

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB130059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 28. Februar 2014

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Auskunftsrecht**

**Berufung gegen ein Urteil der 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
14. Oktober 2013; Proz. CG120124**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger innert 5 Werktagen Auskunft mittels Kopien (elektronisch oder physisch) über folgende den Kläger betreffende Personendaten zu erteilen (mit Ausnahme interner Notizen, die einzig dem persönlichen Gebrauch dienen):
 - Die Gesamtheit aller Dokumente, welche Personendaten des Klägers enthalten, welche direkt oder eventuell indirekt via eine Schweizer Behörde an die amerikanischen Behörden übermittelt wurden, insbesondere Schreiben, Datensammlungen, E-Mails, Notizen, Telefonnummern;
 - die im Zusammenhang mit dieser Übermittlung erfolgten Begleitschreiben.Dies unter Angabe des Zeitpunkts der Übermittlung(en).
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (6. Abt.) vom 14. Oktober 2013:

(act. 32 S. 21)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger innert 5 Werktagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids mittels Kopien (elektronisch oder physisch) und unter Angabe des Zeitpunkts der Übermittlungen über folgende ihn betreffende Personendaten Auskunft zu erteilen (mit Ausnahme interner Notizen, die einzig dem persönlichen Gebrauch dienen):
 - Die Gesamtheit aller Dokumente, welche Personendaten des Klägers enthalten, welche direkt oder eventuell indirekt via eine Schweizer Behörde an die amerikanischen Behörden übermittelt wurden, insbesondere Schreiben, Datensammlungen, E-Mails, Notizen, Telefonnummern;
 - die im Zusammenhang mit dieser Übermittlung erfolgten Begleitschreiben.
2. Die Auskunft mittels Kopien erfolgt unter Unlesbarmachung (mit einer anderen Farbe als die Originalschwärzung) von Angaben Dritter (z.B. Mitarbeiter der Beklagten oder andere natürliche und juristische Personen), welche nach Meinung der Beklagten dem Kläger bis anhin nicht zugänglich waren. Die zusätzlichen Unlesbarmachungen sind schriftlich und nachvollziehbar zu begründen.

3. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-------------|----------|-----------------------------|
| Fr. | 8'000.00 | ; die Barauslagen betragen: |
| Fr. | 412.50 | Kosten Dolmetscher |
| <hr/> | | |
| Fr. | 8'412.50 | Total Gerichtskosten |
| <hr/> <hr/> | | |
4. Die Gerichtskosten werden in der Höhe von Fr. 7'912.50 der Beklagten auferlegt und in der Höhe von Fr. 500.– dem Kläger.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 12'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 30 S. 2):

- "1. Das Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei Urteil Dispositiv Ziff. 1 Spiegelstrich 2 sowie Ziff. 2 aufzuheben. Urteil Dispositiv Ziff. 2 sei stattdessen wie folgt zu formulieren:
- "Die Auskunft mittels Kopien erfolgt unter Unlesbarmachung (mit einer anderen Farbe als die Originalschwärzung) folgender Angaben:
- alle sich auf Kunden der A. _____ AG beziehende Angaben, soweit der Kläger diese Kunden trotz geschwärzter Namen identifizieren könnte;
 - alle Namen von Mitarbeitern der A. _____ AG und weiterer, die Mitarbeiter bestimmbare Angaben wie zum Beispiel E-Mail-Adressen und Telefonnummern;
 - alle Namen von sonstigen Dritten (nicht Kunden oder Mitarbeiter) und weiterer, diese sonstigen Dritten bestimmbare Angaben wie zum Beispiel E-Mail-Adressen und Telefonnummern;
 - alle weitem sich auf sonstige Dritte (nicht Kunden oder Mitarbeiter) beziehende Angaben, soweit der Kläger diese Dritten trotz geschwärzter Namen identifizieren könnte und Dritte daran ein Interesse haben könnten.
- Die zusätzlichen Unlesbarmachungen sind schriftlich und nachvollziehbar zu begründen."
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zu Lasten des Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 38 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen und es sei der erstinstanzliche Entscheid in Gutheissung der Klage zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich des erstinstanzlichen Verfahrens) zu Lasten der Beklagten/Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang

1. Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens steht die Frage, ob der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) gegenüber der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) im Rahmen seines datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts Anspruch auf Kopien derjenigen Dokumente hat, welche ihn betreffende Personendaten enthalten und welche die Beklagte den amerikanischen Behörden "Department of Justice" (DOJ) übermittelt hat. Die Beklagte verneint einen solchen Anspruch.

2. Dem Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger ist schweizerisch-amerikanischer Doppelbürger, war bei der C._____ AG tätig und nach der Fusion der C._____ AG mit der Beklagten bei der Beklagten. Er wurde per 1. April 2013 in der Funktion eines Direktors im Bereich Private Banking bei der Beklagten in Genf vorzeitig pensioniert. Die Beklagte ist eine der Schweizer Banken, gegen die die US-amerikanische Behörde "Department of Justice" (DOJ) eine Untersuchung über ihre Crossborder-Geschäfte eingeleitet hat. Gestützt auf die vom Bundesrat mit Beschluss vom 4. April 2012 erteilte Ermächtigung und der Empfehlung der FINMA vom 11. April 2012, "im Rahmen der durch diesen Bundesratsbeschluss geschaffenen Möglichkeiten zu kooperieren", hat die Beklagte Daten an die amerikanischen Behörden geliefert. Gemäss Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) vom 15. Oktober 2012 beurteilte dieser die Übermittlung der Daten angesichts der überwiegenden öffentlichen Interessen der Banken als datenschutzkonform (act. 15 S. 6 f.; act. 16/9).

Der Kläger verlangte von der Beklagten mit Schreiben vom 2. Juli 2012 Auskunft darüber, ob sein Name in den übermittelten Daten enthalten sei, und er verlangte aufgrund der Antwort der Beklagten Kopien der fraglichen Dokumente. Die Beklagte verweigerte ihm diese, bot ihm indes Einsicht in die Dokumente sowie die Versiegelung der eingesehenen Dokumente zu Beweis Zwecken an.

3. Mit seiner vor Vorinstanz erhobenen Klage verlangt der Kläger gestützt auf Art. 8 Abs. 5 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 Kopien der Dokumente und der Begleitschreiben, so wie sie von der Beklagten an die US-Behörden geliefert wurden. Die Beklagte lehnt dies ab und geht davon aus, dass sie mit der angebotenen Einsicht in die Dokumente ihrer datenschutzrechtlichen Verpflichtung nachgekommen sei. Mit Urteil vom 14. Oktober 2013 hiess die Vorinstanz die Klage im Wesentlichen gut (act. 32).

4. Am 11. November 2013 erhob die Beklagte fristgerecht Berufung (act. 30 i.V.m. act. 27). Nach rechtzeitig einbezahltem Prozesskostenvorschuss erstattete der Kläger innert Frist die Berufungsantwort (act. 32). Die Prozessstandpunkte der Parteien sind im Berufungsverfahren unverändert. Am 4. Februar 2014 wurde der Beklagten die Berufungsantwort zugestellt (act. 40 und 41). Mit Eingabe vom 14. Februar 2014 ersuchte die Beklagte um Ansetzung einer Frist für eine formelle Replik (act. 43).

II. Formelles

1. Die Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Sie sind unstreitig gegeben. Art. 311 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Berufung schriftlich und begründet einzureichen ist. Aus dieser Pflicht zur Begründung ergibt sich, dass die Berufungsschrift (zu begründende) Anträge enthalten muss. Im Rahmen der Begründung hat die Berufungsklägerin sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Die Berufungsschrift erfüllt diese Voraussetzungen ohne weiteres.

Mit der Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraumes liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles trotzdem als unzweckmässig erscheint (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 310 N 6 und 36).

2. Nach Eingang der Berufungsantwort entscheidet die Rechtsmittelinstanz über das weitere Vorgehen. Sie kann eine Verhandlung durchführen, einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 und 2 ZPO). Dabei kommt ihr ein grosser Gestaltungs- bzw. Ermessensspielraum zu (ZK ZPO- REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 316 N 10 und 17). Ein Anspruch auf formelle Replik, also eine Schrift zum zweiten Schriftenwechsel, wie ihn die Beklagte mit ihrer Eingabe vom 14. Februar 2014 zu erheben scheint (act. 43), besteht nicht und ergibt sich insbesondere auch nicht aus der von ihr zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Den Parteien ist nach dieser Rechtsprechung die Möglichkeit zu geben, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen (materielles Replikrecht), und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGE 138 I 154 E. 2.3.3. unter Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.1. und dortigen Hinweisen auf die Praxis des EGMR). Für die Gewährung des formellen oder des materiellen Replikrechts kann das Gericht dem Betroffenen eine Frist ansetzen. Im ersten Fall wird ein zweiter Schriftenwechsel eröffnet, im zweiten Fall die fristgebundene Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben. Es genügt aber grundsätzlich, dass den Parteien die Eingaben zur Kenntnis zugestellt werden, wenn von ihnen, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen (BGer 5A_296/2013 vom 9. Juli 2013, E. 3.1. unter Hinweis auf BGE 138 I 484 E. 2.4.), wenn ihnen das tunlich erscheint.

Der Beklagten wurde die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt, womit die Beklagte Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt. Da die Zustellung nicht mit einer Fristansetzung verbunden war, konnte und durfte von der anwaltlich vertretenen Beklagten erwartet werden, dass sie innert der üblichen Frist von sich aus Stellung nimmt. Ein Anspruch auf eine formelle Replik und damit letztlich auf einen zweiten Schriftenwechsel steht ihr wie gesehen nicht zu. Es wurde daher auf die Ansetzung einer Frist zur formellen Replik und zur Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels verzichtet. Nach Ablauf der für eine Stellungnahme üblichen Frist erweist sich die Sache als spruchreif.

3. Beide Parteien berufen sich in ihren Berufungseingaben auf das Novenrecht gestützt auf Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO.

Der Kläger weist in der Berufungsantwortsschrift zu Recht darauf hin, dass aus der Berufungsschrift nicht ohne weiteres erkennbar sei, welche Tatsachenbehauptungen aus Sicht der Beklagten neu sein sollen (act. 38 S. 9). Soweit die Beklagte das Begleitschreiben vom 18. Januar 2013 (act. 31/2) als Novum zu den Akten reicht, weist dies der Kläger zurück. Er beruft sich dann allerdings selbst darauf, reicht es ebenfalls als Novum ein und macht geltend, es habe mangels Verfügbarkeit für den Kläger nicht früher eingereicht werden können. Er geht davon aus, die Beklagte erfülle damit sein Begehren wenigstens teilweise (act. 38 S. 10 und act. 39/1). Des weiteren reicht er als Novum Schreiben der Beklagten vom 30. Mai 2013 sowie vom 11. November 2013 ein, in denen der Kläger über neue Übermittlungen von Geschäftsunterlagen an US-Behörden orientiert wird (act. 39/2 und 39/3). Die beiden Schreiben datieren von einem Zeitpunkt, der nach der vorinstanzlichen Hauptverhandlung bzw. nach dem erstinstanzlichen Entscheid erging. Da den neu eingereichten Dokumenten keine Entscheidrelevanz zukommt, kann letztlich offen bleiben, ob sie als zulässige Noven zu betrachten sind oder nicht. Gleiches gilt für die neuen Vorbringen des Klägers zur Verhaftung eines D.____-Bankmitarbeiters und der irrtümlichen Verhaftung einer weiteren Person (act. 38 S. 8 und act. 39/4 und 39/5). Auch ihnen kommt für die Entscheidungsfindung keine Bedeutung zu.

4. Der Einwand der Beklagten, die Vorinstanz habe das von ihr zum integrierenden (sic!) Bestandteil erklärte und ausgiebig zitierte Privatgutachten kommentarlos ignoriert (30 S. 4), erweist sich insoweit als unzutreffend, wie die im Gutachten vertretenen Auffassungen sich in den Rechtsschriften der Beklagten wiederfinden und die Vorinstanz hierauf durchaus einging. Die Beklagte leitet aus dem Einwand denn auch nichts ab.

III. Materielles

1. Das Auskunftsrecht stellt ein Grundprinzip des Datenschutzes dar. Es ermöglicht der betroffenen Person, die sie betreffenden Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der Grundsätze wie rechtmässige Beschaffung, Treu und Glauben bei der Bearbeitung, Richtigkeit und Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung in der Rechtswirklichkeit zu überprüfen und deren Durchsetzung zu ermöglichen (Botschaft DSG S. 433). Das Auskunftsrecht ist in den Art. 8 - 10 DSG und Art. 1 und 2 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (VDSG) geregelt. Es unterstützt und ergänzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) sowie den Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB (Gramigna/Maurer-Lambrou, BSK DSG, 2. Aufl., Art. 8 N 1 ff.; BGE 138 III 425 E. 5.3). Das Auskunftsrecht steht jeder Person grundsätzlich voraussetzungslos, mithin ohne Interessensnachweis zu. Es kann im Rahmen von Art. 9 und 10 DSG oder über die Modalitäten gemäss Art. 1 VDSG oder eine Kostenbeteiligung (Art. 2 VDSG) eingeschränkt werden und steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes (Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 9 N 2).

Der Auskunfterteilung können Schutzinteressen eines Dritten oder aber der datenbearbeitenden Person selbst entgegenstehen. Mit Ausnahme, da ein formelles Gesetz eine Einschränkung der Auskunft vorsieht (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG), ist eine Güterabwägung im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Die Beweislast für ein überwiegendes Interesse liegt beim Inhaber der Datensammlung, der sich auf das Vorliegen eines das Auskunftsrecht einschränkenden Tatbestandes beruft. Die Gründe der Einschränkung sind in Art. 9 DSG abschliessend aufgezählt; jede

Verweigerung, Einschränkung oder der Aufschub einer Auskunft ist sodann gemäss Art. 9 Abs. 4 DSG zu begründen.

Die Auskunft ist in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie kostenlos zu erteilen. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen (Art. 8 Abs. 5 DSG). Eine solche Ausnahme sieht Art. 1 Abs. 3 VDSG vor. Danach kann im Einvernehmen mit dem Inhaber der Datensammlung oder auf dessen Vorschlag hin die betroffene Person ihre Daten auch an Ort und Stelle einsehen und es kann die Auskunft auch mündlich erteilt werden, wenn die betroffene Person eingewilligt hat und vom Inhaber identifiziert worden ist. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGE 125 II 321 E. 3b (= Pra 2000 44 E. 3b) wie bereits in BGE 123 II 534 ff. E. 3c festgehalten, dass eine Einsichtnahme in die Aktenstücke an Ort und Stelle oder auch eine mündliche Bekanntgabe nur dann eine schriftliche Auskunft ersetzen könne, wenn die betroffene Person diesem Vorgehen zustimme. Gleichzeitig liess es offen, ob abgesehen von diesem in der bundesrätlichen Verordnung vorgesehenen Fall weitere Ausnahmen vom Grundsatz der schriftlichen Auskunft in Betracht gezogen werden können. Jedenfalls müssten dafür besondere Umstände angerufen werden, welche der Sendung einer Kopie des Dossiers entgegen stehen würden oder diese Form der Auskunft als nicht geeignet erscheinen liessen. Für die geltend gemachte unverhältnismässige Mehrarbeit habe der Gesetzgeber nicht die Ausnahme von der Schriftlichkeit, sondern die Ausnahme von der Unentgeltlichkeit vorgesehen (BGE 125 II 321 E. 3b [= Pra 2000 44 E. 3b]).

2. Es ist auch im Berufungsverfahren nicht streitig, dass der Kläger gegenüber der Beklagten gestützt auf das DSG einen Auskunftsanspruch hat bezüglich der Dokumente, welche die Beklagte den amerikanischen Behörden übermittelte und die sich auf seine Person beziehen. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass es dabei nicht darauf ankomme, ob es sich beim Datentransfer um eine rechtmässige Übermittlung handle, sowie dass eine Empfehlung des EDÖB für den gerichtlichen Entscheid nicht bindend sei. Dies wurde im Berufungsverfahren denn auch nicht beanstandet.

3. Wie schon vor Vorinstanz beruft sich die Beklagte auch im Berufungsverfahren einerseits auf die Einschränkungsründe gemäss Art. 9 DSG, andererseits

auf die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 3 VDSG. Es ist nachstehend darauf einzugehen.

Vorab ist festzuhalten, dass der im Berufungsverfahren erhobene Einwand der Beklagten, es könnten zum Schutz der Interessen von Kunden, andern Mitarbeitern und von Dritten Kopien nur mit erheblichen zusätzlichen Abdeckungen herausgegeben werden (act. 30 S. 4), nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls allein für sich keinen genügenden Grund bildet, um vom Grundsatz abzuweichen, dass die Auskunft schriftlich zu erteilen ist. Es kann sodann nicht darum gehen, was aus Sicht der Beklagten die geeignetere Form ist, das Auskunftsrecht des Klägers zu befriedigen (act. 30 S. 4). Vielmehr geht es einzig darum zu beurteilen, ob der Kläger Anspruch darauf hat, dieses durch das Herausverlangen von Kopien auszuüben.

4.1. Vor Vorinstanz ging die Beklagte davon aus, es ergebe sich aus den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen und Weisungen, denen der Kläger – zuletzt nochmals anlässlich seiner Pensionierung – zugestimmt habe, sein Einverständnis zum Verzicht auf eine schriftliche Auskunft. Eine Einsicht in die ungeschwärzten Dokumente wäre sodann für eine allfällige Beweisführung geeigneter, weshalb auch besondere Umstände vorlägen, die einen Verzicht auf die Herausgabe zuliessen (act. 15 S. 14 ff.; act. 21 S. 2 ff.). Letztere Auffassung entspricht derjenigen des von der Beklagten beigezogenen Privatgutachters (act. 16/11 S. 4 N 9).

4.2. Die Vorinstanz hielt dafür, dass ein Verzicht auf das Auskunftsrecht oder eine anderweitige rechtsgeschäftliche Erschwerung desselben im Voraus nichtig sei, weshalb offen bleiben könne, ob mit den Reglementen ein impliziter Verzicht vorliege (act. 32 S. 17/8).

4.3. Die Beklagte hält dieser Rechtsauffassung im Berufungsverfahren diejenige des EDÖB entgegen. Sie verweist darauf, dass eine vorgängige Zustimmung nur verpönt sei, soweit die vorgängige Vereinbarung den Rahmen von Art. 1 und 2 VDSG verlasse, was vorliegend nicht der Fall sei. Die vorgängige Zustimmung des Klägers, das Auskunftsrecht nur durch Einsicht auszuüben, erweise sich daher als zulässig. Bei gegenteiliger Auffassung würden die arbeitsrechtlich zulässig-

gen Vereinbarungen bzw. Weisungen, die zum Schutz des Bankgeheimnisses notwendig seien, auf dem Umweg der datenschutzrechtlichen Auskunft ausgehebelt. Die von der Beklagten ermöglichte Einsichtnahme stelle sicher, dass diese Ansprüche nicht vereitelt würden (act. 30 S. 20 - 22).

