

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB150052-O/U.doc

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 8. Februar 2016

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ (Suisse) SA,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwältin Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Datenschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom  
9. Juli 2015 (CG140026-F)**

**Rechtsbegehren der Klägerin:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten zu verbieten, die persönlichen Informationen der Klägerin dem US-Justiz-Ministerium (US Department of Justice, "DoJ") bekannt zu geben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Juli 2015:**

1. Der Beklagte wird verboten, die persönlichen Informationen der Klägerin dem US-Justiz-Ministerium (US Department of Justice, "DoJ") bekannt zu geben.
2. Das Verbot gemäss der vorstehenden Ziffer 1 ergeht unter der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle der Nichtbefolgung.

*Art. 292 StGB lautet wie folgt:*

*"Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen:*

*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."*

3. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf Fr. 8'000.–.
4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und vorab mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Der Klägerin wird in der Höhe des von ihr geleisteten Vorschusses ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Es wird festgestellt, dass die Klägerin einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.– geleistet hat.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 10'800.– (inkl. 8 % MWST) zu bezahlen.
6. [Mitteilungen].
7. [Rechtsmittelbelehrung].

### **Berufungsanträge:**

#### der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 5):

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Juli 2015 (Verfahren Nr. CG140026) aufzuheben und es sei die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten, wonach der Beklagten und Berufungsklägerin zu verbieten sei, die persönlichen Informationen der Klägerin/Berufungsbeklagten dem US-Justiz-Ministerium (US Department of Justice, "DoJ") bekannt zu geben, abzuweisen;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten."

#### der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 47 S. 2):

1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, I. Abteilung, vom 9. Juli 2015 (CG140026-F) abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt

1.1. Die A.\_\_\_\_\_ ist eine grosse französische Geschäftsbank mit Sitz in ... [Stadt in Europa]. In der Schweiz betreibt sie das Bankgeschäft über die Beklagte, die A.\_\_\_\_\_ (Suisse) SA, die ihren Sitz in ... [Stadt in der Schweiz] und Zweigniederlassungen in ... [Städte in der Schweiz].

1.2. Die Klägerin stand seinerzeit in einem Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ Suisse SA mit Sitz ... [Stadt in der Schweiz], welche eine Zweigniederlassung in ... [Stadt in der Schweiz] hatte. Gemäss dem Eintrag im Handelsregister stand ihr seit dem tt.mm.jjjj die Kollektivprokura zu zweien für diese Gesellschaft

zu. Zuzolge Fusion übernahm die Beklagte im Frühjahr 2010 die C.\_\_\_\_\_ Suisse SA mit Aktiven und Passiven (Tagebucheintrag im Handelsregister: tt.mm.jjjj). Die Beklagte räumte der Klägerin in der Folge gemäss Tagebucheintrag im Handelsregister vom tt.mm.jjjj für ihre ... Niederlassung [in einer Stadt in der Schweiz] die Kollektivprokura zu zweien ein. Mit Tagebucheintrag vom tt.mm.jjjj wurde diese Ermächtigung im Handelsregister infolge Auflösung des Arbeitsvertrages wieder gelöscht (Urk. 1 Rz 12 und Urk. 8 Rz 9 f.). Die Klägerin war bis Ende April 2011 bei der Beklagten tätig (Urk. 13 Rz 14).

Während ihres Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten bzw. bei deren Rechtsvorgängerin war die Klägerin wegen ihrer russischen Sprachkenntnisse am Desk für Bankkunden aus Russland bzw. aus Osteuropa eingesetzt (Urk. 1 Rz 14, Urk. 8 Rz 10).

1.3. Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuerstreit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und verschiedenen schweizerischen Banken, zu denen auch die Beklagte gehört. In dieser Hinsicht sei Folgendes festgehalten:

1.3.1. Um den Steuerstreit beizulegen, unterzeichneten das Eidgenössische Finanzdepartement einerseits und das Department of Justice der Vereinigten Staaten von Amerika (im Folgenden "DoJ") andererseits am 29. August 2013 ein "Joint Statement" (Urk. 10/7). Es soll dort der Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen schweizerischen Banken mit den US-Behörden festgelegt werden. Hingewiesen wird im "Joint Statement" namentlich auf das "Program" des DoJ für Schweizer Banken (vgl. unten E. 1.3.2.), das diesen Klarheit über ihren Status hinsichtlich der Ermittlungen des DoJ bezüglich hinterzogener Steuern geben und ihnen auch den Weg zeigen soll, wie das DoJ zu unterstützen ist. Gemäss dem "Joint Statement" sollen in diesem Zusammenhang Personendaten ausschliesslich zur Rechtsverfolgung nach US-amerikanischem Recht verwendet werden (*"personal data ... should only be used for purposes of law enforcement {which may include regulatory action} in the United States or as otherwise permitted by U.S. law"*).

1.3.2. 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. 10/6; im Folgenden: "US-Programm"). Die Beklagte gehört zu den "Category 2 Banks", welche ein "non-prosecution agreement" gemäss dem US-Programm beantragen. Im Hinblick auf ein solches "agreement" wird gemäss Ziff. II/D des US-Programms von der betreffenden Bank uneingeschränkte Kooperation verlangt. Namentlich hat die Bank sämtliche Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug für den Zeitraum ab 1. August 2008 offen zu legen. 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 Schweiz im Sinne des Joint Statement 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.*").

1.3.3. Mit französischsprachiger Verfügung vom 20. Dezember 2013 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. 10/17). In Erwägung II/7 der Verfügung wird darauf hingewiesen, dass es darum gehe, eine Anklage seitens des DoJ zu vermeiden, weil eine solche Anklage dazu führen könnte, dass die Beklagte keine Transaktionen mehr in US-Dollars abwickeln könnte, was existenzbedrohend wäre. Und in Erwägung Ziff. II/8 wird präzisiert, dass die zu erteilende Bewilligung einzig die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB ausschliesse, *die Beklagte aber namentlich nicht davon befreie, die Vorschriften über den Schutz der Daten und ihre Verpflichtungen als Arbeitgeberin zu beachten*. Gemäss Dispositiv-Ziff. 1.1 der Verfügung des EFD betrifft die Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebaren sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-

Person haben. Dispositiv-Ziff. 1.4 der Verfügung des EFD umschreibt die Bedingungen hinsichtlich zu schützender Personendaten und lautet 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."

1.3.4. Am 18./19. November 2015 unterzeichneten das DoJ einerseits und die Beklagte andererseits ein "Non-Prosecution Agreement" (im Folgenden "NPA"; vgl. <http://www.justice.gov/opa/file/794551/download> und Urk. 51). Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte angesichts ihres im Agreement beschriebenen Verhaltens und im Sinne des US-Programms zur Bezahlung einer Summe von US\$ 59'783'000.00 an das DoJ, und zwar "as a penalty" (Urk. 51 S. 2). Bestätigt wird mit dem Agreement namentlich, dass die Beklagte die Namen und Funktionen ihrer Mitarbeitenden, welche interessierende Bankkonten betreut haben, geliefert habe (Urk. 51 S. 2, 3 und Anhang S. 9).

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

1.4.1. In diesem Sinne richtete die Beklagte am 4. Juni 2014 ein Schreiben an die Klägerin (Urk. 3/5) und teilte ihr mit, dass sie beabsichtige, dem DoJ im Sinne des US-Programms die Namen aller Mitarbeitenden zu melden, welche mit Konten mit US-Bezug zu tun gehabt hätten. Auf der dem DoJ zu übermittelnden Liste erscheine auch der Name der Klägerin, und zwar "soit au titre A.\_\_\_\_\_, soit au titre

de C.\_\_\_\_\_ (Suisse) SA". Wenn die Klägerin erkläre, mit der Datenlieferung nicht einverstanden zu sein, werde die Bank über das weitere Vorgehen entscheiden.

1.4.2. Unterm 24. Juni 2014 liess die Klägerin der Beklagten durch ihren Anwalt mitteilen, dass sie sich einer Datenlieferung widersetze. Mit US-Bankkunden habe sie nie Kontakt gehabt. Die Beklagte möge sich äussern und für den Fall, dass sie der Auffassung sei, die Daten der Klägerin liefern zu dürfen, eine Frist zur Klageanhebung ansetzen (Urk. 3/6).

1.4.3. Am 26. Juni 2014 forderte die Klägerin die Beklagte erneut auf, sich zur Frage der Datenlieferung zu äussern. Wenn die Beklagte dies nicht bis gleichentags 15 Uhr tue, gehe die Klägerin davon aus, dass die Beklagte die Daten liefern werde (Urk. 3/7).

## 2. Prozessverlauf

2.1. Mit Eingabe vom 27. Juni 2014 gelangte die Klägerin im Sinne von Art. 263 ZPO an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen und ersuchte um Erlass vorsorglicher Massnahmen, indem der Beklagten zu verbieten sei, dem DoJ "die persönlichen Informationen der Gesuchstellerin" bekannt zu geben. Das Verbot sei superprovisorisch zu erlassen (Urk. 3/2 S. 2).

2.1.1. Das Einzelgericht erliess am 27. Juni 2014 im Sinne des Antrages der Klägerin eine superprovisorische Massnahme gemäss Art. 265 ZPO.

2.1.2. Nachdem das Einzelgericht die Beklagte angehört hatte, verbot es ihr mit Urteil vom 24. Juli 2014 unter Hinweis auf Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, "die persönlichen Informationen der Gesuchstellerin" (= Klägerin) dem DoJ bekannt zu geben. Gleichzeitig setzte es der Klägerin eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des einzelrichterlichen Urteils, "um den ordentlichen Zivilprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben". Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des einzelrichterlichen Verfahrens wurde "dem endgültigen Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren" überlassen (Urk. 3/2 Dispositiv-Ziff. 1-6).

2.1.3. Der einzelrichterliche Entscheid ging der Beklagten nach unbestrittener Sachdarstellung der Klägerin am 28. Juli 2014 zu (Urk. 1 Rz 3 und Urk. 8 Rz 4f.), so dass er am 7. August 2014 in Rechtskraft erwuchs. Die Klagefrist lief damit (unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 ZPO) am 15. September 2014 ab.

2.2. Innerhalb der Prosequierungsfrist machte die Klägerin die Klage über oben vermerktes Rechtsbegehren mit Klageschrift vom 8. September 2014 anhängig (Urk. 1). Für das weitere erstinstanzliche Verfahren sei auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen (Urk. 38 S. 4 f. E. 1.9. - 1.12.).

2.3. Mit Urteil vom 9. Juli 2015 hiess die Vorinstanz die Klage gut und verbot der Beklagten, "die persönlichen Informationen der Klägerin dem DoJ bekanntzugeben". Die endgültige Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des einzelgerichtlichen Verfahrens wurde unterlassen. Das Urteil wurde der Beklagten am 14. Juli 2015 zugestellt (Urk. 31/2).

2.4. Mit Berufungsschrift vom 14. September 2015 (Urk. 37) erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung, welche von der Klägerin mit Schriftsatz vom 9. November 2015 ebenfalls rechtzeitig beantwortet wurde (Urk. 47). Am 30. November 2015 erstattete die Klägerin eine Noveneingabe (Urk. 50), mit der sie das "Non-Prosecution Agreement" zwischen dem DoJ und der Beklagten vom 18./19. November 2015 (Urk. 51) vorlegte. Die Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 11. Januar 2016 Stellung (Urk. 54). Die Eingabe wurde der Klägerin mit Verfügung vom 12. Januar 2016 zugestellt (Urk. 55).

### 3. Prozessuales

3.1. Die Kammer hatte in der Vergangenheit Fälle mit praktisch identischem Sachverhalt zu beurteilen, die erstinstanzlich nicht vom Bezirksgericht, sondern vom Arbeitsgericht beurteilt wurden. Es fragt sich daher, welches Gericht für die erstinstanzliche Beurteilung der Streitsache zuständig war. Zu prüfen ist die sachliche Zuständigkeit.

3.1.1. Streitigkeiten von Arbeitnehmern auf Nichtbekanntgabe von Daten gelten nach der Rechtsprechung der Kammer als solche nicht vermögensrechtlicher Art (ZR 114/2015 Nr. 57). Sie sind daher im Sinne von Art. 114 lit. c ZPO kostenpflichtig (ZR 114/2015 Nr. 47). Verhält es sich bei derartigen Streitigkeiten aber so, dann kommt nicht das vereinfachte, sondern das ordentliche Verfahren zum Zuge (Art. 243 Abs. 1 ZPO; ZK-HAUCK, Art. 243 ZPO N 7; DIKE-BRUNNER, Art. 243 ZPO N 8). Und das wiederum führt nach der zürcherischen Ordnung zur Zuständigkeit des Kollegialgerichts, und zwar ungeachtet darum, ob für die erste Instanz von der bezirksgerichtlichen oder der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit auszugehen ist (vgl. §§ 19, 20 Abs. 1 lit. a und 25 GOG).

3.1.2. Gemäss Art. 18 ZPO kann sich die beklagte Partei in der Regel auf ein Verfahren vor einem örtlich unzuständigen Gericht einlassen. Dort wo das Bundesrecht die sachliche Zuständigkeit regelt, wie das für die Abgrenzung zwischen der Handelsgerichtsbarkeit einerseits und der ordentlichen Gerichtsbarkeit andererseits der Fall ist, gibt es allerdings keinen Raum für eine Einlassung vor einer sachlich unzuständigen Instanz, denn die sachliche Zuständigkeit ist der Parteidisposition in aller Regel entzogen (BGE 140 III 355 E. 2.4, 138 III 471 E. 3.1). Anders kann es sich indessen verhalten, wenn sich die sachliche Zuständigkeit nicht aus dem Bundesrecht, sondern aus der den Kantonen im Sinne von Art. 3 ZPO vorbehaltenen Regelung der Gerichtsorganisation ergibt. Im Kanton Zürich entscheidet gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG das Bezirksgericht als Arbeitsgericht "Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden", wobei die Parteien gemäss Abs. 2 auch die Zuständigkeit eines andern zuständigen Gerichts vereinbaren können, allerdings nicht im Voraus. Das Arbeitsgericht ist anders besetzt als das Bezirksgericht, nämlich mit Beisitzenden, die "Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber- bzw. der Arbeitnehmerseite" sind (§ 12 Abs. 2 GOG).

3.1.3. Nach der Rechtsprechung ist hinsichtlich der Zuständigkeit bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszugehen, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche

sowohl für die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Es kommt daher einzig darauf an, ob die klägerischen Tatsachenbehauptungen, wenn sie sich in einem allfälligen Beweisverfahren als richtig herausstellen sollten, auf einen arbeitsrechtlichen Anspruch schliessen lassen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden. Nur wenn in diesem Sinne die vom Kläger behauptete rechtliche Qualifikation seines Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 114/2015 Nr. 36 E. 4.2 mit Hinweisen). Entsprechendes muss gelten, wenn ein Kläger das Bezirksgericht und nicht das Arbeitsgericht anruft und sich dabei auf Tatsachen beruft, welche die Zuständigkeit des Bezirksgerichts begründen. Auch in einem solchen Fall bleibt die bezirksgerichtliche Zuständigkeit bestehen, selbst wenn dieses zum Schlusse kommen sollte, dass eine Arbeitsstreitigkeit vorliege. Zwar hat der Kanton Zürich sich dazu entschlossen, für gewisse Belange ein Arbeitsgericht einzuführen. Das ändert allerdings nichts daran, dass im Sinne des Gesagten ein einmal zuständig gewordenes Gericht die eine ihm unterbreitete Klage umfassend prüfen muss, und zwar ungeachtet der rechtlichen Qualifikation (ZR 114/2015 Nr. 36 E. 4.5).

Im vorliegenden Fall stützt sich die Klägerin in erster Linie auf Art. 15 DSG. Gemäss dem Gesetzeswortlaut bezwecken derartige Klagen den Schutz der Persönlichkeit und richten sich nach den Art. 28, 28a und 28l ZGB. Damit ist klar, dass eine solche Klage weit über das blosse Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hinausreicht und die ganze Persönlichkeit der Klägerin betrifft, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts ohne weiteres gegeben ist. Die Vorinstanz hat die Klage indessen nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 15 DSG, sondern auch unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten, nämlich unter Art. 328 und Art. 328b OR, geprüft (Urk. 38 S. 23 - 25). Das ist klarerweise zulässig, denn

die Vorinstanz hatte im Sinne von Art. 57 ZPO die Klage unter allen massgeblichen Gesichtspunkten zu prüfen. Umgekehrt wäre es auch denkbar gewesen, die gleiche Klage beim Arbeitsvertrag anzuknüpfen, was dazu geführt hätte, dass das Arbeitsgericht für die Beurteilung der Klage zuständig wäre und dabei von diesem in gleicher Weise unter allen Gesichtspunkten zu prüfen gewesen wäre. Das führt dazu, dass für Klagen der vorliegenden Art sowohl das Bezirksgericht als auch das Arbeitsgericht zuständig ist.

3.2. Mit ihrer Eingabe vom 30. November 2015 (Urk. 50) hat die Klägerin auf das in der Presse sowie vom DoJ auf seiner Homepage bekanntgegebene Non-Prosecution Agreement (NPA) vom 18./19. November 2015 zwischen dem DoJ einerseits und der Beklagten andererseits (vgl. Urk. 51) hingewiesen. Dieser Hinweis erfolgte im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug. Das Novum konnte die Klägerin selbstredend vor Vorinstanz noch nicht vorbringen. Es ist daher zulässig und im weiteren Verfahrensverlauf zu berücksichtigen, einschliesslich der Stellungnahmen der Parteien dazu.

3.3. Das vorinstanzliche Urteil vom 9. Juli 2015 hat Anlass zu verschiedenen Besprechungen in Fachzeitschriften gegeben:

- ADRIAN PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015 S. 1364.
- DAVID CUENDET, Tribunal d'arrondissement de Horgen (ZH), CG140026-F du 9 juillet 2015, A. contre B. Bank, AJP 2015 S. 1601 ff.
- MIRCO CEREGATO, Entscheidbesprechung in iusfocus 2015, Heft 10 (Nr. 261)

#### 4. Materielle Beurteilung

4.1. 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 Geset-

zesentwurf). 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).

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

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

Und weiter (BBI 2013 3948 f.):

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

Und weiter (BBI 2013 3951):

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

Der Bundesrat führte sodann in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurf aus, dass die US-Behörden auch die Lieferung von Daten über Bankmitarbeitende ver-

langten. Ohne Lieferung der verlangten Daten könnten die Banken keine Deferred Prosecution Agreement 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).

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

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

4.1.4. 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.

4.2. Gegenstand der beabsichtigten Datenlieferung. Die Beklagte beabsichtigt, dem DoJ bezüglich eines am 29. Januar 2007 eröffneten und am 22. Oktober 2010 geschlossenen Kontos einer "US-Person" mit einem "Maximum Value in USD" von 3'019'993.00 unter der Angabe zu melden, dass die Klägerin die verantwortliche "Relationship Manager" bzw. Kundenberaterin war. Betreffend die Klägerin soll Folgendes gemeldet werden: "B.\_\_\_\_\_" (Urk. 17 Rz 119 - 124 mit Hinweis auf Urk. 18/48). Das sind *Personendaten* im Sinne von Art. 3 lit. a DSG, und die Klägerin ist eine im Sinne von Art. 3 lit. b DSG *betreffene Person*, deren Daten von der Beklagten bearbeitet werden soll. Gemäss gesetzlicher Definition ist nämlich unter "Bearbeitung" namentlich auch das Verwenden und das Weitergeben von Personendaten zu verstehen (Art. 3 lit. e DSG). Eröffnet wurde das interessierende Kundenkonto bei der C.\_\_\_\_ Suisse SA; geschlossen wurde es, nachdem die C.\_\_\_\_ Suisse SA von der Beklagten infolge Fusion übernommen worden war.

Fest steht, dass die Klägerin in die Datenlieferung nicht eingewilligt hat. Die Beklagte berief sich vor Vorinstanz in diesem Zusammenhang vor allem auf ein das Interesse der Klägerin überwiegendes öffentliches Interesse, das die Datenlieferung rechtfertigen soll (Urk. 38 S. 6). Ergänzend weist sie darauf hin, dass die Datenlieferung auch zur Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche unerlässlich sei (Urk. 17 Rz 184-191 und Urk. 37 Rz 126-132). Schliesslich sei die Datenlieferung auch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 BankV gerechtfertigt (Urk. 37 Rz 133 f.).

Als "Relationship Manager" bzw. Kundenberaterin ist die Klägerin eine sog. "D2-Mitarbeiterin" gemäss Ziff. II/D/2/v des US-Programms. "D2-Mitarbeiter" haben offensichtlich nicht 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.

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

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

"Es entspricht notorischem 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 der Klägerin im Sinne des Gesetzes schwerwiegend gefährdet würde, wenn ihr Name den US-Behörden im Zusammenhang mit den Kontodaten der von ihr betreuten US-Person dem DoJ bekanntgegeben würde.

4.3.2. Bei einer allfälligen Datenlieferung in die USA ergibt sich die schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit der Klägerin überdies auch unmittelbar aus dem Gesetz, weil nämlich im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG im Zielland, nämlich in den USA, "eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet". Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf die auf der Homepage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten abrufbare Staatenliste ([www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=de)), aus der sich der weltweite Stand des Datenschutzes ablesen lässt. Die dort abrufbare und am 3. Dezember 2015 aktualisierte Liste vermerkt bei den Vereinigten Staaten "*ungenügenden Datenschutz*". Dieser Stand der Gesetzgebung in den USA kann denn auch als gerichtsnotorisch angesehen werden. Die schweizerischen Gerichte stufen den Datenschutz der USA nämlich ganz generell im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG als ungenügend ein (REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015). 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 10/13 S. 737). Auch aus diesen Gründen ist die Lieferung von Personendaten in die Vereinigten Staaten gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG daher grundsätzlich verboten.

4.3.3. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Klägerin allerdings zu Protokoll gegeben, sie sei im privaten Rahmen zweimal in die USA gereist, und zwar im Jahre 2007 nach New York und im November 2014 nach Miami, auch wenn sie durchaus Angst gehabt habe, als sie nach Miami gereist sei (Prot. I S. 18 und 22). Die

Beklagte greift das mit ihrer Berufung auf und weist darauf hin, dass die Klägerin bereits am 24. Juni 2014 und damit vor ihrer Reise in die USA in dem hier interessierenden Zusammenhang vom zuständigen Gericht vorsorgliche Massnahmen verlangt habe (Urk. 37 Rz 51 ff.). In der Tat ist das beschriebene Verhalten der Klägerin nicht leicht verständlich, indessen durfte sie damals davon ausgehen, dass jene Daten, um die es in diesem Prozess geht, den US-Behörden nicht bekannt waren. Wie es sich verhält, wenn die US-Behörden über ihre Daten verfügen sollten, ist durchaus offen. Wenn die Beklagte unter Hinweis auf Zeitungsberichte geltend macht, dass "niedrige Chargen" wie die Klägerin bei Auslandsreisen nichts zu befürchten hätten (Urk. 37 Rz 58), dann ist das allerdings blosser Spekulation, deren Risiko die Beklagte die Klägerin alleine tragen lassen möchte. Die Beklagte vermag namentlich nicht darzutun, dass sich die US-Behörden über Einzelheiten der von der Klägerin seinerzeit bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin betreuten US-Person nicht interessieren würden.

4.3.4. Im vorliegenden Fall soll dem DoJ durch die Beklagte mitgeteilt werden, dass sich die Klägerin als "Relationship Manager" um ein Konto einer US-Person mit einem Wert von über 3 Mio. USD gekümmert habe. Das sind an und für sich Daten von nicht allzu hoher Sensitivität. Durchaus unklar ist allerdings, welches die Folgen einer solchen Datenlieferung sein könnten. Nicht zu folgen ist der Vorinstanz, wenn sie meint, dass Kontowerte unter USD 50 Mio. un versteuerten Vermögens pro betreuenden Bankmitarbeiter unerheblich seien, weil solche Bankangestellte als sog. "kleine Fische" die amerikanischen Behörden nicht interessieren könnten (Urk. 38 S. 21). An anderer Stelle hält die Vorinstanz demgegenüber zu Recht fest, dass das US-Programm alle Bankkonten mit einem Wert von mehr als USD 50'000.00 erfasst (Urk. 38 S. 13 mit Hinweis auf Urk. 10/6). In der Tat hält das US-Programm fest, dass es solche "U.S. Related Accounts" erfasse, die *in irgendeinem Zeitpunkt* zwischen dem 1. August 2008 und dem 31. Dezember 2014 wertmässig einen Kontostand von über USD 50'000.00 ("exceeded \$50,000 in value at any time during the Applicable Period") aufgewiesen hätten (vgl. US-Programm, Urk. 10/6: Ziff. I.B.6 und 9). Es liegt auf der Hand, dass sich die US-Behörden im Sinn und Geiste ihres US-Programms über alle Einzel-

heiten des von der Klägerin bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin betreuten Kunden interessieren könnten, wenn für sie die Hoffnung besteht, dass diese Einzelheiten dazu geeignet sein könnten, auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dieses Kunden in den letzten Jahren Rückschlüsse zu ziehen. Das einzige von der Klägerin betreute Konto und das damit verbundene Wissen der Klägerin könnte daher durchaus Ausgangspunkt für weitere Nachforschungen der US-Behörden bilden. Das von der Klägerin bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin betreute Konto weist jedenfalls einen Wert von über 3 Mio. USD auf, weshalb es klarerweise unter das US-Programm fällt.

4.3.5. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Klägerin durch Lieferung ihrer Daten in die USA auch in beruflicher Hinsicht eingeschränkt werden könnte. In der Finanzbranche würden Datenlieferungen in die USA in Bewerbungsgesprächen nämlich thematisiert (Urk. 38 S. 19). Dem kann die Beklagte immerhin entgegenhalten, dass gemäss der Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bankenpersonalverband und dem Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz bei Anstellungsgesprächen keine solchen Fragen gestellt werden dürfen (Urk. 37 Rz 60 mit Hinweis auf Urk. 10/19 Ziff. 4). Die Nachteile, welche die Klägerin in der Schweiz durch die Datenlieferung befürchten müsste, dürfen daher nicht überschätzt werden. Anzeichen dafür, dass der Klägerin eine solche Bedeutung zukommt, dass die amerikanischen Behörden von schweizerischen Banken verlangen könnten, künftig auf ihre Dienste zu verzichten, bestehen jedenfalls nicht.

4.3.6. So oder anders bleibt es dabei, dass die von der Beklagten geplante Datenlieferung in die USA mit einer hohen Gefährdung der Persönlichkeit der Klägerin verbunden wäre.

4.4. Keine Rechtfertigungsgründe. Die Verletzung der Persönlichkeit der Klägerin durch die beabsichtigte Datenlieferung wäre dann nicht widerrechtlich, wenn ein Rechtfertigungsgrund gegeben wäre. Die Rechtfertigungsgründe sind grundsätzlich in Art. 13 DSG festgehalten. Gemäss Art. 13 DSG muss sich eine Rechtfertigung entweder durch ein überwiegendes privates Interesse des Verletzers, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch ausdrückliche Geset-

zesvorschrift ergeben. Zu Recht geht die Vorinstanz indessen davon aus, dass sich im grenzüberschreitenden Verkehr die Rechtfertigungsgründe einzig aus Art. 6 DSG in seiner seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Fassung ergeben, weil Art. 6 DSG als *lex specialis* zu Art. 13 DSG zu gelten hat. So schrieb der Bundesrat in der Botschaft zu dem von ihm vorgeschlagenen und im Sinne seines Entwurfes Gesetz gewordenen (vgl. BBI 2003 2157) neuen Art. 6 DSG, dass die dort aufgezählten Ausnahmetatbestände – anders als bei Art. 13 Abs. 2 DSG – *abschliessend* seien (BBI 2003 2129). Damit kann es auf das in Art. 13 Abs. 1 DSG erwähnte *überwiegende private Interesse des Verletzers*, hier auf das private Interesse der Beklagten, *von vornherein nicht ankommen* (so auch ZR 113/2014 Nr. 65; PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015 S. 1362; ROHNER/PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/13 S. 737; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 6 N 37), weshalb die Hinweise der Beklagten auf ihr eigenes "überwiegendes privates Interesse" (Urk. 37 Rz 124 f.) ins Leere stossen.

4.4.1. Sind mithin einzig die Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSG zu prüfen, so fragt sich in erster Linie, ob – angesichts der beschriebenen schwerwiegenden Gefährdung der Persönlichkeit der Klägerin – ein ihr Interesse "*überwiegendes öffentliches Interesse*" im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG die Datenlieferung rechtfertigen könnte. Die Beklagte beruft sich jedenfalls auf ein derartiges überwiegendes öffentliches Interesse (Urk. 37 Rz 122). Wenn das Gesetz in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG an das öffentliche Interesse anknüpft, dann ist die Frage, ob ein solches vorliegt, einzig aus *Schweizer Sicht* zu prüfen (EPINEY/FASNACHT, in: Bessler/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Bern 2011, S. 575; ROSENTHAL, in: Handkommentar DSG, Art. 6 DSG N 60; PASSADELIS, in: Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 6.59). Ausländische öffentliche Interessen können daher keine Rolle spielen.

4.4.1.1. Notorisch ist, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiert, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen muss und damit vom Untergang bedroht ist, wie das im Jahre 2012 am Beispiel der Bank D.\_\_\_\_\_ vorexerziert wurde (vgl. dazu 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, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Auch das Bundesgericht hat in seinem am 15. Juli 2011 ergangenen Leitescheid 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 ist, ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem BankG: Per 1. März 2012 wurden dem BankG die Art. 7 bis 10a als *"Fünfter Abschnitt: Systemrelevante Banken"* eingefügt, wo vom Gesetzgeber die entscheidenden Wertungen vorgenommen wurden. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG gelten solche Banken als systemrelevant, *"deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde"*. Banken, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, gelten nicht als systemrelevant; es kann daher auch nicht angenommen werden, dass ihr Ausfall *"die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde"*. Oder mit andern Worten: Fällt eine nicht systemrelevante Bank aus, ist das *schweizerische* öffentliche Interesse nicht tangiert.

4.4.1.2. Gemäss Art. 8 Abs. 3 BankG ist es Sache der Schweizerischen Nationalbank, nach Anhörung der FINMA durch Verfügung die systemrelevanten Banken zu bezeichnen. Der Kreis der systemrelevanten Banken ist daher im Sinne von Art. 151 ZPO notorisch und überdies auf der Homepage der Schweizerischen Nationalbank jederzeit abrufbar. Zu ihnen gehören:

- Credit Suisse Group AG seit dem 16. November 2012;
- UBS AG seit dem 16. November 2012;
- Zürcher Kantonalbank (ZKB) seit dem 1. November 2013;
- Raiffeisen Finanzgruppe seit dem 16. Juni 2014;
- PostFinance AG seit dem 29. Juni 2015.

Damit steht fest, dass die Beklagte nicht zu den systemrelevanten Banken gehört, so dass sich die Datenlieferung zu Lasten der Klägerin im Hinblick auf die mögliche Rettung der Beklagten von vornherein nicht im Sinne von Art. 6 Abs. 2

lit. d DSG wegen eines vorhandenen überwiegenden öffentlichen Interesses rechtfertigen kann.

4.4.1.3. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, dass auch der A.\_\_\_\_\_ - Finanzkonzern insgesamt als systemrelevant gelte. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Mitteilung des Financial Stability Board vom 11. November 2013 (Urk. 8 Rz 11 mit Hinweis auf Urk. 10/3). Nach Auffassung der Beklagten soll eine gesamthafte Betrachtung von Belang sein, so dass es nicht darauf ankomme, "ob betroffene Mitarbeitende für systemrelevante internationale Finanzkonzerne arbeiten oder für kleinere, nur in der Schweiz aktive Banken" (Urk. 8 Rz 131).

Das Financial Stability Board mit Sitz bei der Bank für internationalen Zahlungsausgleich in Basel ist das zentrale internationale Gremium im Bereich der Finanzmarktregulierung und befasst sich mit der Verbesserung des Informationsaustausches sowie der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden im Finanzbereich (so: EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. A., 2011, Rz 328). Die Empfehlungen und Feststellungen dieses Boards betreffen globale Gesichtspunkte und nicht das gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG unter Schweizer Sicht zu betrachtende schweizerische öffentliche Interesse (vgl. BSK BankG-HÜPKES, vor 11.-13. Abschnitt, N 65; EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz 329). Wie erörtert, hat in dieser Hinsicht der *schweizerische* Gesetzgeber mit Art. 7 Abs. 1 BankG aus *schweizerischer Sicht* eine Wertung vorgenommen, indem die gesetzliche Regelung einzig auf die Binnenwirkung eines Ausfalls ausgerichtet ist (BSK BankG-BAHAR/PEYER, Art. 7 N 19). Damit steht fest, dass die Beklagte, auch wenn sie die Tochtergesellschaft eines ausländischen Finanzkonzerns ist, in der Schweiz nicht als systemrelevante Bank gelten kann. Unter diesen Umständen können hinsichtlich ihrer Teilnahme am US-Programm von vornherein keine schweizerischen öffentlichen Interessen vorliegen, die gegenüber der schweren Gefährdung der Persönlichkeit der Klägerin zu überwiegen vermöchten.

4.4.1.4. Im Ergebnis ist das auch die Sichtweise des Handelsgerichts des Kantons Zürich (OGer ZH HG140186 vom 16. Dezember 2015 E. 5.3.8.2.).

4.4.2. Die Beklagte sieht allerdings einen weiteren Rechtfertigungsgrund für die Datenlieferung in die USA trotz der damit verbundenen schwerwiegenden Gefährdung der Persönlichkeit der Klägerin darin, dass die Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO *"für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist"*. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, dass erst in jüngerer Zeit untersucht worden sei, was im Verhältnis zu den USA unter dem Begriff "Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht" zu verstehen sei, denn in den USA seien die Verfahren "komplett anders aufgebaut als bei uns". In der Literatur bestehe weitgehend Einigkeit darüber, dass die erwähnte Bestimmung weit auszulegen sei (Urk. 37 Rz 126-132).

4.4.2.1. Die Beklagte behauptet nicht, dass im Zusammenhang mit dem US-Programm in den USA ein Verfahren vor einem Gericht anhängig ist, in das sie involviert wäre. Sowohl das Joint Statement und als auch das US-Programm stehen ausserhalb eines justizförmigen Verfahrens. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO spricht jedenfalls klar gegen die These der Beklagten. Und aus der bundesrätlichen Botschaft vom 19. Februar 2003 zur betreffenden Gesetzesnovelle ergibt sich auch nichts anderes.

4.4.2.2. Am 15. Oktober 2015 erliess der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in dem hier interessierenden Zusammenhang gleichlautende Empfehlungen an fünf Banken (Basler Kantonalbank, Credit Suisse AG, HSBC Private Bank Suisse SA, Bank Julius Bär & Co AG, Zürcher Kantonalbank), die gemäss Art. 30 Abs. 2 DSGVO veröffentlicht wurden (abrufbar unter: <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00663/index.html>). Der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte führte dort aus (Ziff. 11), dass von einer Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht solange nicht gesprochen werden könne, als es um eine blossе Androhung einer Anklage gehe und nicht um die Geltendmachung oder Verteidigung eines Anspruchs vor Gericht.

4.4.2.3. Nicht alle von der Beklagten ins Feld geführten Autoren vermögen ihre These zu bestätigen: MAURER-LAMBROU/STEINER (BSK, Art. 6 DSGVO N 33) treten zwar für eine weite Auslegung des Begriffs "Gericht" in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO

ein, setzen dafür aber ausdrücklich eine Instanz mit Rechtsprechungsfunktion voraus. Der von der Beklagten weiter erwähnte ROSENTHAL (in: Handkommentar zum DSG, Zürich 2008, Art. 6 N 65) hält dafür, dass ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG "ein staatliches oder staatlich anerkanntes richterliches Organ der Streiterledigung" sein müsse, wie das Zivilgerichte, Strafgerichte, Verwaltungsgerichte, Spezialgerichte oder Schiedsgerichte sind. Keine Gerichte hingegen seien Instanzen, vor denen Ansprüche nicht auf dem Rechtsweg, "sondern auf andere Weise" geltend gemacht werden, "so etwa in aussergerichtlichen Vergleichen, über Abmahnungen oder im Rahmen von Mediationsverfahren". Auch andere Autoren (ROHNER/FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in ST 8/13 S. 520) weisen darauf hin, dass das DoJ kein Gericht, sondern Teil der Exekutive sei (so auch REBER, Jusletter 7. September 2015, Ziff. III/1/d). Zu Recht halten ROHNER/FURRER dafür, dass eine Datenlieferung an das DoJ auch deshalb nicht in Frage kommt, weil die Daten nicht nur für die Zwecke des konkreten die Beklagte betreffenden Verfahrens verwendet werden sollen, sondern vielmehr gerade dazu dienen sollen, weitere Verfahren gegen Dritte zu ermöglichen, was durch die Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSG gerade nicht abgedeckt wird (ROHNER/FURRER, a.a.O., S. 520). Auch REBER (Jusletter 7. September 2015, Ziff. III/2/c) ist der Meinung, dass die Datenübermittlung in enger Verbindung mit dem betreffenden Verfahren stehen müsse und dass die Daten nicht zu andern Zwecken verwendet werden dürften. In dem hier interessierenden Zusammenhang hätten die USA aber im Gegenteil mehrfach ausdrücklich angekündigt, dass sie die erhaltenen Daten zur Verfolgung der betroffenen Bankmitarbeitenden benutzen würden. Das sind überzeugende Argumente, denen notabene auch die Rechtsprechung folgt. Zu erwähnen ist ein Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 4. November 2014, wo unter Hinweis auf die erwähnte Literatur gefunden wurde, dass das DoJ nicht unter den Begriff Gericht falle, denn dieser US-Behörde fehle die dafür notwendige Rechtsprechungsfunktion (BJM 2015 S. 176). In gleichem Sinne entschied das Handelsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 16. Dezember 2015 (HG140186, E. 5.3.4.3. und 5.3.4.4.).

Die Beklagte vermag zwar auch Autoren zu nennen, die ihre These stützen. Das trifft auf LIVSCHITZ (in: Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 18.79) zu, der meint, dass "das, was für das Gerichtsverfahren gelte, auch für das vorgeschaltete Untersuchungsverfahren der Behörden gelten" müsse. Diese Argumentation, die nicht weiter begründet wird, zielt indessen am Gesetzeswortlaut vorbei, der die "Durchsetzung von Rechtsansprüchen *vor Gericht*" erwähnt. Ein anderer von der Beklagten zitierter Autor (WYSS, in: Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 11.92) hebt die Unterschiede zwischen dem kontinental-europäischen und dem US-amerikanischen Justizsystems hervor, indem bei letzterem dem Gericht lediglich eine "koordinierende Oberleitungsfunktion" zukomme und das Prozessmaterial bereits vor dem formellen Gerichtsverfahren in der Form von Pre-Discovery-Verfahren erhoben werde. Das mag durchaus sein. Wenn das Gesetz aber in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG von "Gericht" spricht, geht es von einem kontinental-europäischen Verständnis dieses Begriffes aus und nicht von einem Verfahren, in dem zu irgendwelchen Zwecken Daten von schutzwürdigen Personen erhoben werden. Kein europäisches Gericht wird Daten zu verfahrensfremden Zwecken erheben, wie das das DoJ zu tun beabsichtigt.

4.4.3. Die Beklagte sieht schliesslich eine "*gesetzliche* Rechtfertigung" für die von ihr beabsichtigte Datenlieferung in Art. 9 Abs. 2 BankV (SR 952.02). Diese Verordnungsbestimmung lautet wie folgt:

"Der Geschäftsbereich und dessen geografische Ausdehnung müssen den finanziellen Möglichkeiten sowie der Verwaltungsorganisation entsprechen."

Nach der Darstellung der Beklagten soll diese Verordnungsbestimmung vorsehen, dass die "Banken Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken zu begrenzen" hätten. Unter diese gesetzliche Pflicht, Risiken zu vermeiden – so die Beklagte – falle auch die "Verantwortung, alles zu tun, um einer Anklageerhebung in den USA zu entgehen" (Urk. 37 Rz 133 f.). Diese Argumentation ist schlicht unverständlich. In dem hier interessierenden Zusammenhang ist die erwähnte Verordnungsvorschrift jedenfalls ohne jeden Belang. Und eine "gesetzliche Rechtfertigung" abzugeben, vermag sie erst recht nicht.

4.5. Bedeutung des NPA. Fest steht schliesslich, dass die Beklagte am 18./19. November 2015 mit dem DoJ ein Non-Prosecution Agreement (NPA) abgeschlossen hat (Urk. 51).

4.5.1. Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung, wonach das von der Klägerin eingeleitete Verfahren dazu geeignet sei, den Abschluss eines NPA zu verhindern oder hinauszuzögern. Sie meint, dass sich mit dem abgeschlossenen NPA nun zeige, dass die in der Berufung ausgedrückten Befürchtungen aus der Luft gegriffen gewesen seien (Urk. 50 S. 2; vgl. dazu Urk. 37 Rz 111). Allerdings anerkennt die Klägerin, dass die Beklagte weiterhin zur Lieferung aller relevanten Informationen gemäss US-Programm verpflichtet sei (Urk. 50 S. 2). Die vorliegende Streitigkeit ist daher auch nach ihrer Auffassung selbst nach dem Abschluss des NPA "weiterhin virulent" (Urk. 50 S. 2). Die Beklagte anerkennt, dass die wegen hängiger Verfahren fehlenden Datenlieferungen sich im Wortlaut des NPA nicht niedergeschlagen hätten. Ihre volle Kooperation sei aber weiterhin ein "Muss". Sie stimme der Klägerin darin zu, dass die Sache mit dem Abschluss des NPA nicht hinfällig geworden sei. Vielmehr habe sich ihre Pflicht zu Kooperation mit dem NPA verstärkt (Urk. 54 S. 2).

4.5.2. Mit den Parteien ist ohne weiteres davon auszugehen, dass durch den Abschluss des NPA die hier interessierende Streitigkeit nicht gegenstandslos geworden ist, weil die Beklagte nach wie vor zur Lieferung aller vom US-Programm vorgesehenen Informationen verpflichtet ist und darüber hinaus solches auch nach wie vor im Sinne hat. Auszugehen ist davon, dass die Beklagte vor der Unterzeichnung des NPA die amerikanischen Behörden über die Art und den Umfang der wegen hängiger Verfahren fehlenden Daten orientierte, denn zu einer solchen Information war sie nach Treu und Glauben verpflichtet. Die fehlenden Daten standen jedenfalls dem Abschluss des NPA nicht im Wege. Unter diesen Umständen kann kaum angenommen werden, das DoJ werde das NPA widerrufen, wenn die Daten nicht geliefert werden können, weil die Beklagte in den betreffenden Gerichtsverfahren trotz redlichen Bemühens unterlegen ist. Und selbst

wenn ein Widerruf stattfände, gäbe es nach dem Gesagten gemäss schweizerischem Recht keinen Weg, der Beklagten die Lieferung der Daten zu erlauben.

4.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Lieferung der die Klägerin betreffenden Daten in die USA unzulässig ist. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet. Sie ist daher abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Prozessausgang ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Weiter wird die Beklagte auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, I. Abteilung, vom 9. Juli 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.00 zu bezahlen.
5. 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.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Februar 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:  
se