihre Bankbeziehungen zu den schweizerischen Banken offengelegt haben. Zu dieser Offenlegung gehört selbstverständlich auch die Nennung der Namen der betreffenden "relationship manager". Es ist daher davon auszugehen, dass das Interesse des DoJ, die Namen dieser "relationship manager" direkt von den schweizerischen Banken zu erfahren, heute – im Gegensatz zum August 2013 als das Joint Statement abgeschlossen wurde – in den Hintergrund getreten ist. Die Namen der "relationship manager" dürften heute den US-Behörden vielmehr weitgehend bekannt sein, weil sie seitens der steuerpflichtigen US-Personen offengelegt wurden. Insoweit hat im heutigen Zeitpunkt das vom Bundesgericht erwähnte und vom Joint Statement geforderte "parallele Verhalten in vielen Einzelfällen" wesentlich an Bedeutung verloren.

Dazu trifft die Beklagte eine falsche Annahme, wenn sie glaubt, es sei eine "Vielzahl von analogen Klagen aktuell vor schweizerischen Gerichten hängig". Soweit die Beklagte damit überhaupt eine Tatsachenbehauptung aufstellen wollte, wäre sie mit keinem Beweisantrag versehen. Aus der Sicht der erkennenden Kammer lässt sich solches auch gar nicht sagen: Auszugehen ist davon, dass auf dem Platze Zürich Tausende von Arbeitsplätzen vom US-Programm betroffen sind. Die Zahl der dieses Programm betreffenden Klagen im Sinne von Art. 328b OR bzw. Art. 15 DSG hält sich demgegenüber gemessen an der Zahl der betroffenen Arbeitsplätze sehr in Grenzen. Die erkennende Kammer hat sämtliche Rechtsmittel, die gegen Entscheide der zürcherischen Arbeitsgerichte gerichtet sind, und ca. die Hälfte der Rechtsmittel, die gegen die Entscheide der zürcherischen Bezirksgerichte gerichtet sind, zu beurteilen. So hatte die Kammer bisher jene Entscheide zu fällen, die BGE 142 III 145 und BGer 4A\_332/2015 zugrunde

---

<sup>5</sup> [www.justice.gov/tax/swiss-bank-program](http://www.justice.gov/tax/swiss-bank-program)  
[www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/us-steuerstreit.html](http://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/us-steuerstreit.html)

liegen. Ferner hatte sie vier Berufungen betreffend vorsorgliche Massnahmen zu beurteilen (LA150036, LA150038, LA150039, LA150042). Am 7. November 2016 beurteilte sie unter Proz.-Nr. LA160015 einen Zwischenentscheid der Vorinstanz im Sinne von Art. 237 ZPO; ein gleichartiges Verfahren ist zur Zeit noch unter Proz.-Nr. LA160033 pendent. Und der pendente Prozess LA160032 betrifft ebenfalls lediglich eine prozessuale Frage. In der Sache hat die Kammer bisher eine einzige Klage beurteilt (LB150052 = ZR115/2016 Nr. 21 S. 117). Derzeit pendent sind bei der Kammer neben der vorliegenden Klage zwei weitere Klagen, nämlich LA160009 und LA160038. In der Sache LB160068 haben sich die Parteien verglichen. Auch bei den andern Abteilungen des Obergerichts (Handelsgericht, II. Zivilkammer) hält sich die Geschäftslast zu der hier interessierenden Thematik insgesamt in vergleichbarem Rahmen. Sucht man auf der Home Page der Zürcher Gerichte mit den Begriffen "DoJ" und "DSG" nach Entscheiden, so erhält man gerade 43 Entscheide. Die Beklagte tut nicht einmal dar, dass und gegebenenfalls inwieweit sie von weiteren Klagen betroffen ist.

6.6.3. Sämtliche NPA lassen sich denn auch über [www.justice.gov/tax/swiss-bank-program](http://www.justice.gov/tax/swiss-bank-program) abrufen. Aus den einzelnen NPA sind namentlich die Bussen ersichtlich, die von den betreffenden Kategorie-2-Banken dem DoJ zu bezahlen sind. Aus der Bussenhöhe lässt sich ablesen, wie gravierend die Sache für die betreffende Bank von den US-Behörden eingestuft wird. Insgesamt ist zu sagen, dass sich die Beklagte in dieser Hinsicht bezüglich der Bussenhöhe im unteren Mittelfeld der Banken der Kategorie 2 befindet: ... [Anzahl] Institute müssen dem DoJ höhere Bussen bezahlen als die Beklagte. Es sind dies die folgenden

[Tabelle]

Die übrigen ... [Anzahl] Institute haben tiefere Bussen zu bezahlen als die Beklagte: ... [Anzahl] Institute bezahlen Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ... [Anzahl] Institute bezahlen Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ... [Anzahl] Institute bezahlen Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ein Institut bezahlt eine Busse mit vier Stellen vor dem Komma und ein weiteres bezahlt überhaupt keine Busse. Bereits dieses Bild zeigt, dass der Beklagten keine überragende Bedeutung im sog. Steuerstreit zukommen kann.

6.7. Fest steht sodann, dass der Kläger einen einzigen das DoJ interessierenden US-Kunden betreut hat. Bezüglich dieses Kunden wird die Beklagte dem DoJ trotz des Widerspruchs des Klägers sämtliche geforderten Daten liefern können, soweit sie nicht den "relationship manager" betreffen (Urk. 5/6). Die Beklagte tut nicht einmal dar, welche Vermögenswerte bei diesem Kunden in Frage stehen.

6.8. Unbestritten ist, dass das NPA nach wie vor zu weiterer Kooperation verpflichtet. Richtig ist zwar, dass eine Anklageerhebung gegen die Beklagte in den USA wegen nicht vollständiger Kooperation zur Gefährdung ihrer Existenz führen könnte (vgl. dazu ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.4.1.1). Im heutigen Zeitpunkt hat sich indessen der Steuerstreit beruhigt. Das DoJ hat weitaus die meisten Daten erhalten. Und das US-Programm wurde jedenfalls hinsichtlich der Banken der Kategorie 2 weitestgehend umgesetzt. Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Steuerstreit mit den USA wieder eskaliert, wenn nicht ganz alle Daten im Sinne des US-Programms geliefert werden. Das US-Programm wurde jedenfalls grundsätzlich umgesetzt.

Entscheidend ist sodann, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der wesentliche Punkt darin zu sehen ist, dass bei Datenschutzfragen stets der Schutz der Persönlichkeit und die Grundrechte der von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen, hier des Klägers, im Mittelpunkt stehen. Aus diesem Grunde kommt es darauf an, ob die verlangte Datenherausgabe im Hinblick auf die massgeblichen öffentlichen Interessen im Urteilszeitpunkt immer noch unerlässlich ist. Diese Annahme kann für den heutigen Zeitpunkt jedenfalls nicht getroffen werden. 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 Rufs der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin angesehen werden (vgl. dazu BGer 4A\_83/2016 vom 22.9.2016, E. 3.3.4. in fine). Die Klage ist daher im Grundsatz gutzuheissen. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Bei diesem Prozessausgang ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen.

7.2. Auch das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO; BGer 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 6). Ferner wird die Beklagte auch für das Berufungsverfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer ist die Parteientschädigung auf Fr. 5'400.00 festzusetzen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 18. August 2016 wird bestätigt.
2. Das zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.00 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 22. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am: jo