

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 27. September 2016

in Sachen

A1. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Verbot der Datenbearbeitung**

**Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
7. April 2016; Proz. CG150021**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

"Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten des Klägers an eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde der Vereinigten Staaten von Amerika, insbesondere dem *Department of Justice*, zu übermitteln oder einer solchen Behörde offenzulegen, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle;

[...]

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (1. Abt.) vom 7. April 2016:

(act. 75 S. 25)

1. Der beklagten Partei wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis Fr. 10'000.– im Widerhandlungsfall verboten, Personendaten der klagenden Partei an eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde der USA, insbesondere an das Department of Justice, zu übermitteln oder einer solchen Behörde offenzulegen.

Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) lautet wie folgt: "Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 12'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der klagenden Partei verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 3'000.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.– zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 9'000.– sowie die Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 700.– zu ersetzen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 72 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 7. April 2016 des Bezirksgerichts Zürich, Geschäfts-Nr. CG150021-L/U, sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.
2. *Eventualiter* sei das Urteil vom 7. April 2016 des Bezirksgerichts Zürich, Geschäfts-Nr. CG150021-L/U, aufzuheben und die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Berufungsbeklagten und Klägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) ist seit mehr als 25 Jahren als diplomierter Treuhänder und Buchhalter im C._____ [Staat] tätig. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) ist eine Schweizer Bank und gehört zur Gruppe der A._____. Das unter der Marke A1._____ geführte Private-Banking-Geschäft der A.'_____ wurde im März 2015 von der D._____ in Form einer Vermögensübertragung übernommen. Der Kläger war für verschiedene Bankkunden der Beklagten als Verwaltungsrat, Stiftungsrat oder Trustee tätig und hatte in dieser Funktion für 45 Bankkonti, bei denen ein US-Staatsangehöriger als Kontoinhaber oder wirtschaftlich Berechtigter aufgeführt war, die Zeichnungsberechtigung.

Die Beklagte nimmt im Rahmen des "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (nachfolgend US-Programm) zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA als Kategorie-2-Bank teil. Es handelt sich dabei um Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben, und ein sogenanntes Non-Prosecution-Agreement (NPA) anstreben. Der Beklagten wurde mit Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 28. März 2014 (und Verlängerung vom 26. März 2015) im Zusammenhang mit der Bereinigung ihrer rechtlichen Situation mit den USA bewilligt, mit den zuständigen US-Behörden im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung zu kooperieren (act. 13/2 und act. 27/8). Die Beklagte informierte den Kläger mit Schreiben vom 14. Mai 2014 und vom 25. August 2014, dass sie am US-Programm teilnehmen werde. Der Kläger ist gestützt auf Ziff. II.D.2.b.v des US-Programms Teil der sogenannten D.2-Liste (Leaver-Liste) und dem Department of Justice (DoJ) zur Erfüllung des NPA zu melden. Dagegen wehrt sich der Kläger.

2. Am 25. September 2014 stellte der Kläger beim zuständigen Friedensrichteramtsamt ein Schlichtungsgesuch. Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens erhob er mit Eingabe vom 3. Februar 2015 Klage bei der Vorinstanz und stellte das eingangs erwähnte Begehren. Gleichzeitig beantragte er den Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1 und 2), welchem Begehren nach Einholung der Stellungnahme der Beklagten mit Beschluss vom 21. April 2015 stattgegeben wurde (act. 23). Nach Durchführung des doppelten Schriftenwechsels, Eingang einer Noveneingabe des Klägers und Durchführung der Hauptverhandlung vom 7. April 2016 (Prot. VI S. 11 ff.) erging gleichentags der erstinstanzliche Entscheid (act. 75). Dieser wurde der Beklagten am 13. Mai 2016 zugestellt (act. 68).

3. Mit Eingabe vom 13. Juni 2016 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob die Beklagte Berufung (act. 72). Den ihr mit Verfügung vom 21. Juni 2016 auferlegten Prozesskostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (act. 76 und 78). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 ZPO verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend unstrittig gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein. Die Beklagte ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Die Vorinstanz hat sodann im angefochtenen Entscheid (act. 75 S. 3, mit Hinweis auf den Beschluss vom 21. April 2015, act. 23 S. 2/3, Erw. 2.1) ihre Zuständigkeit zu Recht bejaht, für die Berufung gegen ihren Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Auf die Berufung ist ohne weiteres einzutreten.