4.4. Als Verzicht gilt nach der auch von der Beklagten zitierten Lehre nicht nur der Verzicht auf die Auskunft als solche, sondern auch jegliche Erschwerung des Auskunftsrechts. Ein Verzicht ist es demnach auch, vom Regelfall gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG abzuweichen und vom Auskunftsrecht durch Einsicht Gebrauch zu machen, wie dies Art. 1 Abs. 3 VDSG vorsieht. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass der von ihr behauptete Vorausverzicht des Klägers damit inhaltlich innerhalb des gemäss Verordnung zulässigen Rahmens liegt. Daraus kann aber nicht ohne weiteres gefolgert werden, es sei in diesem Rahmen in jedem Fall auch ein Vorausverzicht zulässig. Ein Vorausverzicht ist nur dann zulässig, wenn sich die betroffene Person im Zeitpunkt des Verzichts ein Bild über die Tragweite der Bearbeitung ihrer Personendaten machen konnte, was wiederum voraussetzt, dass sich der Gegenstand oder eben die Bearbeitung nicht verändert (vgl. dazu auch: Gramigna/Maurer-Lambrou, a.a.O. Art. 8 N 61). Dass diese Voraussetzung vorliegend erfüllt wäre, behauptet die Beklagte nicht, und es ist das auch nicht ersichtlich. Die von ihr erwähnten, im Recht liegenden Vereinbarungen regeln Einzelheiten in der arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen der Beklagten und dem Kläger; es geht primär um die Pflichten des Arbeitnehmers, selbst keine Daten weiterzugeben, oder um dessen Pflicht zur Rückgabe von Akten und Daten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (act. 15 S. 4 f. i.V.m. act. 16/4-7). Demgegenüber steht heute der Auskunftsanspruch des Klägers zur Diskussion, nachdem die Beklagte Daten des Klägers an Dritte herausgegeben hat. Selbst wenn die Beklagte unter Verweis auf das von ihr eingeholte Gutachten (act. 16/11 S. 5 Rz 12) in der Unterwerfung des Klägers unter diese arbeitsrechtliche Regelung einen impliziten Verzicht auf die Herausgabe der Daten sieht (– von mehr spricht sie selbst nicht –), liesse sich dieser nicht ohne weiteres auf den heute veränderten Sachverhalt übertragen: Der vorliegend zu beurteilende Auskunftsanspruch aufgrund der Datenbearbeitung durch die Beklagte könnte von einem solchen Verzicht nicht erfasst sein.

Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt – und es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (act. 32 S. 18/19) –, dass die Beklagte sodann keine "besonderen Umstände" dargetan hat, die es ausserhalb von Art. 1 Abs. 3 VDSG zulassen würden, von der gebotenen Schriftlichkeit der Auskunft abzuweichen (act. 32 S. 18/19). Es können deshalb auch Weiterungen zur Frage, ob weitergehende Ausnahmen überhaupt zulässig sind, unterbleiben. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies, wie gesehen, offen gelassen worden (BGE 123 II 534 E. 3c).

5.1. Das Auskunftsrecht kann gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG eingeschränkt werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht. Die Beklagte beruft sich – wie vor Vorinstanz – darauf, dass der vom Kläger verlangten Herausgabe das Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG entgegenstehe. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die an die US-Behörden übermittelten Dokumente gemäss eigener Darstellung der Beklagten geschwärzt waren und keine bankkundengeheimnisrelevanten Informationen enthielten, weshalb auch eine Weitergabe an den Kläger keine Bankgeheimnisverletzung darstellen würde. Selbst wenn aber nicht sämtliche Schwärzungen von bankkundengeheimnisrelevanten Informationen gemacht worden wären, unterstünde der Kläger dem Bankgeheimnis, weshalb kein Anlass bestehe, von der Gefahr einer Weitergabe von bankkundengeheimnisrelevanten Informationen auszugehen. Die Vorinstanz erwog weiter, dass eine Bankgeheimnisverletzung wohl in Betracht käme, wenn der Kläger aufgrund seiner früheren Anstellung trotz Schwärzung Rückschlüsse auf bankkundengeheimnisrelevante Informationen ziehen könnte, dies indes auch bei einer Einsicht in die Dokumente der Fall wäre (act. 32 S. 13/14).

5.2. Die Beklagte weist in der Berufungsschrift zu Recht darauf hin, dass der Umstand, dass der Kläger auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten dem Bankgeheimnis untersteht, nicht bedeutet, dass die Beklagte ihm das vom Bankgeheimnis geschützte Wissen weitergeben dürfe (act. 30 S. 7). Zutreffend ist auch der Einwand, dass die Mitteilung an den Kläger als heute Aussenstehender, aber der Geheimnispflicht Unterliegender, den Verletzungstatbestand nicht aufhebt. Einer Herausgabe von Dokumenten, auf welchen

bankkundengeheimnis-relevante Informationen nicht geschwärzt wären, stünde Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO entgegen, wobei dies nach der Rechtsauffassung der Beklagten wohl auch für die blosser Einsichtnahme gelten müsste.

5.3 Nachdem der Kläger die vorinstanzlich angeordnete Einschränkung gemäss Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides nicht angefochten hat, bilden Gegenstand des Berufungsverfahrens ausschliesslich die den US-Behörden übergebenen geschwärzten Dokumente (welche Personendaten des Klägers enthalten) und die Begleitschreiben, unter *zusätzlicher Unlesbarmachung* von Angaben Dritter, welche nach Meinung der Beklagten dem Kläger bis anhin nicht zugänglich waren (act. 32 Dispositiv Ziff. 1 und 2). Es ist davon auszugehen, dass die Dokumente damit keine bankkundengeheimnis-relevanten Informationen enthalten. Zu prüfen bleibt, ob deren Herausgabe deshalb eine Bankgeheimnisverletzung darstellen könnte, weil der Kläger Kunden aufgrund seines Vorwissens erkennen kann (act. 30 S. 8 Rz 20 ff.). Die Beklagte macht geltend, mit der Einsicht als milderer Mittel könnte dieser Gefahr besser entgegnet werden.

Dass mit der Herausgabe der fraglichen Dokumente an den Kläger eine Bankgeheimnisverletzung im Sinne von Art. 47 BankG bei Aushändigung der geschwärzten Dokumente tatsächlich vorläge, macht die Beklagte selbst nicht geltend. Sie spricht zwar vom Risiko, dass dies künftig der Fall sein könnte, ohne dieses indes zu konkretisieren. Die Vorinstanz erwähnt zwar auch eine solche Möglichkeit (act. 32 S. 13 E. 2.3.1.), hält aber gleichzeitig fest, dass keinerlei Anlass bestehe, von der Gefahr einer Weitergabe von bankkundengeheimnis-relevanten Informationen durch den Kläger auszugehen. Dabei verweist sie auf dessen Position als Direktor und die ordentlich erfolgte Pensionierung sowie darauf, dass die Beklagte keine begründeten Zweifel daran vorbringe, dass der Kläger seinen weitergeltenden Pflichten nicht nachkommen könnte (act. 32 S. 13). Mit dieser Argumentation setzt sich die Beklagte nicht auseinander und sie hält ihr nichts Gegenteiliges entgegen. Soweit sie neu – ohne sich auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berufen und damit verspätet – geltend macht, gerade dann, wenn der Kläger die Unterlagen benötige, um gegebenenfalls bei der Einreise in die USA Belege zur Hand zu haben, sich das Risiko einer Offenbarung von Geheimnissen verwirkliche und der

Kläger gerade dann unter besonderem Druck stehe, die Identität der geschwärzten Kunden offenzulegen (act. 30 S. 9 Rz 23 lit. b), kann sie nicht mehr gehört werden.

Eine Einschränkung des Auskunftsrechts gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO muss nach dem Gesagten entfallen.

6.1. Das Auskunftsrecht kann im Weiteren eingeschränkt werden, wenn es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSGVO).

6.2. Die Beklagte schliesst aus dem vorinstanzlichen Entscheid (act. 32 S. 15 E. 2.4.1), die Vorinstanz scheine davon auszugehen, dass der Kläger grundsätzlich ein Recht habe, über Personendaten Dritter Auskunft zu erhalten, was nicht zutrefte. Vielmehr müssten solche Daten bei der Herausgabe abgedeckt werden (act. 30 S. 12/13). Es erübrigen sich Weiterungen dazu, nachdem – wie gesehen – im Berufungsverfahren einzig noch eine Herausgabe von Personendaten des Klägers enthaltende Dokumente zu beurteilen ist, in welchen Angaben Dritter zusätzlich unlesbar gemacht sind.

6.3. Bei der Interessenabwägung ist vorab mit der Vorinstanz festzuhalten, dass dem Gericht die fraglichen Dokumente nicht vorliegen, was eine Interessenabwägung schwierig erscheinen lässt.

Nach den Vorbringen der Beklagten vor Vorinstanz handelt es sich vornehmlich um E-Mails, ausschliesslich geschäftlicher Natur. Es seien allgemeine Informationsemails in Bezug auf das Handling von US-Kunden, ferner solche, in welchen auf regulatorische Erfordernisse aufmerksam gemacht wurde. Eine Präsenzliste der internen Schulung, aber auch E-Mails mit Vorgesetzten über Kunden oder einen Transfer an einen andern Relationshipmanager seien ebenso dabei (Prot. VI S. 13). In den Mitarbeiterorientierungen sei hinsichtlich des Inhalts der übermittelten Dokumente Folgendes festgehalten: "Bei den zur Übermittlung bestimmten Geschäftsunterlagen handelt es sich um interne E-Mail-Korrespondenz (inkl. Attachment) über in den USA domizilierte Kunden sowie über das US Crossborder Business generell. Ebenfalls übermittelt werden sollen damit in Zusammenhang stehende Berichte und Protokolle. Alle diese Geschäftsunterlagen stammen aus der Zeitperiode von Oktober 2002 bis Juli 2011. Kundenidentifizierende In-

formationen wurden unkenntlich gemacht" (act. 21 S. 8 unter Verweis auf act. 22/17 und 22/21). In der Duplik erklärte die Beklagte, es gehe (bisher) um rund 75 Dokumente mit total ca. 200 Seiten, welche der Kläger im Rahmen der Einsichtnahme in einer halben bis einer Stunde überblicken könne (act. 21 S. 9).

6.4. Im Berufungsverfahren geht die Beklagte unter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen davon aus, dass sowohl durch die Einsichtnahme als auch die Herausgabe von Kopien die Datenbearbeitung von anderen Mitarbeitenden zweckentfremdet werde und dass sie, die Beklagte, mit der Herausgabe von Unterlagen ohne zusätzliche Schwärzungen ihre Zusagen an die Arbeitnehmer verletzen würde. Die Vorinstanz scheine dem Kläger zuzubilligen, Daten von andern Mitarbeitern gegenüber Dritten für seine eigenen Zwecke verwenden zu dürfen, was deren Anspruch auf Geheimhaltung grob verletze (act. 30 S. 13/14). Der Kläger seinerseits habe kein schützenswertes Interesse an Personendaten Dritter. Insbesondere sei nicht schützenswert, bei der Einreise in die USA Dokumente mit Personendaten von Dritten zur Hand zu haben (act. 30 S. 15). Das schützenswerte Interesse des Klägers verneint die Beklagte auch mit der Begründung, es sei abwegig anzunehmen, der Kläger könne bei einer Einreise in die USA an Ort und Stelle allfälligen Vorwürfen wirksam entgegentreten und es sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nicht notorisch, dass diverse Schweizer Banker an den Flughäfen von amerikanischen Städten angehalten würden. Ihr, der Beklagten, sei von keinem ihrer Mitarbeiter solches bekannt und die Gefahr beim Kläger sei umso geringer, als er in einem Team tätig gewesen sei, das allgemein europäische Kunden betreue. Damit der Kläger erkennen könne, was in die USA übermittelt worden sei, benötige er keine Kopien, sondern Kenntnis. Was er verlange, gehe darüber hinaus und die Vorinstanz berücksichtige mit der Gewährung ein datenschutzfremdes Interesse (act. 30 S. 15 - 18).

6.5. Der Kläger betont auch im Berufungsverfahren sein bereits vor Vorinstanz geltend gemachtes Interesse an der Herausgabe der Kopien, einerseits frei und ohne Furcht (in die USA) reisen zu können, andererseits das Interesse, in der Lage zu sein, die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung zu kontrollieren, falls ihm ein Nachteil widerfahre. Er weist darauf hin, dass es sich bei dem von der Beklag-

ten angegebenen Umfang von rund 75 Dokumenten mit total ca. 200 Seiten bei drei der inzwischen auf fünf angewachsenen Anzahl Übermittlungen an die US-Behörden um eine Menge handle, die er sich unmöglich alle merken könne, weshalb er die Kopien brauche (act. 38 S. 4 f. und S. 7, unter detailliertem Hinweis auf die entsprechenden Behauptungen im vorinstanzlichen Verfahren). Er bestreitet die ihm von der Beklagten in der Berufungsbegründung unterstellte Intention, mit den herausverlangten Dokumenten in die USA einreisen zu wollen (act. 38 S. 10/11). Auch macht er geltend, dass er für die effektive Kontrolle der Datenbearbeitung durch die Beklagte die Herausgabe der Kopien der übermittelten Dokumente und zwar in ihrer möglichst authentischen Fassung benötige (act. 38 S. 16 Rz 87 ff.). Bei jeder Übermittlung für die Einsicht in die Dokumente von Genf nach Zürich fahren zu müssen, hält er für nicht zumutbar.

6.6. Die Beklagte beruft sich auch im Zusammenhang mit der Interessenabwägung im Wesentlichen auf die Interessen anderer Mitarbeiter, welche durch die Herausgabe der verlangten Dokumente betroffen sind. Werden ausschliesslich die den US-Behörden übermittelten geschwärzten Dokumente herausgegeben und dies unter zusätzlicher Unlesbarmachung von Angaben Dritter, wie dies im Berufungsverfahren einzig noch zur Diskussion steht, ist dem Interesse der Dritten und der Gefahr der Zweckentfremdung der Drittdaten Rechnung getragen. Da weitergehende Interessen seitens der Beklagten nicht geltend gemacht sind, wären die klägerischen Interessen daher einzig noch unter dem Aspekt der Zweckentfremdung bzw. des Rechtsmissbrauchsverbots zu prüfen, weil ihm im Übrigen das Auskunftsrecht in der Form der schriftlichen Auskunft gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG voraussetzungslos zusteht (BGE 138 II 425 ff. E. 5.4).

Das von der Beklagten an sich nicht in Frage gestellte Interesse des Klägers an der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung, insbesondere im Fall, dass ihm ein Nachteil widerfahre, ist vom Sinn und Zweck von Art. 8 DSG ohne weiteres gedeckt. Die Auskunft kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch verlangt werden, um prüfen zu können, ob rechtliche Schritte zur Geltendmachung von Ansprüchen geltend gemacht werden sollen. Sie kann mithin auch Beweis Zwecken dienen, wenn sich der Kläger damit keinen von der Zi-

vilprozessordnung nicht vorgesehenen oder verpönten Vorteil verschaffen will (BGE 138 II 425 ff. E. 6.4.); das wird vorliegend nicht geltend gemacht und es bestehen dafür auch keine Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass es – wie der Kläger auf entsprechende Ausführungen der Beklagten in der Duplik (act. 21) bereits vor Vorinstanz geltend machte (Prot. VI S. 15) – die Menge von Dokumenten, um die es bereits vor Vorinstanz ging, nicht zulassen würde, bei blosser Einsicht so memoriert werden zu können, dass sie in einem späteren Zeitpunkt soweit nötig wieder verwendet werden könnten. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, erweist sich aber auch das Interesse des Klägers, sich bei allfälligen Nachteilen, die ihm bei der Einreise in die USA wegen der Datenübermittlung durch die Beklagte entstehen könnten, keineswegs als zweckwidrig oder gar rechtsmissbräuchlich. Auf Letzteres beruft sich die Beklagte im Berufungsverfahren denn auch nicht mehr.

Unabhängig von den vom Kläger im Berufungsverfahren neu eingereichten Dokumenten (act. 39/2 - 6) und den dazu vorgebrachten neuen Behauptungen (act. 38 S 8 f.) ist das schützenswerte Interesse des Klägers zu bejahen und es muss davon ausgegangen werden, dass diesem Interesse mit der zusätzlichen Unlesbarmachung von Daten Dritter keine höheren Drittinteressen entgegenstehen.

7.1. Die Vorinstanz räumte dem Kläger auch bezüglich der Begleitschreiben ein Auskunftsrecht ein und ging davon aus, dass dieses aufgrund des engen Konnexes zur Gesamtheit der Personendaten des Klägers gezählt werden müsse, weil davon ausgegangen werden müsse, dass sie auf das Datenpaket Bezug nähmen und damit einen engen Zusammenhang unter anderem mit den Daten des Klägers hätten (act. 32 S. 12).

7.2. Die Beklagte macht dagegen unter Einreichung eines solchen Begleitschreibens im Berufungsverfahren (act. 31/2 = act. 39/1) geltend, die Begleitschreiben enthielten keine Personendaten des Klägers. Dass sich die Schreiben gerade auf den Kläger beziehen würden, habe er weder behauptet noch treffe dies zu. Selbst wenn die Begleitschreiben aber Personendaten des Klägers enthalten würden, so

die Beklagte, gehörten sie nicht zur Datensammlung betreffend den Kläger und dürften diesem nicht herausgegeben werden (act. 30 S. 19/20).

7.3. Wie es bereits der Name sagt, "begleiten" die Begleitschreiben die Datenübermittlung. Es ist deshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sie mit den übermittelten Daten eine enge Verbindung aufweisen und auf diese Bezug nehmen. Unabhängig davon, ob sie selbst Personendaten enthalten oder nicht, ergibt sich aus der "Natur des Begleitschreibens", dass sie geeignet sind, über Zweck und Rechtsgrundlagen des Bearbeitens Auskunft zu geben, allenfalls auch über Kategorien der Personendaten oder Empfänger. Auch dies bildet gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b DSGVO Gegenstand der Auskunft (Rosenthal, HK DSGVO, Art. 8 Abs. 2 N 17 f.; Gramigna/Maurer-Lambrou, BSK DSGVO, Art. 8 N 28 ff.). Wenn die Vorinstanz die Auskunftspflicht der Beklagten auch bezüglich der Begleitschreiben mitumfasste, ist dies daher nicht zu beanstanden. Es erübrigt sich deshalb, auf die neuen Vorbringen des Klägers zum konkreten, neu eingereichten Begleitschreiben (act. 32/1 = act. 39/1) sowie auf die von ihm daraus gezogenen Schlüsse (act. 38 S. 12) näher einzugehen.

8.1. Dem Auskunftsrecht des Klägers gemäss Art. 8 Abs. 5 DSGVO stehen nach dem Gesagten grundsätzlich keine Hinderungsgründe entgegen. Die Vorinstanz hat dabei festgestellt, die Auskunft mittels Kopien habe unter Unlesbarmachung (mit einer andern Farbe als die Originalschwärzung) von Angaben Dritter (z.B. Mitarbeiter der Beklagten oder andere natürliche und juristische Personen), welche nach Meinung der Beklagten dem Kläger bis anhin nicht zugänglich waren, zu erfolgen (act. 32 Dispositiv Ziff. 2).

8.2. Die Beklagte verlangt im Eventualantrag eine Modifizierung von Dispositiv Ziff. 2 im Sinne der eingangs dargestellten Begehren. Zur Begründung macht sie geltend, sie müsse vor einer Herausgabe von Dokumenten alle sich auf Kunden beziehenden Angaben abdecken können, soweit der Kläger diese Kunden trotz geschwärzter Namen identifizieren könnte (act. 30 S. 11). Dass und weshalb die vorinstanzlich angeordnete Einschränkung, die sich namentlich nicht nur auf Kunden, sondern auch auf Mitarbeiter bezieht, welche die Beklagte zwar im Berufungsantrag, nicht aber in der Begründung erwähnt, diesem Anliegen nicht genü-

gen soll, tut die Beklagte nicht dar. Insoweit fehlt es an einer hinreichenden Begründung des Eventualantrages, weshalb er abzuweisen ist.

9. Zusammenfassend ist das dem Kläger gemäss vorinstanzlichem Urteil zugesprochene Auskunftsrecht ausgewiesen. Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, Einzelgericht vom 14. Oktober 2013 ist insoweit zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv ist ebenfalls zu bestätigen. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 8'000.-- festzusetzen und aus dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Ausserdem ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- zu bezahlen. Mangels Antrag entfällt die Entschädigung für die Mehrwertsteuer.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich (6. Abteilung, Einzelgericht) vom 14. Oktober 2013 werden bestätigt.
2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelungen (Dispositivziffern 3 - 5) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'000.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und aus dem geleisteten Prozesskostenvorschuss bezogen.

5. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 43, sowie an das Bezirksgericht Zürich (6. Abteilung, Einzelgericht), je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

MLaw D. Weil

versandt am: