

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160038-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 31. Januar 2017

in Sachen

A. _____ (Switzerland) SA,
Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____, und / oder
Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
30. September 2016 (AN150074-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagten bzw. ihren Organen unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verbieten, Personendaten des Klägers direkt oder indirekt ins Ausland und insbesondere an das U.S. Department of Justice (DOJ) zu übermitteln;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (2. Abteilung)
vom 30. September 2016:

(Urk. 36)

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB verboten, den Kläger betreffende Daten an das U.S. Department of Justice (DoJ) zu übermitteln.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

Im Mehrumfange 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. 8'640.-- (Fr. 8'000.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 35 S. 2):

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 2016, Geschäfts-Nr. AN150074-L/U, sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 42 S. 3):

Es seien die Berufungsanträge der Berufungsklägerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und es sei das angefochtene Urteil der Vorinstanz vollumfänglich zu bestätigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Sachverhalt

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

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

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" (vgl. Urk. 1 Rz 14; Urk. 11 Rz 21; Urk. 5/10 und 14/10¹). Mit diesem "Joint Statement" wurde der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Banken mit den US-Behörden festgelegt. Hingewiesen wird im "Joint Statement" namentlich auf das unilaterale "Program" des DoJ für Schweizer Banken (vgl. unten E. 1.3.2.), das diesen Klarheit über ihren Status hinsichtlich der Ermittlungen des DoJ bezüglich hinterzogener Steuern geben und ihnen auch den Weg zeigen soll, wie das DoJ zu unterstützen ist. Gemäss dem "Joint Statement" sollen in diesem Zusammenhang Personendaten zur Rechtsverfolgung nach US-amerikanischem Recht verwendet werden (*"personal data ... should only be used for purposes of law enforcement {which may include regulatory action} in the United States or as otherwise permitted by U.S. law"*).

1.3.2. Bei den Akten liegt weiter das unilaterale US *"Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks"* vom 29. August 2013 (Urk. 5/11 und 14/12; im Folgenden: "US-Programm"). Die Beklagte gehört zu den "Category 2 Banks", welche ein "non-prosecution agreement" gemäss dem US-Programm beantragten. Im Hinblick auf ein solches "agreement" wird gemäss Ziff. II/D des US-Programms von der betreffenden Bank die uneingeschränkte Kooperation verlangt. Namentlich hat die Bank sämtliche Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug für den Zeitraum ab 1. August 2008 offenzulegen. Dazu gehören insbesondere auch die Namen und die Funktion aller Bankangestellten, welche solche Konten betreut haben (Ziff. II/D/2/b/v US-Programm: *"the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, ..."*). Gemäss Ziff. V/C des US-Programms hat die Eidgenossenschaft im Sinne des Joint Statements die schweizerischen Banken zu ermutigen, am US-Programm teilzunehmen. Wenn keine solche Unterstützung erfolge oder wenn auch rechtliche Hindernisse der Teilnahme der Schweizer Banken im Wege stehen sollten, könne das Programm durch das DoJ einseitig beendet werden (*"... or should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department."*).

¹ www.admin.ch/gov/en/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50049.html oder www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf

1.3.3. Mit französischsprachiger Verfügung vom 8. Januar 2014 erteilte das *Eidgenössische Finanzdepartement* (EFD) der Beklagten unter Hinweis auf deren Teilnahme am US-Programm die Bewilligung, im Sinne von Art. 271 StGB durch Datenlieferungen Handlungen für einen fremden Staat vorzunehmen (Urk. 5/13 und 14/2). In Erwägung II/7 der Verfügung wird darauf hingewiesen, dass es darum gehe, eine Anklage seitens des DoJ gegen die Beklagte zu vermeiden, weil eine solche Anklage dazu führen könnte, dass die Beklagte keine Transaktionen mehr in US-Dollars abwickeln könnte, was für sie existenzbedrohend wäre. Und in Erwägung II/8 wird präzisiert, dass die zu erteilende Bewilligung einzig die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB ausschliesse, *die Beklagte aber namentlich nicht davon befreie, die Vorschriften über den Schutz der Daten und ihre Verpflichtungen als Arbeitgeberin zu beachten*. Gemäss Dispositiv-Ziff. 1.1 der Verfügung des EFD betrifft die Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebaren der Bank sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person haben. Dispositiv-Ziff. 1.4 der Verfügung des EFD umschreibt die Bedingungen hinsichtlich zu schützender Personendaten und lautet in deutscher Übersetzung wie folgt:

"Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten:

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

Mit Verfügung des EFD vom 26. Januar 2015 wurde die am 8. Januar 2014 erteilte Bewilligung erstmals bis zum 30. Juni 2016 und alsdann mit weiterer Verfügung vom 22. Dezember 2015 bis zum 31. Dezember 2019 verlängert (Urk. 14/18; Urk. 38/3).

1.3.4. Unterm 8. Dezember 2015 kam ein "Non-Prosecution Agreement" (im Folgenden "NPA"; Urk. 22/2²) zwischen dem DoJ und der Beklagten zustande. Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte angesichts ihres im Agreement beschriebenen Verhaltens und im Sinne des US-Programms zur Bezahlung einer Summe von USD 99'211'000 an das DoJ, und zwar "as a penalty" (Urk. 22/2 S. 2).

1.4. Die Beklagte entschloss sich im ersten Halbjahr 2014 dazu, im Rahmen des US-Programms dem DoJ Daten zu liefern, welche den Kläger betreffen.

1.4.1. In diesem Sinne richtete die Beklagte am 17. Juni 2014 einen Brief an den Kläger und nahm auf das US-Programm Bezug (Urk. 5/14). Sie beabsichtige in diesem Zusammenhang, dem DoJ im Zusammenhang mit konkreten Bankbeziehungen auch den Namen und die seinerzeitige Funktion des Klägers zu übermitteln ("In this regard, the Bank hereby informs you of its intent to transfer a list of II.D.2 Data which contains your name and your function ... to the US DoJ"). Die Beklagte lud den Kläger sodann ein, Einsicht in die zu übermittelnden Dokumente zu nehmen. Sollte der Kläger sich der Übermittlung seiner Daten nicht binnen 20 Tagen schriftlich widersetzen, werde sie die Daten übermitteln.

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

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

² Vgl. <https://www.justice.gov/.../download>.

binnen zehn Tagen den Rechtsweg einschlage, würden die Daten dem DoJ geliefert (Urk. 5/17).

2. Prozessverlauf

2.1. Auf Antrag des Klägers verbot das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich am 16. September 2014 der Beklagten im Sinne einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung eine Datenbekanntgabe an das DoJ. In der Folge wies das Einzelgericht indessen mit Verfügung vom 12. Januar 2015 das Massnahmegesuch ab (Urk. 5/19).

Mit der gleichen Verfügung vom 12. Januar 2015 schrieb das Einzelgericht das Verfahren hinsichtlich des klägerischen Begehrens auf Vorlegung der zu übermittelnden Akten ab. Das Einzelgericht führte dazu aus (Urk. 5/19 S. 7 f.), die Parteien gingen übereinstimmend von der Gegenstandslosigkeit aus: Die Beklagte habe mit ihrer Gesuchsantwort die sog. II.D.2.-Liste eingereicht, worauf der Kläger mit seiner Eingabe vom 3. Dezember 2014 ausgeführt habe, dass er zwischenzeitlich die Möglichkeit erhalten habe, die fraglichen Dokumente ohne Abdeckung einzusehen.

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

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

3. Prozessuales

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

3.2. Der Kläger zweifelt die Rechtsmittellegitimation der Beklagten deshalb an, weil diese am 8. Dezember 2015 mit dem DoJ ein "Non-Prosecution Agreement" (NPA) abgeschlossen hat (Urk. 22/2³). Nach der Rechtsprechung macht der Abschluss eines NPA den Streit indessen nicht gegenstandslos, weil die Beklagte nach wie vor zur Lieferung aller relevanten Informationen gemäss US-Programm verpflichtet ist; das Rechtsschutzinteresse des Klägers ist daher auch nach dem Abschluss eines NPA gegeben (BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016; ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117 E. 4.5). Auf die Berufung ist daher einzutreten.

4. Materielles: Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung

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

³ Vgl. <https://www.justice.gov/.../download>.

and function of any relationship manager" gemeldet werden. Damit ist an und für sich klar, was die Beklagte zu tun beabsichtigt.

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

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

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

5. Materielles: 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.

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

5.2. Art. 328b OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Datenschutzgesetzgebung. In zeitlicher Hinsicht erfasst Art. 328b OR sowohl den Zeitraum der Dauer als auch jenen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 131 V 298 E. 6.1; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Rz 473). Wenn Art. 328b OR von der Bearbeitung der Daten spricht, lehnt sich das Gesetz an die Legaldefinition von Art. 3 lit. e DSG an, wonach unter "Bearbeiten" namentlich auch das "Bekanntgeben" von Daten zu verstehen ist. Und darunter ist wiederum gemäss Art. 3 lit. f DSG jedes "Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichenden" 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 allerdings von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie "für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich" ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung auch aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Eine Datenbearbeitung sei nur dann zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich, wenn eine administrative Notwendigkeit bestehe, z.B. "zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen". Das treffe hier nicht zu (Urk. 36 S. 10-14). Die Vorin-

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

5.4. Es stellt sich die Frage, was unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist. Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSG in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung "eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots" des heutigen Art. 4 Abs. 2 "des allgemeinen Datenschutzgesetzes" (= DSG) darstelle (BBl 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag aneinander gebunden haben (Vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 431), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" ist alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem Gerichtsverfahren, das mit dem Arbeitsverhältnis in

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

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

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

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

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

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

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

Personen gekümmert habe. An und für sich sind das Daten von nicht allzu hoher Sensitivität. Durchaus unklar ist allerdings, welches die Folgen einer solchen Datenlieferung sein könnten.

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

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

Dem ist jedenfalls insoweit zu folgen, als anzunehmen ist, dass die Persönlichkeit des Klägers im Sinne des Gesetzes schwerwiegend gefährdet würde, wenn sein Name den US-Behörden im Zusammenhang mit den Kontodaten der von ihm betreuten US-Personen dem DoJ bekanntgegeben würde. Nicht auszuschliessen ist, dass die US-Behörden sich durch die zu machende Meldung veranlasst sehen könnten, der Spur zu den vom Kläger betreuten US-Personen nachzugehen, was zu grösseren und in ihrer Auswirkung nicht absehbaren Unannehmlichkeiten für den Kläger persönlich führen könnte, wenn er z.B. ins Ausland reisen möchte. Damit steht die schwerwiegende Gefährdung des Klägers durch eine allfällige Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG fest. Die von der Beklagten mit der Berufung vorgetragene Rüge, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil das private Interesse des Klägers übermässig gewichtet habe (vgl. Urk. 35 Rz 46 ff.), ist jedenfalls verfehlt.

6.4.3. Bei einer allfälligen Datenlieferung in die USA ergibt sich die schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers überdies auch aus einem andern Grund: Es ist nämlich im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass im Ziel-

land, d.h. in den USA, eine von Art. 6 Abs. 1 DSG vorausgesetzte "Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet". Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang denn auch zu Recht auf die auf der Homepage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten abrufbare Staatenliste⁴, aus der sich der weltweite Stand des Datenschutzes ablesen lässt. Die dort abrufbare und am 12. Januar 2017 zuletzt aktualisierte Liste vermerkt bei den Vereinigten Staaten "*ungenügenden Datenschutz*". Dieser Stand der Gesetzgebung in den USA kann denn auch als notorisch bzw. als offenkundig angesehen werden. Die schweizerischen Gerichte stufen den Datenschutz der USA nämlich ganz generell im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG als ungenügend ein (GEISER, a.a.O., S. 249 mit Hinweisen; REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015; vgl. dazu auch BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1). Vorliegend ist darüber hinaus von Belang, dass sogar durch das "Joint Statement" selbst bestimmt wird, dass die in die USA gelieferten Daten *für sämtliche nach US-Recht zulässigen Zwecke verwendet* werden dürfen (vgl. oben E. 1.3.1; vgl. dazu auch: PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015 S. 1362 Anm. 18; ROHNER/PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/2013 S. 737). Die gegenteilige Ansicht der Beklagten, wonach das US-Programm "Schranken betreffend die Verwendung von Daten der Betroffenen" aufstelle (Urk. 35 Rz 49), ist offensichtlich haltlos. Damit sind im Rahmen des US-amerikanischen Rechtes für die Verwendung der zu liefernden Daten keine Schranken gesetzt, womit der schweizerische Datenschutz gänzlich ausgeschaltet wird. Auch aus diesen Gründen ist die Lieferung von Personendaten in die Vereinigten Staaten gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG 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 DSG schwerwiegend gefährdet wäre. Eine Datenlieferung kann daher gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG nur in Frage kommen, wenn es ein öffentliches Interesse gibt, welches das private Interesse der betroffenen Person, hier des Klägers, über-

⁴ www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=de

wiegt. Auf das private Interesse der datenliefernden Bank kann es nicht ankommen (BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4.3. 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 muss an und für sich auch auf die Beklagte übertragen werden, denn 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 ohne nähere Diskussion (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 öffentlichen 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 wahren öffentlichen Interessen *in vielen Einzelfällen ein paralleles Verhalten* gefordert ist" (E. 3.3.4.).

- Die Frage, ob eine Lieferung von Daten zur Wahrung eines überwiegen- den öffentlichen Interesses unerlässlich ist, ist nicht abstrakt, sondern konkret zu beurteilen, und zwar für den *Urteilszeitpunkt* (E. 3.3.4.). In die- sem Sinne kommt es darauf an, ob gesagt werden kann, dass die ver- langte Datenherausgabe *im Urteilszeitpunkt* unerlässlich ist für die Ver- meidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreites (und damit der Be- drohung des schweizerischen Bankenplatzes) sowie für die Erhaltung des guten Rufs der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin (E. 3.3.4. in fine).

Die Kammer folgt diesen bundesgerichtlichen Überlegungen.

6.5.3. Die Beklagte sieht in ihrem Fall öffentliche Interessen tangiert, weil ihr Untergang zu einem massiven Verlust von Arbeitsplätzen führen würde (Urk. 35 Rz 51), wobei sie nicht einmal vorträgt, wie viele Arbeitsplätze betroffen wären. Zu wiederholen ist aber auch in diesem Zusammenhang: Ein öffentliches Interesse stünde nur dann in Frage, wenn der Ausfall einer Bank im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BankG "die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem er- heblich schädigen würde". Das trifft aber nur auf systemrelevante Banken zu.

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 Gefähr- dung des Klägers durch die ins Auge gefasste grenzüberschreitende Datenbe- kanntgabe 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 letztlich ein Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB (BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.5.1.). Für jene Tatsachen, die für ein überwiegendes öffentliches Interesse sprechen, ist gemäss Art. 8 ZGB die Be- klagte behauptungs- und beweispflichtig. Allerdings ist die Frage, ob eine hypo- thetische Tatsache ein überwiegendes öffentliches Interesse zu belegen oder we- nigstens zu indizieren vermag, eine *Rechtsfrage*, über welche das Gericht ge-

mäss Art. 57 ZPO von Amtes wegen zu entscheiden hat (vgl. BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4.2.).

6.6.1. 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. Im Sinne von Art. 151 ZPO ist es offenkundig, dass sämtliche Institute dieser Kategorie zwischen dem 30. März 2015 und dem 27. Januar 2016 mit dem DoJ ein NPA abgeschlossen haben⁵. 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 bereits 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.

6.6.2. Sämtliche NPA lassen sich über 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 Busenhöhe lässt sich ablesen, wie gravierend die Sache für die betreffende Bank von den US-Behörden eingestuft wird.

⁵ www.justice.gov/tax/swiss-bank-program
www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/us-steuerstreit.html

Fest steht, dass die Beklagte unter den 78 Instituten der Kategorie 2 zu den gravierenden Fällen zu zählen ist, musste sie doch mit USD ... Mio. die ... [Anzahl] Busse bezahlen; höhere Bussen mussten nur ... [Anzahl] Institute zahlen (... [Namen der Institute und jeweilige Bussenhöhe]). Alle andern Institute bezahlten geringere Bussen als die Beklagte: ... [Anzahl] weitere Institute bezahlten Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma (zwischen USD ... Mio. und USD ... Mio.), ... [Anzahl] weitere Institute bezahlten Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ... [Anzahl] Institute bezahlten Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ... [Anzahl] Institute bezahlten Bussen mit ... [Zahl] Stellen vor dem Komma, ein Institut bezahlte eine Busse mit vier Stellen vor dem Komma und ein weiteres bezahlte überhaupt keine Busse.

Die Höhe der Busse zeigt, dass die Beklagte insgesamt ganz erheblich in die Affäre verstrickt war. Dennoch ist ebenso offensichtlich, dass der Beitrag des Klägers bezogen auf die gesamte US-Geschäftstätigkeit der Beklagten nicht wesentlich sein konnte. In allen 78 Fällen ist dem auf www.justice.gov publizierten NPA ein "statement of facts" bezüglich der betreffenden Bank publiziert. Für interessierte Kreise und ihre Rechtsvertreter sind das offenkundige Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO. Bezüglich der Beklagten lässt sich dort entnehmen, dass ... [Anzahl] "relationship manager" für Privatkunden ... [Anzahl] "accounts" mit Vermögenswerten in der Höhe von Fr. ... Mia. verwalteten, darunter ... [Anzahl] "U.S. Related Accounts" mit Vermögenswerten von Fr. ... Mia. Damit nahm der Kläger höchstens für 0.943% der "U.S. Related Accounts" der Beklagten die Funktion eines "Relationship Manager" wahr; die vom Kläger bei der Beklagten betreuten "U.S. Related Accounts" betrafen sodann nur 0.416% der von der Beklagten insgesamt verwalteten US-Vermögenswerte. Der durchschnittliche Vermögenswert dieser neun Konten belief sich auf Fr. 0,833 Mio., während der durchschnittliche Vermögenswert aller bei der Beklagten liegenden "U.S. Related Accounts" bei Fr. 1,428 Mio. lag (vgl. dazu auch die Ausführungen der Parteien in Urk. 35 Rz 19; Urk. 20 Rz 54; Urk. 25 Rz 77). Die Hinweise zeigen, dass der Kläger, der schwerpunktmässig ohnehin im Osteuropageschäft eingesetzt war, nur ganz am Rande "U.S. Related Accounts" betreute. Das kann Dritten auch dann

ohne weiteres verständlich gemacht werden, wenn der Name des Klägers geschwärzt und damit seine Daten nicht weitergegeben werden.

6.7. Es trifft zu, dass das NPA die Beklagte nach wie vor zu weiterer Kooperation mit dem DoJ verpflichtet. Im heutigen Zeitpunkt hat sich indessen der Steuerstreit beruhigt. Das DoJ hat weitaus die meisten Daten erhalten. Das US-Programm wurde jedenfalls grundsätzlich umgesetzt. Die Zahl der Prozesse wegen beabsichtigter Datenlieferung ist überschaubar; das ist jedenfalls die Sicht der erkennenden Kammer: 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 bei den Gerichten 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 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 drei Klagen beurteilt (LB150052 = ZR 115/2016 Nr. 21 S. 117; LA160009 und LA160028). Sodann haben sich die Parteien in der Sache LB160068 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 40 Entscheide. Die Beklagte tut nicht einmal dar, dass und gegebenenfalls inwieweit sie von weiteren Klagen betroffen ist.

Ohne weiteres ist davon auszugehen, dass das US-Programm jedenfalls hinsichtlich der Banken der Kategorie 2 weitestgehend umgesetzt wurde. 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. Wenn demgegenüber die Beklagte sich auf den Standpunkt stellt, dass "ohne die streitgegenständliche Datenlieferung" der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren werde, womit der schweizerische Finanzplatz sowie der Ruf der Schweiz als verlässliche Vertragspartnerin in Mitleidenschaft gezogen werde (Urk. 35 Rz 51), so ist das eine Mutmassung ohne plausible Grundlage.

6.8. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist sodann Folgendes von Belang: Bei Datenschutzfragen stehen stets der Schutz der Persönlichkeit und die Grundrechte der von einer Datenbearbeitung betroffenen Person, hier des Klägers, im Mittelpunkt. 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, weshalb die strittige Datenherausgabe im Urteilszeitpunkt 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 kann (vgl. dazu BGer 4A_83/2016 vom 22. September 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 Berück-

sichtigung 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 (2. Abteilung) vom 30. September 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, 31. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am: jo