2. Die Vorinstanz ging von der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts aus, was die Beklagte zu Recht nicht beanstandet. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (act. 75 S. 4 i.V.m. act. 23 S. 3/4).

3. Die Beklagte macht als Berufungsgrund sowohl die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes wie auch eine unrichtige Rechtsanwendung geltend. Zusammengefasst wirft sie der Vorinstanz vor, sie habe in ihrem Urteil unbeachtet gelassen, dass der Kläger den US-Behörden aufgrund zahlreicher Selbstanzeigen von US-steuerpflichtigen Personen als Zeichnungsberechtigter und Anbieter von Offshore-Strukturen bekannt sei, weshalb keine Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Datenschutzgesetz (DSG) vorliege. Auch wenn eine solche vorläge, wäre diese aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG gerechtfertigt, und sie stehe auch im Übrigen im Einklang mit Schweizer Recht. Dem Kläger drohten durch die geplante Datenlieferung keine Nachteile, die Beklagte trage demgegenüber ein beachtliches Risiko einer Anklageerhebung, welche ihre Existenz gefährde und den Ruf des Schweizer Finanzplatzes in Mitleidenschaft ziehe (act. 72 S. 4). Es ist nachstehend soweit erheblich im Einzelnen auf die Einwände der Beklagten einzugehen.

4.1 Die Beklagte rügt in der Berufung, die Vorinstanz habe zu Unrecht als nicht hinreichend erwiesen betrachtet, dass die Personendaten des Klägers dem DoJ bereits bekannt gewesen seien. Sie, die Beklagte, habe vor Vorinstanz exemplarisch für 12 Kundenbeziehungen zwei IRS Closing Agreements und zehn Pre-Clearance Letters ins Recht gelegt und weitere Beweismittel für die Teilnahme von 15 weiteren Personen am Voluntary Disclosure (OVDI-Verfahren [= Selbstanzeigeverfahren]) angeboten. Der Kläger habe nicht hinreichend bestritten, dass mindestens 27 der betroffenen Kundenbeziehungen im Rahmen des OVDI-Verfahrens offengelegt worden seien. Es sei auch nie eine Beweisverfügung ergangen, um die OVDI-Teilnahme der weiteren 15 Personen zu belegen (act. 72 Rz 14 und 15). Die Beklagte legt alsdann unter Hinweis auf die entsprechenden Muster-Formulare (act. 37/20 = act. 74/1) dar, dass die steuerpflichtigen Personen jeweils unter Strafandrohung im Falle von unvollständigen oder falschen Angaben gehalten gewesen seien, den Namen des Klägers zu nennen (act. 72 Rz 16 - 22). Es sei zwar korrekt, dass die Angaben bei den Steuerbehörden IRS gemacht worden seien und nicht beim DoJ; es dürfe aber als gerichtsnotorisch gelten und müsse aufgrund von Medienmitteilungen und anderen Hinweisen angenommen werden, dass die zwei Verwaltungseinheiten engstens miteinander zusammenarbeiteten und sämtliche relevanten Informationen untereinander austauschten (act. 72 Rz 23 - 30).

4.2 In der vorinstanzlichen Duplik (act. 36 = act. 74/16) hatte die Beklagte das OVDI-Verfahren, in welchem US-Steuerpflichtige ihre Bankbeziehungen im Ausland offenlegen können, dargelegt, dies unter Hinweis auf die entsprechenden Musterformulare. Sie führte aus, um an dem (vor Vorinstanz als OVDP bezeichneten) Verfahren teilzunehmen, müsse der US-Steuerzahler detailliert über sein Vermögen im Ausland berichten und es müssten insbesondere unter Ziffer 5 des Anhangs zur Selbstanzeige die Namen von Dritten genannt werden, welche für die Konti beim ausländischen Bankinstitut tätig gewesen seien. Zum Beweis der diversen OVDI-Teilnahmen legte die Beklagte Closing Agreements und Pre-Clearance Approvals ins Recht, welche die betroffenen Steuerpflichtigen erhalten haben sollen (Duplik Rz 8 - 18 und act. 37/21 - 32 = act. 74/3 - 14). Im Rahmen der Hauptverhandlung hielt der Kläger dem entgegen, es sei ohne Belang, ob die

Daten den US-Behörden bereits bekannt gewesen seien. Aus rechtlicher Sicht hätten sämtliche Gerichte die Bekanntgabe von Personendaten an US-Behörden im Rahmen des US-Programms als grenzüberschreitende Datenbekanntgabe taxiert. Im Übrigen werde ausdrücklich bestritten, dass der Name des Klägers den US-Steuerbehörden bereits bekannt sei; die Beklagte gebe selber zu, dass sie dies lediglich vermute. Die dazu eingereichten Beweismittel seien nichtssagend und enthielten keine direkten Hinweise auf den Kläger (Prot. VI S. 12/13).

4.3 Gestützt auf die dargelegte Behauptungslage vor Vorinstanz ist der von der Vorinstanz gezogene Schluss nicht zu beanstanden: Die Beklagte hat vor Vorinstanz nicht behauptet, der Kläger sei von den sich selbst anzeigenden US-Steuerpflichtigen konkret genannt worden. Aus den eingereichten Closing Agreements bzw. Pre Clearance Approvals (act. 37/21 - 32 = act. 74/3 - 14) sind keinerlei Namen ersichtlich. Wenn es der Kläger unterliess, die von der Beklagten genannte Anzahl von Steuerpflichtigen zu bestreiten, welche gehalten gewesen sein sollen, den Kläger in ihrer Selbstdeklaration zu nennen, dann ändert das nichts daran, dass die Beklagte selbst nicht behauptet, der Kläger sei in den Erklärungen konkret genannt worden. Sie schliesst die Nennung des Klägers einzig aus der sich aus dem Formular ergebenden Verpflichtung der selbstdeklarierenden Steuerpflichtigen, was nicht genügen kann.

Der Umstand, dass die Selbstanzeiger verpflichtet waren, die Namen – auch des Klägers – zu nennen, beweist nicht, dass die Nennung tatsächlich erfolgt ist. Dies umso weniger, wenn der Kläger gar keinen Kundenkontakt hatte, wie er selbst geltend gemacht hatte (act. 31 Rz 38 ff.) und worauf sich auch die Beklagte (im Zusammenhang mit möglichen Nachteilen für den Kläger) berufen hatte (act. 36 Rz 76). Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz bei dieser Behauptungslage kein Beweisverfahren durchführte und sie zum Schluss kam, dass ein Nachweis dafür, dass dem IRS bzw. dem DoJ der Name des Klägers bereits bekannt war, mit den eingereichten Beweismitteln nicht erbracht werden könne.

Nicht gefolgt werden kann der Beklagten sodann, wenn sie davon ausgeht, die Vorinstanz hätte gegebenenfalls eine Beweisverfügung erlassen und ihr Gelegenheit geben müssen, weitere Beweismittel zu bezeichnen. Nach der (auch) für

das vorinstanzliche Verfahren massgeblichen Schweizerischen ZPO sind die Beweismittel mit der Klage bzw. mit dem letzten Parteivortrag, in welchem neue Tatsachen noch vorgebracht werden können, vorzubringen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Dies war vorliegend die Duplik. Ein Anspruch auf Bezeichnung weiterer Beweismittel in einem späteren Zeitpunkt besteht (unter Vorbehalt von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen) nicht. Offenbleiben kann bei diesem Ergebnis, ob von einer Bekanntgabe im Sinne von Art. 3 lit. f DSG noch gesprochen werden könnte, wenn feststünde, dass der Name des Klägers in den Selbstanzeigen genannt worden wäre; ebenso, ob eine Bekanntgabe gegenüber dem IRS aufgrund der engen Zusammenarbeit der Behörden faktisch gleichzusetzen wäre mit einer Bekanntgabe gegenüber dem DoJ. Schliesslich hat der Kläger vor Vorinstanz zu Recht vorbringen lassen, dass die Beklagte selbst von total 27 Kundenbeziehungen spricht, bei denen der Name des Klägers im Rahmen der Selbstanzeigen bekannt gewesen sei, wogegen es im vorliegenden Verfahren unbestrittenermassen um 45 Kundenbeziehungen geht. Selbst wenn in den 27 Fällen der Name des Klägers genannt wurde, wäre dies für die weiteren nicht der Fall; mindestens der Umfang der Bankbeziehungen, in die der Kläger involviert war, wäre nicht bekannt; insoweit läge jedenfalls eine Bekanntgabe im Sinne des Gesetzes vor.

5.1 Die Beklagte macht weiter geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Nachteilsgefahr für den Kläger zwar korrekt festgehalten, dass im Zusammenhang mit unversteuerten Vermögenswerten seit 2008 38 Personen in den USA angeklagt worden seien, indes zu wenig berücksichtigt, dass sämtliche dieser Personen schwerwiegend gegen US-Recht verstossen hätten. Entgegen der Vorinstanz hätten sich darunter keine Mitarbeiter der Beklagten befunden. Nur ein Mitarbeiter der Beklagten sei im April 2013 in den USA angehalten worden, um als Zeuge auszusagen. Es seien sodann keine Fälle bekannt, in denen Zeichnungsberechtigte – ohne hinzutretende schwere Verfehlungen – in den Fokus der amerikanischen Justiz geraten seien. Dies entspreche der Ankündigung der Chefin der Steuerabteilung des DoJ und der Haltung des DoJ. In den letzten Monaten seien dem DoJ auf den sogenannten II.D.2-Daten bzw. Leaver-Listen Personen-daten von Tausenden Bankmitarbeitern und Dritten übermittelt worden, allein von der Beklagten 256 ehemalige oder aktuelle Mitarbeitende sowie 162 Drittperso-

nen, von denen keine bis jetzt irgendwelche Nachteile erfahren habe. Für die Risikobeurteilung sei von entscheidender Relevanz, ob die Tätigkeit des Klägers legal gewesen sei oder nicht. Nachdem die Parteien vor Vorinstanz übereinstimmend festgehalten hätten, dass keine Hinweise bestünden, dass der Kläger US-Recht verletzt hätte, bestehe bei objektiver Betrachtung keine Gefahr, dass der Kläger als Folge der geplanten Datenübermittlung in den Fokus der US-Justiz geraten könnte. Es könne mithin ausgeschlossen werden, dass dem Kläger durch die geplante Datenlieferung irgendwelche Nachteile drohten (act. 72 Rz 31 - 40). Wie schon vor Vorinstanz verweist die Beklagte auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 12. September 2014 (act. 73/26 = act. 27/17), in welchem das Interesse der US-Justiz an einem Strafverfahren gegenüber dem dortigen Gesuchsteller als gering bezeichnet wurde, da nicht behauptet worden sei, dass er bei seiner Tätigkeit schwerwiegende Verstösse gegen das US-Recht begangen habe.

5.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, dass es angesichts der Tätigkeit des Klägers, der als "C. _____er Anbieter von Offshore-Strukturen" für die Beklagte wirkte, gut möglich sei, dass sich das DoJ für ihn interessieren könnte. Ob seine Tätigkeit gegen das US-Recht verstossen habe, sei unter diesem Gesichtspunkt von untergeordneter Bedeutung. Sie nannte sodann weitere konkrete Umstände und hielt fest, dass selbst nach den Kriterien der Beklagten nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die US-Behörden für den Kläger interessieren könnten. Schliesslich ergebe sich eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers bereits unmittelbar aus dem im Gesetz ausdrücklich genannten Kriterium, dass im Zielland ein angemessener Datenschutz fehle, was für die USA gerichtsnotorisch sei und sich der Staatenliste auf der Homepage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten entnehmen lasse (act. 75 S. 15 - 17).

5.3 Der Kläger hatte in der vorinstanzlichen Replik neben den allgemeinen Hinweisen auf Berufskollegen, welche von den US-Behörden tangiert worden waren, konkret behauptet, dass bei ihm erschwerend hinzu komme, dass ehemalige Kundenberater der Beklagten, welche mit dem Kläger zusammengearbeitet hat-

ten, ins Visier der US-Behörden geraten seien. Die Beklagte habe ihren Bankkunden Strukturen wie Stiftungen, Trusts oder Off-shore Gesellschaften quasi "in-house" verkauft, d.h. der jeweilige Kundenberater habe ihm, dem Kläger, der selbst keine direkten Kontakte mit den Bankkunden hatte, den Auftrag erteilt, eine entsprechende Struktur zu errichten und darin als Direktor, Stiftungsrat oder Trustee Einsitz zu nehmen. Er verwies sodann auf einen Präzedenzfall, dessen Sachverhalt seinem Fall frappant gleiche (act. 31 Rz 38 ff.). Die Beklagte hielt dem Kläger in der Duplik entgegen, er stütze seine Befürchtungen auf Presseberichte und Gerichtsentscheide ohne individuell-konkreten Bezug zu ihm. Die Presse habe über Personen berichtet, welche Steuerpflichtige bei der Steuerhinterziehung unterstützt hätten, was ihm, dem Kläger, unbestrittenermassen nicht vorgeworfen werden könne; es sei deshalb widersprüchlich, sich mit dem genannten Präzedenzfall zu vergleichen. Er, der Kläger, habe ja nach eigenen Angaben keinen Kundenkontakt gehabt. Sollte er indes wider Erwarten trotzdem in den Fokus der US-Behörden geraten, so habe er dies selbst verschuldet (act. 36 S. 17 f.).

5.4 Es ist im Verfahren nicht umstritten, dass die Beklagte zur Erfüllung des NPA aufgrund von dessen Tätigkeit den Namen des Klägers in die II.D.2-Liste aufzunehmen hat. Die grenzüberschreitende Bekanntgabe seiner Daten ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 DSG indes grundsätzlich verboten, wenn sie die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährden würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.

Im Wesentlichen dem Entscheid des Obergerichts (I. Zivilkammer) vom 8. Februar 2016 folgend, hat die Vorinstanz eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers bereits gestützt darauf bejaht, dass im Zielland, den USA, kein genügender Datenschutz besteht, was die schweizerischen Gerichte ganz generell annähmen. Zu beachten sei überdies, dass im "Joint Statement" des DoJ und des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 29. August 2013 (act. 5/20) festgehalten werde, die USA dürften die gelieferten Daten für sämtliche nach US-Recht zulässigen Zwecke verwenden. Das Obergericht stellte im genannten Entscheid fest, dass die schweizerischen Gerichte davon ausgingen, dass Bankangestellte durch die Datenlieferung gemäss dem US-Programm in die USA einer

strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sein könnten und dass die damit verbundene Unsicherheit bei Reisen in die USA und in andere Staaten die Bewegungsfreiheit einschränke (OGer ZH, LB150052, Urteil vom 8. Februar 2016, E. 4.3.1 und 2 unter Bezugnahme auf einen Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 16. Dezember 2015, publiziert in ZR 114/2015 Nr. 22 S. 100, und einen Aufsatz REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015 Ziff. III/1/b).

Die Beklagte stellt diese Argumentation in der Berufung nicht in Frage und macht insbesondere nicht geltend, es stelle dies eine unrichtige Rechtsanwendung dar, was denn auch nicht ersichtlich ist. Sie verweist indes auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 12. September 2014, der sich zur Gefährdungssituation im allgemeinen bei Bekanntgabe der Personendaten zwar nicht äussert, indes in einem Einzelfall die konkrete Gefährdung als gering einschätzt.

Es wurde nichts dargetan, was zum Schluss führen müsste, dass die grundsätzlichen Erwägungen in den vorerwähnten Entscheiden des Obergerichts und des Handelsgerichts des Kantons Zürich im vorliegenden Fall keine Anwendung finden können. Soweit es um die konkrete Gefährdung des Klägers geht, ist der Beklagten entgegenzuhalten, dass ihre Bestreitung der klägerischen Behauptung, dass sich unter den 38 angeklagten Personen mehrere Mitarbeiter der A1._____ - Gruppe befunden hätten, die gemäss Berufungsbegründung im Rahmen der Hauptverhandlung erfolgt sein soll (und sich aus dem Protokoll nicht ergibt), verspätet gewesen wäre. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, die Behauptung des Klägers sei unbestritten geblieben. Zutreffend ist sodann, dass die Beklagte selbst vor Vorinstanz nicht ausschliessen konnte, dass sich die US-Behörden für den Kläger interessieren könnten. Die Behauptung, sie habe auf ihren Leaver-Listen 256 ehemalige oder aktuelle Mitarbeiter sowie 162 Drittpersonen offengelegt und keine dieser Personen habe Nachteile zu vergegenwärtigen, hat sie in der Berufung erstmals vorgebracht und kann nicht berücksichtigt werden (Art. 317 ZPO); sie vermöchte indes am Gesagten auch nichts zu ändern. Insbesondere bliebe es bei der erwähnten (von der Beklagten nicht rechtzeitig bestrittenen) Behauptung des Klägers. Insgesamt ist mit

der Vorinstanz davon auszugehen, dass die von der Beklagten geplante Datenlieferung die Persönlichkeit des Klägers im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gefährden würde und deshalb grundsätzlich verboten ist.

6.1. Die Beklagte rügt im Weiteren eine falsche Gesamtwürdigung der objektiv betroffenen Interessen und damit eine unrichtige Anwendung von Art. 6 Abs. 2 DSGVO. Wie schon vor Vorinstanz macht sie geltend, es bestünden unabhängig davon, ob es um eine sog. systemrelevante Bank gehe oder nicht, gewichtige öffentliche Interessen an der geplanten Datenlieferung. Die Beilegung des US-Steuerstreits und die Verhinderung weiterer Anklagen gegen Schweizer Banken in den USA stünden im Gesamtinteresse der Schweiz. Unter ausführlicher Schilderung der sie aus dem NPA treffenden Pflichten und der möglichen Konsequenzen bei einer nicht vollständigen Ablieferung der Leaver-Liste (act. 72 Rz 41 - 55) hebt sie die Gefahr einer Anklage gegen sie hervor. Diese könne ebenso wie eine Eskalation des US-Steuerstreits nur verhindert werden, wenn die Bank sämtliche Pflichten aus dem US-Programm und dem NPA vollständig erfülle (act. 72 Rz 56 ff. und 71 ff.).

6.2 Die Beklagte hat die von der Vorinstanz dargelegten Grundlagen für die Rechtfertigung einer nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verbotenen Datenlieferung zu Recht nicht in Frage gestellt. Es kann darauf verwiesen werden (act. 75 S. 17 ff.). Vorliegend geht es – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – einzig um die Prüfung der Frage, ob im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO die Bekanntgabe "für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses [...] unerlässlich ist". Auf private Interessen der Beklagten kann es nicht ankommen (vgl. auch ZR 113/2014 Nr. 65). Die Frage, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, ist dabei einzig aus Schweizer Sicht zu prüfen (OGer LB150052, Urteil vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1 mit Hinweisen).

6.3 Das Obergericht erwog im erwähnten Entscheid unter Hinweis auf BGE 137 II 431 E. 4.3.1, es sei notorisch, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiere, mit einer Anklage in den USA rechnen müsse und damit vom Untergang bedroht sei. Für die Frage, ob die Gefährdung einer Bank im Sinne des Gesagten dem schweizerischen öffentlichen Interesse zuwiderlaufe, rechtfertige

es sich, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten habe, was es unter Hinweis auf die gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BankG publizierte Liste der Schweizerischen Nationalbank verneinte (OGer ZH, LB150052 E. 4.4.1.1 und 4.4.1.2).

Vorliegend kann nichts anderes gelten. Die Beklagte macht indes geltend, dass unabhängig vom Kriterium der Systemrelevanz ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe, was sie im Wesentlichen mit dem Anliegen der Schweiz an einer Bereinigung des Steuerstreits begründet. Die Vorinstanz hat hiezu festgehalten, dass zur Begründung des öffentlichen Interesses nicht einfach auf Äusserungen von Bundesbehörden (Parlament, Bundesrat) oder FINMA, welche die Bereinigung des Steuerstreits hervorheben, abgestellt werden könne. Diese Äusserungen hätten keine bindende Wirkung für das Gericht und gründeten nicht auf eingehenden Auseinandersetzungen mit dem US-Programm, dem NPA oder dem Datenschutzrecht. In der Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartementes vom 28. März 2014, mit welcher der Beklagten die Bewilligung nach Art. 271 StGB erteilt worden sei, werde zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, die Bewilligung entbinde nicht von der Einhaltung des übrigen Schweizer Rechts, insbesondere der Bestimmungen über den Datenschutz (act. 75 S. 18 E. 4.2.1).

Die Beklagte zieht dies in der Berufung zu Recht nicht in Zweifel. Was die konkrete Situation der Beklagten betrifft, kommt hinzu, dass die Beklagte in der Berufung den gestützt auf die Parteivorbringen gezogenen Schluss der Vorinstanz nicht beanstandet, dass nicht dargetan sei, wie viele Arbeitsplätze bei der Beklagten bei einer Anklageerhebung in Gefahr wären und inwiefern nach dem Verkauf von Kundenbeziehungen an die D.'_____ noch Arbeitsplätze gefährdet seien; es sei unbestritten geblieben, dass bereits im Vorfeld der Übernahme Mitarbeiterbestand und Kundenstamm der Beklagten stark geschrumpft seien (act. 75 E. 4.3.3).

Wenn die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage überwiegende öffentliche Interessen der Beklagten an der Datenlieferung verneinte, ist dies nicht zu beanstanden.

6.4 Ob es bei einer Nichtlieferung der Daten des Klägers aufgrund eines gerichtlichen Verbots an die Beklagte tatsächlich zu einer Strafanklage gegen sie kommen würde, was die Beklagte als wahrscheinlich betrachtet (act. 72 Rz 41 ff.), die

Vorinstanz dagegen eher zu verneinen scheint (act. 75 E. 4.3.4), bleibt letztlich ungewiss, kann aber nach dem Gesagten nicht entscheidend sein, weil selbst bei einer Anklageerhebung wie gesehen keine überwiegenden öffentlichen Interessen zum Tragen kämen. Ob gestützt auf die jüngste Entwicklung davon auszugehen ist, dass die USA die Schweizer Rechtsordnung (und die gerichtlichen Verbote) respektieren, wie die Vorinstanz annimmt (act. 75 E. 4.3.4), und ob und allenfalls welche Bedeutung dabei dem Bericht des "independent examiner" im Sinne von Ziffer II.D.3 des US-Programms (act. 73/20) zukäme (vgl. act. 72 Rz 64 ff.), kann daher offenbleiben. Ebenso, ob die Beklagte gehalten war, bei Abschluss des NPA im Dezember 2015 (vgl. act. 38/33 = act. 74/27) über das laufende Verfahren zu informieren.

6.5 Soweit die Beklagte in der Berufung beanstandet, die Vorinstanz habe es unterlassen, das öffentliche Interesse der Schweiz an der Unterstützung von Anliegen ausländischer Staaten in die Interessenabwägung miteinzubeziehen (act. 72 Rz 63), unterlässt sie es, dies in der Berufung näher auszuführen. Sie leitet daraus auch nichts ab, insbesondere nicht das von ihr geltend gemachte überwiegende Interesse an der geplanten Datenlieferung; Weiterungen dazu erübrigen sich daher.

7. Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass vorliegend ein überwiegendes öffentliches Interesse an der von der Beklagten geplanten Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO nicht angenommen werden kann, weshalb es beim Verbot der Datenlieferung bleibt. Als Folge davon ist der Unterlassungsanspruch ausgewiesen und es ist Antrag Ziff. 1 der Berufung abzuweisen. Den Eventualantrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung hat die Beklagte nicht begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es für das erstinstanzliche Verfahren hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen beim vorinstanzlichen Entscheid und die Beklagte wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die

Entscheidgebüür ist auf CHF 8'000.-- festzusetzen, der Beklagten aufzuerlegen und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (1. Abt.) vom 7. April 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebüür wird auf Fr. 8'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel von act. 72 und 74/2-36, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Isler

versandt am: